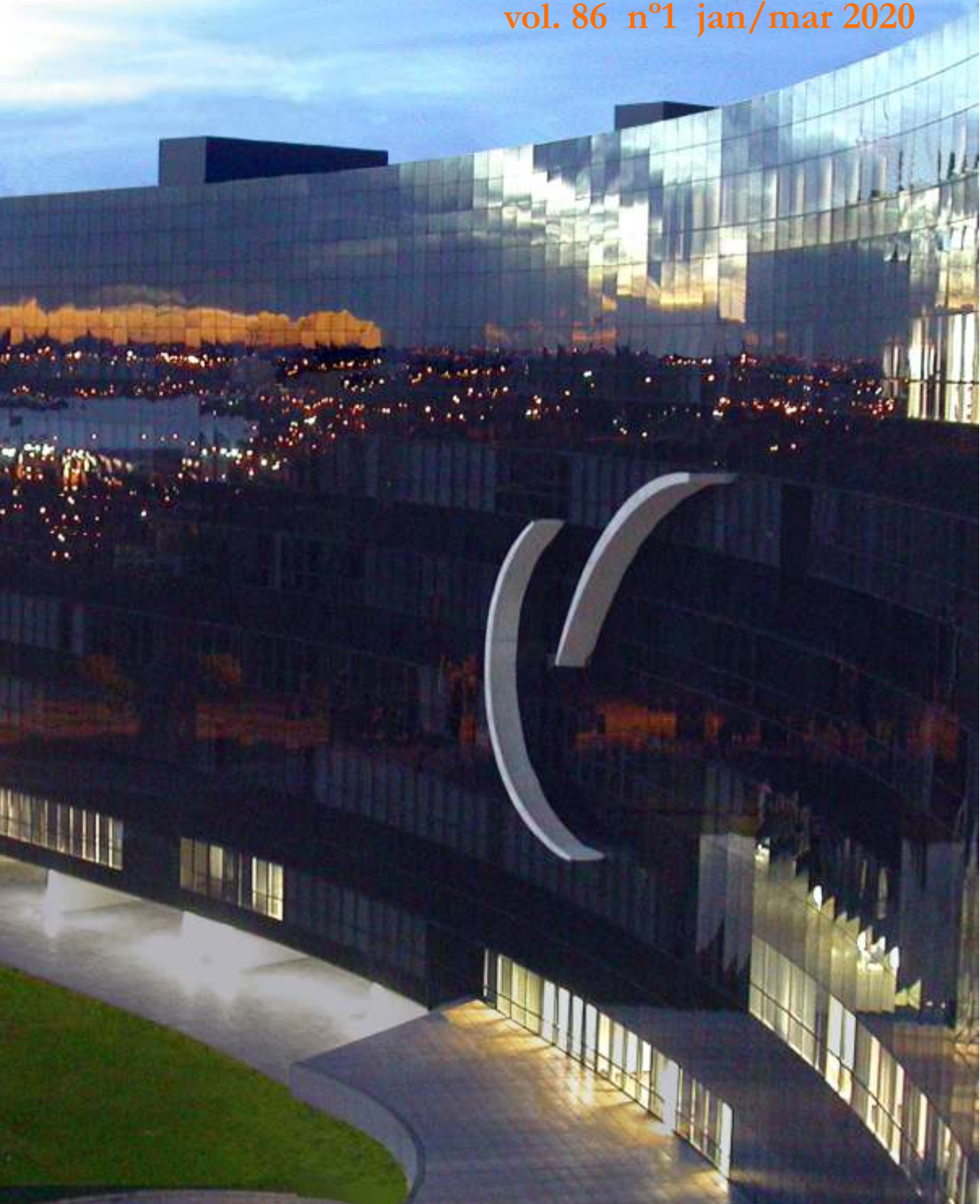


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 86 nº1 jan/mar 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  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministro Emmanoel Pereira (*Suplente*)  
*Comissão de Documentação*

**Ano 86 – nº 1 – jan. a mar. – 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](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://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](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://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)



Luiz P. Vieira de Mello  
F. (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  
Vitral 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

Editorial.....	15
Discurso de posse da Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi na Presidência do Tribunal Superior do Trabalho.....	17
Discurso de saudação do Exmo. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho à nova Direção do TST (2020-2022) .....	21
DOCTRINA	
1. Controle de jornada de trabalho: registro de ponto por exceção e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho <i>Record keeping requirements: working hours control by exception and the Brazilian Superior Labor Court's case law</i> <i>Bruno Freire e Silva e Felipe Bernardes.....</i>	27
2. A terceirização de atividade-fim e a (des)proteção aos direitos sociais <i>Outsourcing of target activities and (un)protection of social rights</i> <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva .....</i>	44
3. A ordem jurídica trabalhista e a Constituição Federal de 1988: reflexões sobre o desmonte de direitos sociais à luz da teoria da eficácia dos direitos fundamentais <i>The labor legal order and the Federal Constitution of 1988: reflections on the disassembly of social rights in the light of the theory of effectiveness of fundamental rights</i> <i>Diego Carneiro Costa e Leandro Reinaldo da Cunha .....</i>	71
4. Redução de riscos inerentes ao teletrabalho por meio da limitação da duração do trabalho <i>Reducing risks inherent to telework through limitation of working time</i> <i>Priscila Freire da Silva Cezario .....</i>	89
5. O papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na promoção da liberdade sindical <i>The role of the International Labor Organization (ILO) in promotion of the union freedom</i> <i>Larissa Matos .....</i>	106
6. Sujeitos coletivos de trabalho e o trabalho no século XXI: organização coletiva dos trabalhadores de plataformas digitais <i>Collective work subjects and work in the 21<sup>st</sup> century: collective organization of digital platform workers</i> <i>Angelo Antonio Cabral e Guilherme Lima Juvino de Paula .....</i>	119

7.	Verde e amarelo o contrato, vermelho o sangue: os possíveis impactos sociais e as inconstitucionalidades da MP 905/2019 <i>Green and yellow the contract, red the blood: possible social impacts and unconstitutionality of MP 905/2019</i> <i>Bruna da Penha de Mendonça Coelho, Jéssica Lima Brasil Carmo e Ana Beatriz Bueno de Jesus</i> .....	136
8.	Elementos fático-jurídicos da relação de emprego no trabalho dos motoristas de aplicativo <i>Factual-legal elements of the employment relationship in the work of application drivers</i> <i>Raimundo Dias de Oliveira Neto</i> .....	152
9.	O FGTS e a reforma trabalhista: principais alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 <i>FGTS and the labor reform: main changes introduced by Law no. 13,467/2017</i> <i>Daniela Vasconcellos Gomes</i> .....	168
10.	A prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho quanto à fixação do grau de insalubridade e a prorrogação da jornada insalubre <i>The prevalence of the agreements and labor collective conventions as to the fixation of the unhealthiness and the extension of the unhealthy workday</i> <i>Salus Henrique Silveira Ferro</i> .....	191
11.	Apontamentos sobre o meio ambiente do trabalho e as novas formas de prestação do trabalho <i>Notes on the labor environment and new ways of work</i> <i>Luciana de Araujo Grillo Schaefer</i> .....	207
12.	Presunção de culpa do empregador na doença do trabalho: modalidade intermediária de responsabilidade trabalhista <i>Presumption of employer's guilty in work disease: intermediate labor responsibility</i> <i>Marcelo Braghini</i> .....	223
13.	O requisito da transcendência no recurso de revista <i>The requirement of transcendence in "recurso de revista"</i> <i>Ariel Medeiros Gracia Vianna e Ana Paula Pavelski</i> .....	250
14.	A degradação do meio ambiente laboral como causa de acidentes coletivos do trabalho <i>The degradation of the labor environment as a cause of collective work accidents</i> <i>Fabiane Nogueira Reis</i> .....	268
15.	A controvérsia e as contradições na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no enquadramento da categoria dos maquinistas no contexto do microsistema legal estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho <i>The controversy and contradictions in the jurisprudence of the Superior Labour Court in the framework of the category of machinists within the context of the legal microsystem established by the Consolidation of Labor Laws</i> <i>José Bispo dos Santos Filho</i> .....	300

## Editorial

A reforma trabalhista não importou em mera alteração de dispositivos da CLT e da Lei nº 6.019/74. Novos paradigmas foram trazidos no tocante à regência das relações individuais e coletivas de trabalho.

Com efeito, a identificação dos direitos disponíveis destinados à negociação coletiva e a introdução do princípio da intervenção mínima do Judiciário nas relações coletivas prestigiaram a atuação das entidades sindicais e a autonomia privada coletiva.

Não mais se justifica, diante da autonomia privada coletiva e da estabilidade das relações coletivas, a intromissão do Judiciário em questões afetas à negociação.

Por outro lado, a extinção da contribuição sindical obrigatória levou a uma nova atuação sindical, a tal ponto que se discute abertamente a reformulação do atual modelo sindical, centrado na obsoleta e antidemocrática unicidade.

No tocante ao direito individual, toda lei nova é suscetível de interpretação em relação ao real alcance e sentido dos cerca de duzentos dispositivos legais alterados. Sem falar na sua validade constitucional, inclusive frente ao princípio do não retrocesso social. Daí porque, somadas as alterações de direito material e processual, os anos de 2018 e 2019 foram tomados por edições sobre os temas ligados à reforma, que permanece ainda hoje produzindo vasto material.

Outrossim, num mundo globalizado e em constante transformação diante das novas tecnologias, despontam questões, entre outras várias, não tratadas pela reforma, a exemplo do tratamento jurídico do trabalho em plataformas digitais e da necessidade de proteção diferenciada aos trabalhadores colaborativos, não subordinados.

Enfim, da reforma trabalhista aos dias atuais, além dos questionamentos que as alterações legislativas provocaram, novas demandas têm surgido, além do debate sobre um novo modelo sindical. Entre elas, guardadas as proteções legais ao contrato de trabalho e à sua função social, uma maior liberdade das partes para ajustes contratuais e maior severidade no exame das alterações contratuais ditas prejudiciais (Lei da Declaração de Liberdade Econômica). Ou a Medida Provisória nº 905/2019, destinada, entre outras providências, a incentivar o mercado de trabalho, e que já recebeu no Congresso uma infinidade de emendas.



Os artigos ora selecionados para edição, exceto em relação a temas gerais, ou estão centrados no futuro do Direito do Trabalho, ou nas novas tecnologias, ou na Medida Provisória nº 905/2019, ou, ainda, nas questões oriundas da reforma trabalhista.

Esperamos que esse conjunto de estudos possa servir de contribuição para as necessárias reflexões no meio jurídico.

*Ministro Alexandre Agra Belmonte*

# **DISCURSO DE POSSE DA EXMA. MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, na pessoa de quem cumprimento os integrantes da mesa e as demais autoridades presentes.

Ministro Dias Toffoli, nosso Presidente.

Senhoras e senhores,

É tempo de agradecer.

Em primeiro lugar, a Deus, por haver traçado o caminho que me trouxe até aqui.

À minha família, maior das bênçãos a mim concedida, fonte de alegria e orgulho. Ao Osmar, ao Felipe, ao Caio e à Ana Luiza entrego o meu amor. Vocês me dão estímulo e força para viver e enfrentar os desafios.

Aos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, que me confiaram a honrosa presidência desta Casa.

À minha equipe de trabalho e aos servidores do Tribunal, que, com competência e dedicação, possibilitam, diariamente, que exerça o meu mister.

Agradeço ao Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, ao Dr. Alberto Balazeiro e ao Dr. Felipe Santa Cruz pelas generosas e bonitas palavras de homenagem, representando, nessa ordem, o Tribunal Superior do Trabalho, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, de onde provenho. No ano 2000, estimulada pelos então Presidentes do TST, Ministro Almir Pazzianotto, e do Conselho Federal da OAB, Dr. Reginaldo Oscar de Castro, disputei a vaga e encabecei as listas sêxtupla e tríplice que culminaram na nomeação ao TST.

Guimarães Rosa registrou com sabedoria que “o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas, mas que elas vão sempre mudando”.

Muito obrigada a todos os que contribuíram e contribuem para que eu não esteja sempre igual, mas caminhando em constante processo de transformação e crescimento.

Agradeço também aos Ministros que passaram pela presidência do egrégio TST e contribuíram com seu legado de mudança para que esta Corte estivesse sempre se aperfeiçoando. Em especial, o faço na pessoa do Ministro João Batista Brito Pereira, que me passou o bastão. Nossas vidas profissionais foram paralelamente construídas e com esse espírito de solidariedade assumo a cadeira curul, cumprimentando sua Excelência e os Ministros Renato de Lacerda Paiva e Lelio Bentes Corrêa, que ocuparam a Vice-Presidência e a Corregedoria-Geral, pelo exercício íntegro e competente da direção do TST no biênio hoje concluído.

É tempo de agradecer, mas também de assumir compromisso.

Em memorável discurso proferido ao assumir a presidência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ari Pargendler reportou-se ao Velho Testamento para se referir à estrutura física do Sinédrio, antigo tribunal judaico, como metáfora aos Plenários dos Tribunais atuais. Decifrando a simbologia do semicírculo que muito lembra os anfiteatros greco-romanos, narrou como os juízes caminhavam paulatinamente rumo ao centro da estrutura conforme progrediam na judicatura. Ao final, ocupavam posição de frente à abertura do semicírculo. Reproduzo suas palavras: “Há quinze anos sentei, pela primeira vez, quase de costas para a abertura do semicírculo. Hoje sento, pela primeira vez, de frente para essa abertura”, de onde se “vê a sociedade que dela se descortina”.

Ao longo de mais de dezoito anos também passei por cada uma dessas cadeiras que formam o semicírculo. A presidência coincide com a chegada ao centro, momento de, parafraseando a expressão de Rui Barbosa, “acabar a tarefa. Com que elementos?” – pergunta o Águia de Haia; “com os que herdou, e os que cria”. Herdo a Presidência de um Tribunal cioso de sua função, apto a exercê-la de modo eficiente e compatível com as demandas da sociedade. Agora é hora de dar minha contribuição maior, retribuindo ao Poder Judiciário e à sociedade por tudo o que angariei, no trajeto, em termos de experiência, aprendizado e conhecimento.

Coragem, determinação e bons propósitos nunca me faltaram, ciente, como disse Guimarães Rosa, de que “o que a vida quer da gente é coragem”.

Como o Rei Salomão, ao iniciar os seus dias de governo de Israel, peço a Deus que me dê sabedoria para enfrentar os desafios e cada contingência que se

apresentar nesta nova caminhada. E, com a sabedoria, virão todos os bens que Deus aprouver dispensar, para construir a Justiça Social com que sonhamos.

Contarei, para tanto, com parceiros de excelência na direção do Tribunal: o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, como Vice-Presidente, e o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, como Corregedor-Geral, magistrados de carreira e de escol.

O Poder Judiciário é uno e, como tal, devemos prestigiar a previsibilidade e uniformidade na aplicação da lei, observado o devido processo legal. Longe de interferir na autonomia individual de cada juiz, esses ideais promovem estabilidade social e segurança jurídica. O mecanismo dos precedentes vinculantes assegura celeridade ao processo e efetividade à decisão. Os novos instrumentos processuais possibilitam ao Tribunal Superior do Trabalho cumprir sua função uniformizadora, pacificando questões controvertidas e, com isso, prevenindo litígios.

Em *O Federalista*, Hamilton descrevia o Judiciário como “o ramo menos perigoso”, uma vez que não tinha influência alguma sobre a espada ou o erário. O Poder Judiciário não podia, na tradicional descrição da estrutura estatal, deliberar ativamente sobre questões políticas, dependendo, afinal, do Governo mesmo para executar as próprias sentenças.

Hoje, não é assim. O Judiciário vem ganhando proeminência em questões consideradas típicas dos demais Poderes. Ran Hirschl, professor da Universidade de Toronto, observou uma tendência global nesse processo, sinalizando o progressivo desenvolvimento das democracias constitucionais rumo ao que denomina de “juristocracia”, em que o juiz não diz apenas sobre o direito, mas também sobre a política.

O professor Cass Sunstein, da Universidade de Harvard, propõe um “giro institucionalista” em prol de um “*minimalismo judicial*”. Ainda que o Poder Judiciário precise decidir sobre questões anteriormente concentradas nos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso evitar cair na tentação do ativismo. Cabe ao Judiciário manter em aberto a discussão democrática sobre os fundamentos políticos e morais da vida pública, deixando-os para ser decididos pelos indivíduos em suas vidas privadas ou pelo Poder Legislativo, na condição de representante legítimo do povo. Ao Poder Judiciário cabe aplicar a lei ao caso concreto, evitando substituir-se aos outros Poderes do Estado. Dá-se, assim, plena aplicação ao princípio republicano de separação e harmonia entre os Poderes do Estado.

Meu compromisso prioritário é com a valorização da Justiça do Trabalho, no desempenho das suas funções institucionais de prevenir e pacificar os conflitos sociais.

Precisamos insistir nessas atribuições essenciais, tendo a lei como inspiração para uniformizar a jurisprudência e criar, como consequência, cenário onde a segurança jurídica seja a regra para empregados e empregadores.

Nessa linha, buscarei priorizar o exercício da atividade-fim pelo Poder Judiciário e trabalhar para que a prestação jurisdicional seja sempre célere e efetiva. Trata-se de missão que já vem sendo cumprida com maestria. No último Relatório Justiça em Números, o CNJ atestou a eficiência da Justiça do Trabalho como o ramo mais célere no julgamento dos processos, assim como o que mais conciliou litígios.

É preciso dar continuidade a essa *performance* exemplar, cumprindo metas e oferecendo aos magistrados e servidores instrumentos que facilitem o seu trabalho, com investimento permanente em tecnologia, aperfeiçoamento do processo judicial eletrônico e dos mecanismos de gestão processual.

O professor israelense Yuval Noah Harari mostra as duas faces de Jano das recentes inovações tecnológicas. Elas importam tanto no aumento da eficiência dos processos produtivos quanto em desafios inéditos para o mundo do trabalho. Teremos um papel fundamental para discutir adequadamente as novas questões trazidas por esse cenário. De um lado, deveremos incorporar aos processos administrativos, gerenciais e laborais da Justiça do Trabalho as ferramentas derivadas da inteligência artificial, da computação cognitiva e de outras tecnologias. Por outro, deveremos discutir – e decidir – as controvérsias jurídicas apresentadas por tal conjuntura, construindo com as demais instituições o sentido contemporâneo do trabalho digno.

São desafios árduos, que precisaremos enfrentar com serenidade e prudência. Estou certa de que eventuais divergências serão dirimidas em um diálogo habermasiano, no qual prevalecerá, sem dúvidas, a força do argumento e da razão.

Tenho a sorte de presidir este Tribunal, onde todos compartilham da ambição cívica de concretizar o melhor interesse público.

Que Deus nos abençoe e guarde porque, ainda invocando Rui Barbosa, “o amanhecer do trabalho há de antecipar-se ao amanhecer do dia”.

Muito obrigada!

# **DISCURSO DE SAUDAÇÃO DO EXMO. MINISTRO IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO À NOVA DIREÇÃO DO TST (2020-2022)**

Exma. Sra. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho,

Exmo. Sr. Presidente da República, Jair Bolsonaro,

Exmo. Sr. Vice-Presidente da República, Hamilton Mourão,

Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Exmo. Sr. Deputado Rodrigo Maia, Presidente da Câmara dos Deputados,

Demais autoridades presentes e já nominadas,

Senhoras e senhores.

Honrou-me a nobre e nova Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, na qualidade de decano da Corte, com a difícil missão de saudar a nova administração do Tribunal em nome de seus pares. Tentarei sair-me a contento, pela sinceridade e brevidade, como é do seu agrado.

Ao assistir ao rito quase litúrgico da transmissão de cargo, em sadia alternância no poder, veio-me à mente a resposta que S. João Batista deu aos seus discípulos, quando vieram lhe reportar que Jesus estaria batizando no Jordão, conforme aparece em João 3, 30: “*Illum oportet crescere, me autem minui*”.

“*Mutatis mutandis*”, e noutro plano naturalmente, outro João Batista, o Ministro Brito Pereira, que hoje deixa a presidência do TST, poderia louvar-se em semelhante expressão e referi-la à nova Presidente Cristina Peduzzi ao transmitir-lhe o Grão-Colar da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, símbolo distintivo do cargo: “*É mister que agora ascendas à presidência da Corte e que eu retorne à bancada, cumprida a missão que me foi também conferida*”.

Porque tudo segue como um romance em cadeia na busca da integridade, na linha da visão de Dworkin, tão a gosto de nossa nova Presidente Cristina, em que a renovação não é ruptura com o passado, mas fazer de novo a partir das demandas do tempo, sempre buscando aperfeiçoar as instituições e colmar seus fins existenciais.

Também retornam à bancada os Ministros Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente da Corte, incansável negociador e pacificador de conflitos coletivos do trabalho, além de infatigável magistrado no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários trabalhistas, e o Ministro Lelio Bentes Corrêa, que, na qualidade de Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, completou neste mês o périplo pelos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, levando-lhes seu apoio e orientações.

Mas o tempo presente é de renovação e mudança. “Illam oportet crescere!”. Pela cultura jurídica, pela excelência jurisdicional, pelo tino gerencial, pela estatura moral, pela delicadeza no trato, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi já se encontra no patamar necessário para bem presidir esta Corte no biênio 2020-2022.

E a quadra histórica que coube à Ministra Cristina Peduzzi presidir este Superior Sodalício Trabalhista e, através do seu Conselho, toda a Justiça do Trabalho, é das mais desafiadoras a que um Presidente do TST já esteve afeito.

Não só terá de gerenciar o menor orçamento que este ramo do Judiciário já teve, proporcionalmente ao tamanho que possui, mas também presidirá um Tribunal e uma Justiça que devem interpretar e aplicar uma legislação laboral recentemente reformada e modernizada.

O desafio é conseguir que essa Justiça componha adequadamente os conflitos trabalhistas e promova a empregabilidade e a Justiça Social, assegurando justos salários aos empregados e justa retribuição às empresas. Para isso, é preciso muito equilíbrio e prudência, conhecimento e experiência, compreensão e destemor. Do contrário, ao invés de se compor, acirra-se o conflito social.

Com efeito, cabe ao juiz aplicar a lei, não descartá-la por critérios ideológicos. A celeuma das recentes reformas trabalhistas continuará sendo o pano de fundo para a nova gestão, mas sobre ele brilhará a beleza de uma Justiça do Trabalho promotora do bem comum nas relações laborais e pacificadora dos conflitos sociais, sob a batuta firme e segura da Ministra Cristina Peduzzi.

Graças a Deus, talento e virtudes não faltam à nossa nova Presidente. Com efeito, traçar um perfil da Ministra Cristina numa breve saudação de posse é tarefa paradoxalmente fácil e difícil: fácil pela abundância de predicados e difícil pela necessidade da síntese. Daí socorrer-me da filosofia para desincumbir-me a contento da missão, quando nos lembra que o ser é uno.

Pensando nos transcendentais do ser, elencados por Aristóteles, que são a verdade, a beleza e a bondade, enxergamos na Ministra Maria Cristina a conjugação da excelência técnica com a excelência estética e a excelência ética.

Seu atuar é simultaneamente competente, sincero, belo e acolhedor. Seu ser feminino transfigura a Justiça, numa face que agasalha a pretensão justa e legal.

Sua excelência técnica, tanto de saber jurídico quanto de capacidade gerencial, são de conhecimento geral: mestra em Direito pela Universidade de Brasília, além de advogada de escol e ex-procuradora da República e do trabalho, foi Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e diretora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, demonstrando sempre uma capacidade laboral invejável. Como Vice-Presidente da Corte e Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, destacou-se, quer pela firmeza de suas posições, quer pela qualidade de suas decisões.

Sendo a primeira mulher a presidir o Tribunal Superior do Trabalho, à excelência técnica se soma, naturalmente, a excelência estética, emoldurada numa beleza que encanta e dá novo colorido à cadeira presidencial. E como boa gaúcha de Bagé, radicada há décadas em Brasília, ainda que uruguaia de nascimento, traz no sangue o temperamento forte e a firmeza de caráter, a denotarem uma excelência ética que não transige com a injustiça.

Como palestrante e conferencista, suas exposições são profundas e claras ao mesmo tempo, mostrando o quanto estudou e meditou sobre os temas, antes de se lançar a pontificar sobre eles. Crítica severa do atual ativismo judicial que viceja nas plagas judiciárias, faz coro com Ran Hirschl, Jeremy Waldron, Cass Sunstein e Mark Tushnet, lembrando a necessidade da separação dos Poderes para haver segurança jurídica numa sociedade.

A invasão do Judiciário na esfera legislativa tem gerado frutos amargos para a convivência democrática e social, desorientando famílias, empresas, partidos e instituições. Julgar, e nos quantitativos que afetam atualmente o Judiciário brasileiro, já é tarefa sobre-humana: não queiramos também assumir o papel que cabe ao Poder Legislativo, sob o pretexto que for, pois estaríamos então trilhando o caminho da tirania do Judiciário.

Ao presidir o TST, a Ministra Cristina Peduzzi contará com dois excelentes colegas como seu apoio mais direto, que são o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, mineiro Vice-Presidente da Corte, e o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, carioca, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, ambos magistrados de carreira e de escol e, coincidentemente, ex-diretores da ENAMAT. No caso do Ministro Aloysio, honrou esta Corte representando-a no Conselho Nacional de Justiça, no qual chegou a ocupar interinamente sua Corregedoria.

Mas o apoio maior da Presidente Maria Cristina Peduzzi vem sempre de Deus e da família, como sentido e fim dos seus esforços. Assim, o filho Osmar



e a nora Ana Luíza, com os netos Felipe e Caio, estarão sempre em sua mente, aos quais também queremos transmitir nossas congratulações pela eleição e posse da mãe e avó.

O momento da posse é também de agradecimento e não só de esperanças e projetos. Todos agradecemos à Ministra Cristina por ter aceitado o encargo de presidir a Corte, ainda que por escolha de seus pares. Temos, assim, uma Presidente à altura do cargo e de seus desafios. Por isso, também agradecemos a Deus.

E lhe desejamos toda a proteção e ajuda divina, diante de tão árdua missão. Com certeza, devota que é da Mãe de Deus, esta estará presente em todos os momentos de sua presidência, iluminando-a e socorrendo-a em suas necessidades.

Tendo começado pelo Novo, termino esta breve e singela saudação pelo Antigo Testamento, quando, na conhecida passagem do Livro do Eclesiastes, capítulo 3, fala dos vários tempos na vida dos homens e das sociedades. E o faço na síntese poética de um jovem liberal de 85 anos, meu querido pai, que aqui gostaria de estar presente, para também homenagear a nova Presidente, mas que ora se faz presente, no soneto que de coração lhe dedicou:

“Há tempo para tudo nesta vida,  
Desde o tempo que a vida veio à terra,  
Há tempo de chegada e de partida  
E tempo qu’ é de paz e qu’ é de guerra.  
Há tempo para amar e p’ra esquecer  
E tempo de trabalho e de descanso,  
Há tempo de viver e de morrer  
E tempo de tormento e de remanso.  
Há tempo de vitória e de derrota  
E tempo de prazer e de tristeza,  
Há tempo, que no tempo, não se esgota  
E tempo de perder-se em correnteza.  
Mas o tempo que tudo disciplina  
Perfaz do agora o tempo de Cristina.”

Longa vida e próspera administração à nossa Presidente Cristina Peduzzi!  
Muito obrigado!

---

**Doutrina**

---



# CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO: REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

## *RECORD KEEPING REQUIREMENTS: WORKING HOURS CONTROL BY EXCEPTION AND THE BRAZILIAN SUPERIOR LABOR COURT'S CASE LAW*

**Bruno Freire e Silva\***

**Felipe Bernardes\*\***

**RESUMO:** O texto analisa a temática do controle de jornada de trabalho de empregados submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho, sobretudo no que tange ao regime de controle de jornada por exceção. Investiga-se o tema à luz das modificações empreendidas pelas Leis ns. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), bem como a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema. Estuda-se também a constitucionalidade e a eficácia temporal dos novos diplomas legislativos, bem como a natureza jurídica das normas relativas a controle de jornada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Jornada por Exceção. Horas Extraordinárias. Reforma Trabalhista. Lei da Liberdade Econômica.

**ABSTRACT:** *The aim of this study is to analyze the record-keeping obligations by Brazilian employers regarding the hours worked by their employees, under the “Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (Consolidation of Labor Laws – CLT), with emphasis on the so-called “work time records by exception”. The article provides a brief overview of the new provisions added to the CLT by Statute no. 13,467/2017 (Brazilian Labor & Employment Reform Act) and Statute no. 13,874/2019 (Economic Freedom Act). The main purpose is to interpret these new provisions in accordance with the 1988 Brazilian Constitution. Furthermore, the article examines the classification and the legal nature of these new rules, and some of their most relevant aspects.*

**KEYWORDS:** *Brazilian Labor and Employment Reforms. Economic Freedom Act. Overtime Control. Record-Keeping.*

---

\* *Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professor adjunto de Direito Processual do Trabalho na UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação, mestrado e doutorado); membro titular da Cadeira nº 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; advogado.*

\*\* *Juiz do trabalho (TRT da 1ª Região); especialista em Direito e Processo do Trabalho.*

## 1 – Delimitação do tema

O presente artigo analisará o tema do controle da jornada de trabalho de empregados com contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), à luz da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de recentes modificações legislativas – notadamente as chamadas “Reforma Trabalhista” e “Lei da Liberdade Econômica” –, com o objetivo de verificar se há, ou não, necessidade de atualização e/ou modificação do entendimento da Corte.

Nesse propósito, parte-se da exposição pormenorizada das modificações legislativas empreendidas a respeito do tema para, na sequência, investigar a natureza jurídica das normas concernentes ao controle da jornada de trabalho. Fixadas tais premissas, será possível analisar a problemática da constitucionalidade e a eficácia intertemporal das novas previsões legais, bem assim o respectivo impacto em entendimentos firmados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, especialmente no que tange à sua Súmula nº 338.

Por fim, será feita a análise de acórdão no qual o Tribunal Superior do Trabalho concluiu que, mesmo diante da ausência do reclamante à audiência de instrução, o fato de não terem sido juntados, injustificadamente, os cartões de ponto pela reclamada gera presunção de veracidade da jornada da petição inicial e conseqüente julgamento de procedência do pedido. Buscar-se-á definir se o julgado se harmoniza com o arcabouço legal aplicável, bem como se é coerente com a jurisprudência da própria Corte Superior.

## 2 – Arcabouço legislativo e Lei da Liberdade Econômica

O tema do controle da jornada de trabalho foi regulamentado inicialmente pelo art. 74 da CLT, cuja redação revogada previa:

“Art. 74. O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo

## DOCTRINA

Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24/10/1989)

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.”

A Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) modificou o referido dispositivo legal, que passa a disciplinar o tema nos seguintes termos:

“Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o *caput* deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

Além disso, o art. 611-A, X, da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467/2017, passou a prever que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre (...) modalidade de registro de jornada de trabalho”.

Depreende-se que a nova lei alterou os seguintes pontos: (i) a obrigatoriedade de anotação de jornada de trabalho passa a se aplicar somente para estabelecimentos que tenham mais de 20 (vinte) trabalhadores, ao passo que anteriormente abrangia aqueles com mais de 10 (dez) empregados; (ii) passa-se a admitir, em consonância com as novas tecnologias, que os trabalhadores externos consignem seus horários não apenas em registros manuais – como previsto pela legislação revogada –, mas também em suportes mecânicos ou eletrônicos; (iii) foi estabelecida a possibilidade de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho.

O último ponto merece exame em separado.

### 3 – Registro de ponto por exceção: significado e evolução do tema

O controle de ponto por exceção é aquele em que se anotam apenas as excepcionalidades, ou seja, se a jornada for ordinária, nada se anota<sup>1</sup>. Trata-se, por assim dizer, de situação intermediária entre a necessidade absoluta de controle da jornada e a dispensa completa de realização de quaisquer anotações relativas aos horários de trabalho.

De fato, o registro de ponto por exceção, quando adotado, faz com que o empregado anote em documentos – os chamados cartões, folhas ou controles de ponto – apenas as situações em que não foi cumprida a jornada contratual, seja porque houve falta, atraso ou saída antecipada do trabalhador, seja porque este excedeu a jornada ordinária regular em função da realização de horas extras.

Caso o empregador opte por adotar o regime de ponto por exceção e venha a ser demandado judicialmente no que tange a horas extraordinárias, há, do ponto de vista lógico-jurídico – partindo da premissa da validade de tal sistema de controle de jornada, o que será analisado abaixo –, as seguintes possibilidades atinentes à contestação:

(i) o empregador nega a prática de horas extras. Nesse caso, não há necessidade de juntada, pelo empregador, de quaisquer documentos relativos à jornada de trabalho, com a ressalva óbvia do acordo individual escrito ou da norma coletiva que autorize o registro de ponto por exceção. De fato, se não houve serviço extraordinário, não havia necessidade de anotações e, consequentemente, de elaboração de qualquer documento. Nada impede, entretanto, que o empregador opte por juntar documento apontando a inexistência de exceções à jornada contratual;

(ii) o empregador admite a realização de horas extras. Em tal hipótese, deve juntar os registros de ponto correspondentes, o que permitirá, em cotejo com os contracheques ou recibos de pagamento, perquirir se as horas extraordinárias foram devidamente quitadas. De outro lado, não juntados os registros de ponto por exceção, ter-se-á presunção relativa de veracidade da jornada da inicial, nos moldes preconizados na Súmula nº 338, I, do TST.

Observe-se que, caso opte por não juntar os registros de ponto sob o fundamento de não ter havido exceções à jornada contratual, recairá sobre o empregador o ônus de comprovar, por outros meios de prova, eventuais alegações de atrasos ou ausências injustificadas do trabalhador – o que pode ser

1 Cf. MIZIARA, Raphael. *Moderno dicionário de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019. p. 75.

sustentado na contestação de eventual pedido de reversão de justa causa ou de descontos salariais indevidos.

Ademais, o registro de ponto por exceção não se confunde com a anotação de horários de entrada e saída invariáveis – o chamado “ponto britânico”. Ao dispensar o registro da jornada ordinária, não se está admitindo, sem manifesto salto lógico, que o trabalhador inicie e encerre a sua jornada de trabalho exatamente no mesmo horário todos os dias. Na verdade, a inexistência de exceções significa que a jornada contratual está sendo regularmente cumprida, independentemente dos horários de início e término do expediente, além de variações de 5 (cinco) minutos na entrada ou na saída, as quais não são computadas como jornada extraordinária, nem são descontadas, observado o limite diário de 10 (dez) minutos, conforme art. 58, § 1º, da CLT.

A jurisprudência majoritária do TST se inclina pelo reconhecimento da invalidade de normas coletivas instituidoras do regime de ponto por exceção. Fundamenta-se com o fato de que o art. 74, § 2º, da CLT seria norma de ordem pública, além do que a negociação coletiva não poderia suprimir direitos indisponíveis ou “impedir o seu exercício”<sup>2</sup>. Veja-se o seguinte julgado, que representa tal tendência jurisprudencial:

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que o sistema de controle de jornada por exceção, ainda que previsto em acordo coletivo, contraria o art. 74, § 2º, da CLT, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade, pelas empresas com mais de 10 empregados, de anotação das horas de entrada e saída de seus empregados, nos termos do item I da Súmula 338 desta Corte. Precedentes.” (Ag-AIRR-20004-35.2015.5.04.0733, 2ª Turma, Relª Minª Maria Helena Mallmann, DEJT 19.11.2019)

No entanto, há julgados de Turmas do TST em sentido contrário<sup>3</sup>, admitindo a flexibilização do regime de controle de jornada adotada em norma coletiva, com base no art. 7º, XXVI, da Constituição, o qual reconhece a força normativa de convenções e acordos coletivos de trabalho. Importante destacar, ainda, decisão da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, que concluiu pela possibilidade de que a negociação coletiva transacione “a forma como o controle de frequência dos empregados será exercido, desde que não

2 ARR-181-30.2014.5.03.0057, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31.05.2019.

3 Por exemplo: RR-1001704-59.2016.5.02.0076, 4ª Turma, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 29.03.2019.



atente contra a lei”, até porque “o sistema alternativo de jornada é facultado pela Portaria nº 373/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego”<sup>4</sup>.

Tais acórdãos se referem a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica e da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Faz-se necessário, portanto, investigar a constitucionalidade e a eficácia intertemporal das referidas alterações legislativas, para o que é imprescindível analisar, previamente, a natureza jurídica das normas alusivas a controle da jornada de trabalho.

#### 4 – Natureza jurídica das normas sobre controle de jornada

No julgado citado no tópico anterior, a SDC do Tribunal Superior do Trabalho considerou que o controle de jornada de trabalho é regulado por “norma de natureza processual, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT e, portanto, tal como retratada na Súmula nº 338 do TST, não se trata de norma de ordem pública”.

Embora correta a conclusão do julgado, há dois pontos dignos de nota a respeito do raciocínio estabelecido pelo Tribunal. Em primeiro lugar, há diversas normas processuais que se caracterizam por serem de ordem pública, tais como as que disciplinam a competência absoluta, impedimento de magistrados, a publicidade do processo, entre diversas outras<sup>5</sup>. É certo que há regras processuais que podem ser (i) afastadas pela vontade das partes, como as atinentes à competência territorial, ou (ii) objeto de negociação processual, nos termos do art. 190 do Código de Processo Civil, mas isso não permite a ilação de que as normas processuais em geral não seriam de ordem pública por tal motivo.

Além disso, não se pode dizer, pura e simplesmente, que as regras relativas a controle de jornada ostentem natureza processual. Para demonstrar o argumento, basta supor a situação – não rara, por sinal – em que o tema das horas extraordinárias não seja judicializado. Evidentemente, não existindo processo judicial, não se pode dizer que se trate de norma processual.

Na verdade, as normas concernentes a controle de jornada criam obrigação acessória para os empregadores, de forma semelhante às obrigações tributárias acessórias de escrituração. Paralelamente à obrigação de pagar as

---

4 AIRO-277-95.2015.5.17.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Red. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 28.11.2019.

5 Cf. GRECO, Leonardo. Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz. *Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 696.

horas extras realizadas por seus trabalhadores, os empregadores têm a obrigação de fazer, imposta por lei, de promover o registro das jornadas de trabalho.

Trata-se, assim, de regra de direito material que, inegavelmente, gera repercussões no âmbito administrativo, já que a sua infração é fato gerador de multa administrativa a ser aplicada pelos órgãos da fiscalização do trabalho (CLT, art. 75), e também no âmbito processual.

Processualmente, a situação se enquadra nos arts. 396, 399 e 400 do CPC, os quais dispõem:

“Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

(...)

Art. 399. O juiz não admitirá a recusa se:

I – o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II – o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III – o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II – a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.”

Tal regulamentação prevê que, se a parte tiver a obrigação legal de exhibir os documentos – tal como sucede com os controles de ponto, nas situações abrangidas no art. 74, §§ 2º e 4º, da CLT –, a sua não exibição injustificada (equiparada à recusa ilegítima de exibição) gera presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade dos fatos que se pretendia provar com o documento. Como toda presunção relativa, pode ser afastada em virtude de prova em sentido contrário e gera inversão do ônus da prova, “podendo a parte prejudicada produzir prova no sentido de desconstituí-la [a presunção]”<sup>6</sup>.

6 Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 238.

Sob outro enfoque, para saber se é possível, ou não, flexibilizar as regras sobre controle de jornada, seja por lei, seja por norma coletiva ou até mesmo por acordo individual, não importa a natureza processual ou material, pois ambos os tipos de normas podem ser objeto de negociação, desde que não sejam cogentes, ou seja, não se considerem de ordem pública. O que vai definir se a flexibilização se harmoniza com a Constituição é o fato de se tratar de direito disponível ou indisponível, conforme se demonstrará no próximo tópico.

## 5 – Eficácia intertemporal e constitucionalidade das novas previsões legais

As normas sobre registro de jornada de trabalho, em função de seu caráter material, têm eficácia imediata, podendo ser aplicadas, quer aos novos contratos de trabalho, quer àqueles firmados anteriormente à vigência da nova lei. De fato, embora o tema gere polêmicas – que refogem ao escopo específico deste artigo –, deve-se entender que o

“princípio da condição mais benéfica aplica-se somente a cláusulas contratuais, tácitas ou expressas, mas não imuniza a relação de emprego contra alterações promovidas pela lei posterior desfavorável ao empregado.”<sup>7</sup>

Assim, estritamente do ponto de vista do direito intertemporal, é correto afirmar que as inovações decorrentes da Lei nº 13.467/2017 e da Lei nº 13.874/2019, no que tange ao controle de jornada, têm aplicação imediata. Assim, por força do art. 611-A, X, da CLT, no mínimo, desde 11.11.2017 (data de entrada em vigor da Reforma Trabalhista) passou a ser possível que convenções e acordos coletivos de trabalho previssessem a figura do registro de ponto por exceção, mesmo em relação a contratos de trabalho firmados anteriormente. E, a partir de 20.09.2019 (entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica), tal modalidade de controle de jornada passou a poder ser objeto de acordo individual entre trabalhador e empregador, sendo possível também a celebração de tal tipo de acordo em contratos de trabalho anteriores a tal data.

Contudo, resta investigar se o sistema de controle de ponto por exceção se harmoniza com os ditames constitucionais, perquirindo se a conclusão deve ser diferente em cada um dos três seguintes marcos temporais: (i) antes da Reforma Trabalhista, que introduziu expressamente na lei a possibilidade de a negociação coletiva dispor sobre modalidade de registro de jornada; (ii) entre a entrada em vigor da Reforma Trabalhista e a Lei da Liberdade Econômica, pe-

---

7 MAGALHÃES, Joalvo. Aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho celebrados antes de sua vigência. In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (Org.). *Reforma trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018. p. 249.

ríodo em que a legislação ainda não admitia que o acordo individual dispusesse a respeito; (iii) no período posterior à entrada em vigor da Lei nº 13.874/2019.

Quanto ao período (i), a jurisprudência do TST não é uniforme a respeito, conforme demonstrado no item 3 *supra*. De um lado, argumenta-se que, desde sempre, o art. 7º, XXVI, da Constituição, ao reconhecer a força normativa das convenções e acordos coletivos de trabalho, já permitia a flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive suprimindo ou reduzindo direitos previstos em lei:

“as normas coletivas têm ampla liberdade para conceder benefícios superiores aos previstos em lei, mas têm limitações quando desejarem reduzir ou suprimir (...). Este poder está limitado pelos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.”<sup>8</sup>

Deve-se observar que o direito à limitação da jornada está previsto constitucionalmente (CF, art. 7º, XIII), diferentemente dos critérios de registro da jornada, os quais sempre foram regulados apenas no plano legal ordinário. Tampouco se pode dizer que o registro de ponto por exceção seria tendente a “impedir” a fruição da limitação de jornada estabelecida constitucionalmente; na verdade, tal modalidade de registro prestigia a liberdade negocial e a boa-fé entre os envolvidos, assentando-se no secular brocardo jurídico segundo o qual o ordinário se presume, e o extraordinário se prova.

Assim, não se tratando de flexibilização de direito previsto constitucionalmente, já se revelava possível a instituição do sistema de registro de ponto por exceção mediante negociação coletiva, mesmo antes da Lei nº 13.467/2017.

Contudo, tal conclusão não encontra eco na jurisprudência majoritária do TST, que vinha estabelecendo os seguintes limites à negociação coletiva: ela não seria possível mediante pura renúncia a direitos, havendo necessidade de efetiva transação (= concessão de vantagens recíprocas entre os envolvidos), a qual não seria viável, entretanto, em se tratando de direitos de indisponibilidade absoluta. Nas palavras de respeitabilíssima doutrina, os direitos de indisponibilidade absoluta

“não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. (...) No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (...); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (...); as normas legais infraconstitucionais que

---

8 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 1.244.

asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).”<sup>9</sup>

De acordo com a tendência então majoritária do TST, antes da Reforma Trabalhista, as normas sobre registro de jornada se revestiriam de indisponibilidade absoluta, razão por que não poderiam ser objeto de negociação coletiva, sendo inválidas, nessa ótica, previsões normativas que instituíssem o controle de jornada por exceção.

Veja-se, no entanto, que, no período (ii), ou seja, após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, o já citado art. 611-A, X, da CLT passa a admitir expressamente que a negociação coletiva verse sobre o sistema de controle da jornada de trabalho, o que, por si só, descaracteriza tal direito como sendo de “indisponibilidade absoluta”. Aliás, o parágrafo único do art. 611-A estatui textualmente que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

No que tange ao período (iii), posterior à Lei da Liberdade Econômica, o art. 74, § 4º, passa a admitir expressamente o regime de controle de ponto por exceção, não só mediante norma coletiva, mas também por força de acordo individual direto entre trabalhador e empregador.

Conclui-se que, desde as Leis ns. 13.467/2017 e 13.874/2019, para os fatos ocorridos após a respectiva entrada em vigor, perde fundamento o entendimento segundo o qual não seria possível o estabelecimento do controle de jornada por exceção, a menos que se considerem inconstitucionais os arts. 611-A, X, e 74, § 4º, da CLT.

Contudo, não seria razoável uma declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos. Em favor de tal tese, entretanto, seria possível argumentar pela violação ao princípio do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e ao art. 7º, XIII, o qual estabelece o limite de oito horas diárias e 44 semanais de trabalho.

Sucede que o sistema de controle por exceção não está a autorizar jornadas de trabalho superiores aos limites constitucionais. Trata-se de opção legislativa plenamente válida, que tem o objetivo de desburocratizar e simplificar a documentação das relações de trabalho.

---

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1.331.

Só haveria inconstitucionalidade se a Lei Maior expressamente exigisse o sistema ordinário de controle de jornada para todos os casos, o que evidentemente não acontece. Perceba-se, a respeito, que a própria legislação infraconstitucional – aplicada sem ressalvas durante décadas – já previa situações de desnecessidade de controle de jornada, como nos casos de empregados titulares de cargos gerenciais ou que realizem serviços externos incompatíveis com o controle (CLT, art. 62, I e II), bem como no caso de estabelecimentos com menos de 10 empregados (na redação antiga do art. 74, § 2º, da CLT).

Desse modo, o Judiciário deve respeitar as opções legislativas cujos conteúdos, ainda que desagradem eventualmente ao intérprete, não violem o texto constitucional. De fato,

“a Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. (...) A preferência da lei concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia.”<sup>10</sup> (grifos no original)

Urge, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho adeque sua jurisprudência e passe a reconhecer sua validade, especialmente – mas não apenas – no que tange a normas coletivas celebradas após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, e também a acordos individuais celebrados após a Lei nº 13.874/2019.

## **6 – Efeitos práticos da modificação legislativa e superação da Súmula nº 338 do TST**

Conforme premissa assentada na Ciência Econômica, segundo a qual “as pessoas reagem a incentivos” e que “um incentivo é algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa”<sup>11</sup>, é lícito supor que grande parcela dos empregadores passe a adotar o sistema do controle de ponto por exceção, por dois motivos principais: (i) maior simplicidade na operacionalização, já que apenas situações excepcionais precisam ser anotadas nos documentos; (ii) judicializada a questão, o ônus da prova das horas extraordinárias passa a ser do trabalhador.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 392-393.

11 MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage, 2020. p. 6.

## DOCTRINA

De fato, se a contestação negar a prática de horas extras e houver sido adotado validamente o sistema de controle de jornada por exceção, o empregador não terá a obrigação legal de exibir quaisquer documentos de controle de jornada, razão pela qual não haverá presunção de veracidade da jornada declinada na petição inicial (CPC, art. 399, I, *contrario sensu*, c/c o art. 400).

No entanto, se o empregador optar por fazer o controle ordinário da jornada de trabalho, fica obrigado a juntá-lo aos autos do processo em que se discutam horas extraordinárias, sob pena de, não o fazendo, ocorrer a inversão do ônus da prova, em função da presunção relativa de veracidade da jornada da petição inicial, decorrente da não exibição injustificada dos documentos (CPC, art. 400, I).

Conclui-se pela necessidade de modificação do item I da Súmula nº 338 do TST, a qual atualmente prevê que:

“I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.”

Para se adequar aos novos ditames legais, a Súmula deveria ser ajustada, de modo a prever que:

(i) a partir de 20.09.2019, com a ressalva da adoção do regime de controle de jornada por exceção, apenas empregadores que tenham mais de 20 (vinte) empregados têm o ônus de juntar controles de frequência, sendo que a não apresentação injustificada de tais documentos gera presunção relativa de veracidade da jornada declinada na petição inicial, admitindo-se a produção de prova em contrário;

(ii) caso adotado o regime de controle de jornada por exceção e negada, em contestação, a prática de horas extras, o empregador não tem o ônus de juntar documentos comprobatórios da jornada de trabalho, sendo do trabalhador o ônus da prova das horas extraordinárias alegadas na petição inicial;

(iii) o regime de controle de jornada por exceção pode ser estipulado por convenção ou acordo coletivo de trabalho e, somente a partir de 20.09.2019, também por acordo individual, em ambos os casos, inclusive,

quanto a contratos de trabalho firmados anteriormente à norma coletiva ou ao acordo individual;

(iv) a adoção do regime de controle de jornada por exceção não invalida o item III da Súmula nº 338<sup>12</sup>, pois reconhecer que não houve jornada extraordinária é diferente de pretender-se afirmar que os horários de entrada e saída são absolutamente invariáveis (“ponto britânico”), o que não é crível de acordo com as máximas da experiência. Assim, mesmo que adotado o controle por exceção, será considerado inválido eventual cartão de ponto – desnecessariamente elaborado e juntado aos autos – que apresente horários invariáveis de entrada e saída.

### **7 – Cartões de ponto, confissão ficta e real e outros meios de prova: estudo de caso**

O tema central do presente estudo consiste no registro de controle de jornada por exceção, mas as observações lançadas nos tópicos anteriores permitem que se faça a análise da jurisprudência majoritária do TST, relacionada a tema correlato e cristalizada em recente acórdão da SDI-1 da Corte, assim ementado:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM PROSSEGUIMENTO. CONFISSÃO FICTA. NÃO APRESENTAÇÃO PELA EMPREGADORA DOS CARTÕES DE PONTO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DE TRABALHO APONTADA NA PETIÇÃO INICIAL.

1. A jurisprudência desta Subseção é firme no sentido de que em hipóteses como a dos autos, em que aplicável ao reclamante a confissão ficta, face ao não comparecimento do mesmo à audiência em prosseguimento, remanesce o ônus da empregadora quanto à juntada dos cartões de ponto, na forma do art. 74, § 2º, da CLT e da Súmula nº 338 do TST.

2. Não tendo a reclamada se desvincilhado do encargo que lhe competia, pois não apresentados os registros de ponto, presume-se verdadeira a jornada de trabalho apontada na petição inicial.” (E-ARR-1416-71.2016.5.12.0005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 23.08.2019)

---

12 TST, Súmula nº 338, III: “Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”.



Em resumo, a SDI-I concluiu que, nas hipóteses em que o empregador é obrigado, por força de lei, a promover a elaboração de cartões de ponto, e tais documentos não sejam juntados aos autos injustificadamente, o pedido de horas extraordinárias deve ser julgado procedente, mesmo diante de confissão ficta do reclamante decorrente de seu não comparecimento à audiência de instrução.

A decisão parece partir da equivocada premissa de que se estaria diante de duas “confissões fictas recíprocas” – uma decorrente da ausência do reclamante à audiência de instrução, outra supostamente decorrente da não apresentação dos cartões de ponto –, que se “anulariam”, por assim dizer. Contudo, tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência do próprio TST, como se demonstrará.

De fato, como visto no tópico 4 deste estudo, a não apresentação injustificada dos cartões de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada da petição inicial, em função da incidência dos arts. 396, 399 e 400 do CPC. Tal situação jurídica não se confunde com a da confissão: a não exibição dos documentos é, na verdade, exemplo de presunção legal relativa<sup>13</sup>.

Conforme art. 389 do CPC, a confissão acontece “quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”. Vê-se que se trata de comportamento ativo da parte. De outro lado, é certo que a figura da ficção jurídica consiste em “aplicar a uma categoria jurídica o regulamento próprio de outra”, não tendo o condão de converter em “real o que não é verdadeiro”<sup>14</sup>.

No tema da confissão, o art. 385, § 1º, do CPC estatui que “se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena”. Aqui está prevista, portanto, a confissão ficta: trata-se de ficção, porque se sabe que não houve o comportamento ativo da confissão, mas o legislador equipara as situações (confissão ficta e confissão real) para todos os fins.

Por tal motivo, quando configurada a confissão ficta, aplica-se o art. 443, I, do CPC, segundo o qual “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I – já provados por documento ou confissão da parte”.

---

13 Cf. DIDIER Jr., *op. cit.*, *loc. cit.* Também trata a situação como presunção de veracidade, e não como confissão: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 421; MANGONE, Katia Aparecida. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.191.

14 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 226.

confessa – seja por confissão real ou confissão ficta – perde o direito subjetivo de produzir provas em sentido contrário, o que é decorrência do princípio da boa-fé processual objetiva e vedação ao comportamento contraditório, sendo este o fundamento irretocável da Súmula nº 74, II, do TST, segundo a qual não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

Veja-se que a conclusão da Súmula nº 74 somente é possível, porque a lei equipara expressamente a confissão ficta à confissão real. Diferentemente, a não exibição injustificada de documentos (CPC, art. 400) não é tratada pela lei como confissão ficta, mas como mera presunção legal. Sabe-se que toda presunção legal relativa admite a produção de prova em contrário. É o que acontece, por exemplo, com as anotações constantes da CTPS, as quais podem ser infirmadas por qualquer meio de prova (TST, Súmula nº 12).

Observe-se que a própria Súmula nº 338, I, da Corte Superior admite a produção de prova em contrário pelo empregador que não juntou injustificadamente os cartões de ponto. Tratando-se de espécie de inversão do ônus da prova, não poderia mesmo ser diferente, até porque o sistema de apreciação probatória adotado no Processo do Trabalho brasileiro não é o da prova tarifada, mas o da persuasão racional (CPC, art. 371). A jurisprudência do TST é uníssona no sentido de que, mesmo diante da não apresentação injustificada dos cartões de ponto, a prova oral produzida no processo pode infirmar a jornada declinada na petição inicial<sup>15</sup>.

Assim, diante da ausência injustificada do reclamante à audiência de instrução, dá-se a sua confissão ficta, a qual se equipara, em tudo, à confissão real. Nessa hipótese, deve-se considerar comprovada a jornada alegada na contestação, ainda que não juntados os cartões de ponto. De fato, da mesma forma que a jornada da contestação pode ser provada por meio de testemunhas, pode também sê-lo por meio de confissão real ou ficta.

Nesse diapasão, pensar diferentemente, além de gerar incongruência com a Súmula nº 74 do TST e com os arts. 385, § 1º, e 414, I, do CPC, acaba por violar o princípio da economia processual, ao exigir que o reclamado produza prova testemunhal da jornada, mesmo na hipótese que ficou impossibilitado de obter confissão real diante da ausência injustificada do reclamante.

---

15 Nesse sentido, exemplificativamente, entre muitos outros: R-136-36.2016.5.06.0101, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva, DEJT 18.10.2019; Ag-E-ED-Ag-RR-658-50.2014.5.20.0002, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 22.11.2019; AIRR-100244-38.2016.5.01.0481, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 11.10.2019; AIRR-1000093-86.2017.5.02.0383, 8ª Turma, Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 20.09.2019.

## 8 – Conclusão

Diante do exposto, enunciamos sinteticamente as conclusões do presente estudo:

(i) a Lei nº 13.467/2017 passou a admitir o regime de controle de jornada por exceção, desde que haja previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e, a partir da vigência da Lei nº 13.874/2019, tal sistema pode ser implantado mediante acordo individual;

(ii) o regime de controle de jornada por exceção pode ser usado mesmo quanto a contratos de trabalho firmados antes da entrada em vigor das referidas leis;

(iii) quanto ao período anterior à Lei nº 13.467/2017, a jurisprudência do TST apresenta divergências no que tange à possibilidade de norma coletiva instituir tal modalidade de registro de jornada;

(iv) as referidas modificações legislativas são constitucionais e devem ser observadas pelo Poder Judiciário;

(v) o item I da Súmula nº 338 do TST deve ser modificado;

(vi) caso adotado validamente o controle de jornada por exceção, o empregador fica desobrigado de elaborar e juntar quaisquer documentos aos autos do processo em que se discutam horas extras. O ônus da prova do serviço extraordinário, em tais casos, será do trabalhador;

(vii) ainda que adotado o controle de jornada por exceção, são inválidos como meios de prova os cartões de ponto – por hipótese, elaborados e juntados aos autos desnecessariamente – que apresentem horários invariáveis de entrada e de saída. Nessa situação, inverte-se o ônus da prova, que passa a ser do empregador. A Súmula nº 338, III, do TST mantém-se incólume;

(viii) a adoção do regime de ponto por exceção obriga o empregador a registrar eventuais ausências e atrasos do trabalhador, o que pode ter reflexos em eventual pedido de desconstituição de justa causa ou devolução de descontos salariais;

(ix) a ausência dos documentos relativos ao controle de jornada, quando exigíveis, não gera confissão do reclamado, mas apenas presunção relativa, razão pela qual é possível a produção de qualquer meio de prova – inclusive a confissão ficta do reclamante – que seja apta a infirmar a jornada declinada na petição inicial.

## 9 – Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.
- GRECO, Leonardo. Desafios à coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz. *Estudos de direito processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.
- MAGALHÃES, Joalvo. Aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho celebrados antes de sua vigência. In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (Org.). *Reforma trabalhista: primeiras impressões*. Campina Grande: EDUEPB, 2018.
- MANGONE, Katia Aparecida. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage, 2020.
- MIZIARA, Raphael. *Moderno dicionário de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho II: processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2017.

Recebido em: 16/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020

# A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E A (DES)PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

## *OUTSOURCING OF TARGET ACTIVITIES AND (UN)PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS*

**José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva\***

**RESUMO:** Tem este breve artigo a finalidade de examinar, no julgamento do RE 958.252 e da ADPF 324, feito pelo STF, em 30.08.2018, as teses contrárias ou favoráveis à terceirização ampla e irrestrita, manifestadas nos votos dos ministros. Há argumentos contrários a esse tipo de terceirização que, na visão dos juslaboralistas verdadeiramente preocupados com a satisfação dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores, parecem mais do que lógicos, sendo até óbvios, inclusive porque proporcionam o aumento da renda dos trabalhadores, a melhoria do mercado consumidor e o bem coletivo. De outra mirada, os argumentos que favorecem os mercados, em nome da sempre apregoadada liberdade de empresa (livre iniciativa), na análise econômica do Direito, sempre vencem em épocas de crises econômicas, com o velho discurso de que as regras protecionistas do direito do trabalho engessam a atividade empresarial, que é dinâmica e necessita de liberdade para enfrentar a cada vez mais acirrada concorrência. Essa dualidade de argumentos é examinada com profundidade, para se afirmar, ao final, que a terceirização ampla e irrestrita se trata de um grave perigo para a sociedade como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização Irrestrita. Atividade-Fim. Direitos Sociais. Reforma Trabalhista.

**ABSTRACT:** *This short article aims at analyzing the contrary and favorable theories in the judgment of Special Appeal 958.252 and Action against the Violation of a Constitutional Fundamental Right 324 carried out by the Federal Supreme Court on 30/08/2018 regarding broad and unrestricted outsourcing, stated in the votes of the justices. There is reasoning against this type of outsourcing, which according to labor jurists truly concerned with the realization of the minimum social rights of workers seems logical, or even obvious, especially because it provides an increase of income of workers, and improvement of the consuming market and the collective property. From a different point of view, the reasoning which are favorable to the markets, on behalf of the always-defended free enterprise, in the economic analysis of Law, always wins in times of economic crises, with old ideas that say that the protectionist rules of Labor Law hamper corporate activities, which are dynamic and need to face increasingly more intense competition. That duality of arguments is subject to an in-depth examination in this article, which concludes that broad and unrestricted outsourcing is a serious danger to the whole of society.*

**KEYWORDS:** *Unrestricted Outsourcing. Target Activity. Social Rights. Labor Reform.*

---

\* Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; professor contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto e da Escola Judicial do TRT-15.

## 1 – Introdução

**B**em sabido que a Lei nº 13.467/2017 – Lei da Reforma Trabalhista – promoveu profundas e criticáveis alterações na legislação laboral brasileira. Muitas foram as mudanças e parte de seu teor normativo se encontra pendente de apreciação de validade (constitucionalidade) para a afetiva e segura aplicação, com várias ADIs no e. STF – Supremo Tribunal Federal pendentes de análise. De norte a sul inúmeros magistrados do trabalho têm aplicado, ou não aplicado, os novos dispositivos, segundo o entendimento jurídico que avaliam mais arrazoado, enquanto ainda não há pacificação de entendimento sobre cada um dos aspectos controversos da nova lei.

Dentre os inúmeros aspectos discutíveis, de se destacar a norma permissiva da terceirização ampla e irrestrita – parte da doutrina tem exposto que ela será ampla, mas não irrestrita, diante dos limites constitucionais e infraconstitucionais –, em conformidade com o art. 2º da referida Lei, deu nova redação ao art. 4º-A da Lei nº 6019/74, abaixo transcrito:

“Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, *inclusive sua atividade principal*, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.’”

Ocorre que o tema da terceirização, antes e depois da alteração ocorrida no final do ano passado, já gozava de entendimento pacificado no Judiciário Trabalhista, consubstanciado no enunciado da *Súmula nº 331* do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que em seu item III considera a terceirização de atividade-fim *ilícita* e, portanto, inadmissível. Daí que a nova redação do art. 4º-A da Lei nº 6.019/74 – artigo que tinha pouco tempo de vida, já que acrescido pela Lei nº 13.429/2017 – procura subverter essa lógica proibitiva, tornando possível a terceirização, inclusive, da atividade principal da empresa contratante.

Contudo, antes mesmo da publicação da Lei nº 13.467/2017, as empresas já vinham questionando no STF a constitucionalidade da *Súmula nº 331*, por meio de recursos extraordinários. Assim que em março de 2016 a empresa Cenibra, de Minas Gerais, havia interposto junto ao STF o RE 958.252, insurgindo-se contra o entendimento manifestado pelo Tribunal Superior do Trabalho em torno da questão. Diante dos inúmeros recursos abordando a temática, foi dada repercussão geral ao tema (Tema nº 725), inclusive porque tramitava no STF a

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324, que havia sido ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio em face do Tribunal Superior do Trabalho, em agosto de 2014, e ainda não havia sido julgada.

Em agosto deste ano, após três suspensões do julgamento, finalmente, o e. STF, por seu Tribunal Pleno, julgou conjuntamente o RE 958.252 e a ADPF 324, para firmar tese permissiva da terceirização ampla e irrestrita, embora parte da doutrina entenda que ela não poderá ser irrestrita.

Tem este breve artigo apenas a preocupação de explanar os principais argumentos dos votos condutores da discussão plenária, dos Ministros Barroso e Marco Aurélio, certamente os mais profícuos para uma análise acadêmica em torno dos acertos e desacertos das teorias desenvolvidas a respeito da abrangência da terceirização.

### **2 – O entendimento adotado pela Corte Constitucional brasileira**

O Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Constitucional brasileira, tem o dever de atuar como *guardião* do diploma mais elevado e fundamental do nosso ordenamento jurídico, garantindo que não seja violado ou ameaçado por quaisquer excessos legislativos, judiciais, administrativos ou até mesmo por condutas privadas. No desempenho de tal nobre atribuição recebeu e apreciou conjuntamente a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF* (ADPF 324) e o *Recurso Extraordinário 958.252* (RE 958.252), submetido à temática de repercussão geral (Tema nº 725), como já ressaltado.

No mérito, tanto a ADPF quanto o recurso de natureza extraordinária versavam sobre a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, em contrariedade à Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que não a entendia possível na chamada atividade-fim da empresa. Como é sabido, na sessão ocorrida em 30 de agosto de 2018, o STF concluiu o julgamento dos instrumentos processuais já referidos, optando pela primeira tese. O resultado final dramático foi emplacado por 7 votos a 4, sendo que o voto do Relator da ADPF, Ministro Luís Roberto Barroso, foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux (Relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Em sentido contrário, o belíssimo voto do Ministro Marco Aurélio Mello, tendo proferido votos vencidos também os Ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Para clarificar, vejam-se a tese firmada e a decisão tomada no RE e na ADPF, respectivamente:

## DOCTRINA

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o Tema nº 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: ‘É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante’, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.08.2018.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>. Acesso em: 6 set. 2018)

Doravante, deverá haver uma *guinada de 180 graus* na jurisprudência trabalhista em torno da terceirização de atividade finalística da empresa, cujos efeitos deletérios somente serão sentidos a médio e longo prazo, pois se vislumbra uma ainda maior *precarização* das relações de trabalho no Brasil, conforme já tem sido advertido pela doutrina, antes e depois desse julgamento histórico. Vide, por todos: DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz<sup>1</sup>, 2018, *on line*.

Entrementes, o objetivo deste breve artigo não é tanto apontar todos os equívocos da tese vencedora, mas apreciar, ponto a ponto, os argumentos que convenceram a douta maioria dos ministros do STF. Antes, porém, mister uma análise do *percurso histórico* no qual o entendimento em torno da questão foi maturado, no curso do avanço legislativo e da jurisprudência que se firmou até a edição da Súmula nº 331, para que se possa bem compreender o motivo pelo qual a Suprema Corte teve de decidir o tema. Penso que o voto do Ministro

---

1 Neste breve, mas profundo artigo, as autoras citadas asseveram que há inúmeras pesquisas científicas, “dos mais diversos campos do conhecimento”, apontando os largamente conhecidos “efeitos precarizantes da terceirização do trabalho”. Em nota, citam algumas dessas pesquisas, delas próprias, de Ricardo Antunes, Grijalbo F. Coutinho, Helder Amorim, Graça Druck, Cristiano Paixão, dentre tantos outros.



Marco Aurélio, embora não prevalecente, traça um histórico formidável e, por isso, será analisado primeiramente. Em seguida, uma análise dos principais argumentos utilizados pelo Ministro Barroso, com críticas a equívocos cometidos em sua respeitável argumentação.

### 3 – Argumentação contrária à terceirização ampla e irrestrita

Em seu voto vencido, o Ministro Marco Aurélio apresenta argumentos irretorquíveis a respeito do caráter social que permeia a Constituição da República Federativa do Brasil, demonstrando a necessidade de respeito aos direitos sociais trabalhistas, procedendo a um *resgate histórico* da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da terceirização, para que se possa compreender o que levou a mais alta Corte Trabalhista a firmar a *jurisprudência restritiva* à terceirização sem limites, em sua Súmula de nº 331.

De saída, o ilustre Ministro deixa bem evidente qual seria seu objeto de análise, a saber, *o conjunto de pronunciamentos formalizados pela Justiça do Trabalho*, ou seja, verificar se é justa (adequada) ou não a forma como os magistrados laboristas têm julgado no tocante a essa matéria. A ver:

“*Compete ao Plenário perquirir, a partir da análise de processos surgidos em contexto legislativo anterior, se todo o conjunto de pronunciamentos formalizados pela Justiça do Trabalho em demandas judiciais subjetivas atinentes à terceirização de serviços, nos quais observado o teor do Verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho – incluído o acórdão atacado por intermédio do extraordinário em jogo –, revela-se compatível com a ordem jurídica constitucional ou se, ao contrário, vulnera preceitos fundamentais.*” (destaques não originais)

Afirma, antes de tudo, que o caráter protetivo do direito laboral foi necessário para *reparar as desigualdades* reinantes no mundo do trabalho, fazendo com que o Estado, em sua atuação legislativa, introduzisse normas para assegurar direitos mínimos aos trabalhadores.

“O Estado, buscando o implemento da justiça social, entendeu que as desigualdades reinantes somente poderiam ser corrigidas com a introdução de distinções em sentido oposto, surgindo, assim, normas jurídicas a assegurarem proteção mínima ao hipossuficiente.

(...) *Daí porque repito quantas vezes for necessário: protetivo não é o julgador, mas a própria legislação trabalhista.*” (destaques não originais)

## DOCTRINA

Na sequência, apresenta minucioso percurso histórico do processo legislativo que foi permitindo, pouco a pouco, a terceirização no sistema jurídico brasileiro, mas sempre de modo a *não permitir* que ela ocorresse na atividade principal da empresa, pois do contrário seria admitir o desvirtuamento da *clássica configuração* da relação jurídica bilateral de trabalho subordinado.

“Segundo a lição de Mauricio Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 418), a primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu nos idos da década de 1940, já com a Consolidação das Leis do Trabalho, cujo art. 455 previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da ‘subempreitada’, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício.”

Contudo, os “contornos mais bem definidos” da terceirização se deram no âmbito do *setor público*, tendo em vista que o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, permitiu “a descentralização dos encargos administrativos materialmente executivos mediante ajuste de intermediação de mão de obra”. A conferir:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Melhor regulamentação sobre a *descentralização dos encargos administrativos* foi pela Lei nº 5.645/70,

“(…) a estabelecer parâmetros por meio da fixação de rol a abranger as práticas que poderiam ser objeto de execução descentralizada – todas, observa Mauricio Godinho Delgado, instrumentais, de apoio, meramente executórias, as denominadas ‘atividades-meio no contexto de serviços executados pelos entes estatais’.” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 418)

## DOCTRINA

De se notar que o art. 3º desta Lei permitia a *descentralização* dos seguintes serviços: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”, basicamente como permitiu a jurisprudência trabalhista, com a construção da tese da *licitude* da terceirização das *atividades-meio*.

Em seguida, o insigne Ministro observa que, apesar do crescimento do PIB no início da década de 1970, não houve uma redução das desigualdades sociais, e, mesmo assim, a ordem jurídica passou a admitir a terceirização *também no âmbito privado*, inicialmente com a promulgação da Lei nº 6.019/74:

“Sobrevindo o período do dito ‘milagre econômico’, coincidente com os ‘anos de chumbo’ do regime militar – 1969 a 1973 –, no qual o elevado crescimento do Produto Interno Bruto – PIB não se fez acompanhar da esperada redução das desigualdades sociais, *a ordem jurídica passou a albergar a possibilidade de terceirização também no âmbito privado*, a partir da promulgação da Lei nº 6.019/74, a dispor sobre o trabalho temporário. De acordo com a dicção legal, a contratação de pessoa jurídica interposta, prestadora de serviço, pela empresa tomadora justificar-se-ia para ‘atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços’ – art. 2º – pelo prazo máximo de três meses, salvo autorização do então Ministério do Trabalho e Previdência Social – art. 10.” (destaques não originais)

*Novo capítulo da história* sobre essa forma de prestação de serviços sobreveio quando foi possibilitada a terceirização “em caráter permanente”, com o advento da Lei nº 7.102/83. Os novos parâmetros autorizaram:

“(…) a expansão da prática da terceirização, agora em caráter permanente e não mais temporário, alcançadas as empresas particulares especializadas nos serviços de vigilância e transporte de valores no segmento bancário da economia.”

Ocorre que a contratação por empresa interposta, própria da terceirização, representa *grandes riscos* para a efetivação de direitos sociais. Não por outra razão, o Tribunal Superior do Trabalho, *desde 1986*, manifestou interpretação restritiva à sua possibilidade, conforme entendimento consubstanciado em sua Súmula nº 256, editada naquele ano. Eis o teor do verbete:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, *é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta*, formando-

se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.” (destaques não originais)

Em seguida, veio à tona a década em que o mundo inteiro sentiu a *onda da flexibilização* do direito do trabalho, no contexto da globalização.

“Sob o signo da globalização, não apenas o Brasil[,] mas também a quase totalidade das nações tidas como subdesenvolvidas experimentaram, na década de 1990, *importante influxo de ideário neoliberal*, traduzido, em maior ou menor grau, em crescente pressão pela desregulamentação do mercado de trabalho. Em 28 de março de 1994, publicou-se a Lei nº 8.863, a qual veio a *ampliar a possibilidade de terceirização* das atividades alusivas a serviços de vigilância e transporte de valores para além do âmbito das instituições bancárias.” (destaques não originais)

A ampliação de hipóteses legais nas quais seria lícita a terceirização ensejou a edição de *nova súmula pelo TST*, a de nº 331 – objeto de questionamento junto ao STF –, que, após algumas alterações, apresenta-se hodiernamente com a seguinte redação, em seu item III:

“III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como *a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.*” (destaques não originais)

Portanto, a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que, exceto na contratação de trabalho temporário (item I da referida súmula) e dos serviços mencionados no item III supratranscrito, seria *ilícita* a contratação por empresa interposta – terceirização –, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, a não ser no caso de contratação pela Administração Pública, diante da exigência de concurso público (art. 37, II, da CF) – item II da Súmula nº 331.

Por fim, o voto ainda menciona que leis posteriores permitiram a terceirização de forma mais ampla, tanto que a *Lei nº 8.987/95* autorizou a terceirização no tocante às “atividades inerentes para as concessionárias de serviço público”, e a *Lei nº 9.742/97* também permitiu a terceirização dessas atividades para as empresas do ramo das telecomunicações, mais precisamente em seu art. 94, II:

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

## DOCTRINA

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.”

Com isso se poderia sustentar a plena liberdade de terceirização das atividades inerentes, essenciais ou da atividade-fim das empresas em geral? Por óbvio que não, pois *as exceções devem ser interpretadas restritivamente*, conforme antigas lições de hermenêutica. Com base na preciosa obra de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, publicada em 1924, o preclaro Ministro assevera que o intérprete não pode ignorar o passado do substrato fático da norma, pois “o Direito não se inventa”; antes, é fruto de “um processo lento da evolução, adaptado ao meio” social. Assim, a norma ditada pelo intérprete precisa ter sua fórmula desdobrada no tempo e no espaço. Com efeito, não se pode ignorar a *evolução histórica da jurisprudência* em torno da terceirização no Brasil, porque ela está coerente com o percurso histórico das próprias relações de trabalho e em conformidade com a ordem constitucional.

“Apesar do progressivo aumento das hipóteses de terceirização lícita desde meados do século XX, *a regra, perpetuada historicamente, jamais deixou de ser a contratação empregatícia clássica, correndo as exceções à conta de circunstâncias extraordinárias, não obstante flexibilizadas com o passar dos anos*: inicialmente, restrita, no domínio das relações privadas, ao regime de contratação temporária; após, circunscrita a determinados segmentos da economia – prestação de serviços de vigilância, transporte de valores, conservação e limpeza – e, alfim, autorizada para a consecução de atividades instrumentais, de apoio, meramente executórias.

À possibilidade de terceirização na prestação de serviços o Direito do Trabalho sempre reservou caráter excepcional – e *a exceção, todos o sabem, deve ser interpretada de maneira estrita, especialmente quando envolvidos direitos sociais.*” (destaques não originais)

É notável, portanto, que a Súmula nº 331 do TST “nada mais fez do que cristalizar longa construção jurídica”. Ademais, se não bastasse ser evidente o caráter excepcional da relação de trabalho terceirizada pelos motivos já expostos, em reforço à restrição veio a promulgação da *Constituição-cidadã*, em 05.10.88, na qual os direitos sociais trabalhistas foram consagrados não apenas no seu art. 7º, pois foram “elevados à condição de fundamento da República e da ordem econômica e social – arts. 1º, inciso IV, 170, cabeça, e 193”.

## DOCTRINA

“O sistema revela preocupação do constituinte com a tutela dos trabalhadores. A proteção deixou de encontrar fonte apenas na disciplina legal e adquiriu envergadura constitucional, mediante a passagem da Consolidação das Leis do Trabalho para a Constituição.”

Evidente que o Direito não poderia permanecer inerte à mutabilidade do mercado e da sociedade, exponenciada desde o advento da globalização e exacerbada nesse século XXI. Todavia, há *princípios constitucionais intangíveis* que não podem ser ignorados na apreciação da questão, sob pena de suportar a sociedade verdadeiro retrocesso e dramático aprofundamento das disparidades sociais. Como bem nota o Ministro,

“(…) a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção, matriz do Direito do Trabalho, a subsidiar todo o ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro.”

Dentre as razões pelas quais a vedação à terceirização irrestrita se mostra conteúdo do *princípio protetor*, o Ministro Marco Aurélio cita bela síntese doutrinária de Ricardo José Macêdo Britto Pereira<sup>2</sup>, para quem a terceirização importa em: (i) recebimento, por terceirizados, de *salários mais baixos*; (ii) submissão a condições de trabalho *desfavoráveis*; (iii) abalo da pessoalidade e da subordinação diretas, *características clássicas* da relação de emprego; (iv) *inversão da lógica* da continuidade do contrato de trabalho; (v) inviabilização do gozo das férias pela *intensa rotatividade*; (vi) *redução da atuação sindical*; (vii) *aumento de acidentes do trabalho*.

A *desigualdade* de percepção salarial por terceirizados e não terceirizados é ponto particularmente sensível da questão, traço que é enfatizado pelo Ministro Marco Aurélio, recorrendo ao maior juslaboralista em atividade no país.

“Consoante bem explicitado por Mauricio Godinho Delgado, a terceirização, ‘se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho’, ocasionando indesejado rebaixamento do ‘modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país’.” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 543-544)

---

2 PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. *Terceirização, a CLT e a Constituição*. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>>. Acesso em: 20 ago. 2018 (pelo Ministro).

## DOCTRINA

Mesmo no âmbito do *direito coletivo* há implicações drásticas da terceirização irrestrita, uma vez que a situação do terceirizado é delicada, ocasionando inúmeras dificuldades na dinâmica funcional do direito coletivo do trabalho.

“O terceirizado, observem, *não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas, sim, aquela exercida pela prestadora de serviço*, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído, via de regra, de poder de reivindicação. A este fenômeno Lorena Vasconcelos Porto chama de ‘apartheid sindical’.” (destaques não originais)

Também é problemática a *desvinculação do trabalhador* à empresa contratante, dado que contraria o sentido da relação de trabalho consagrado no art. 7º, XI, da Constituição Federal, pois ali foi instituído um instrumento de *integração entre capital e trabalho* mediante a “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Na esteira da preocupação com a *falta de integração* do trabalhador na empresa, o Ministro ainda menciona a Convenção nº 155 da OIT:

“(…) internalizada pelo Decreto nº 1.254/94, que, ao dispor sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, prevê a necessidade de ‘cooperação entre os empregadores e os trabalhadores ou seus representantes na empresa’ como *elemento essencial na organização empresarial* – art. 20 –, princípio cuja observância encontra importante óbice em locais profundamente marcados pela terceirização da mão de obra.” (destaques não originais)

No desfecho de seu voto, o insigne Ministro conjuga todos os argumentos reunidos, afirmando que os pronunciamentos judiciais adotados na seara trabalhista, que não têm reconhecido como possível a terceirização de atividades-fim, são duplamente adequados: (i) *promovem justiça* de acordo com os moldes constitucionais; (ii) *reafirmam a tradição protetiva* que visa sempre a maior justiça e efetivação dos direitos sociais, razão mesma de ser do ordenamento jurídico como um todo.

“Em razão da gravidade das implicações do entendimento a ser adotado pelo Supremo e limitando-me ao que versado nos processos em exame, conluo no sentido de reconhecer-se a compatibilidade, não só com a Constituição Federal, mas também com a tradição jurídica da legislação protetiva no Brasil, do Verbete nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e, por consequência, dos pronunciamentos judiciais



formalizados em demandas subjetivas que dele se utilizam para, na busca pela almejada realização da Justiça, dar a cada um o que lhe é devido.”

Concluindo, assim, brilhantemente seu voto, o Ministro Marco Aurélio deixa bem claro que não se trata de um ranço trabalhista, de resistência ao progresso das relações jurídicas, mas de uma posição abalizada, sedimentada ao longo de anos, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, para *evitar que o trabalho se torne mercadoria* e não tenha seu valor social efetivado.

Contudo, esse voto não foi o aclamado pela douta maioria do STF, que, por sete votos a quatro (7 x 4), optou pela tese contrária, no sentido de que a Súmula nº 331 e seu tradicional entendimento impedem a modernização da economia e está em desacordo com a liberdade de empresa e de iniciativa, sendo, portanto, *inconstitucional* em sua limitação à terceirização de atividade-fim. É o que se verifica no conjunto dos argumentos tecidos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, cujas *anotações para o voto oral* serão analisadas em seguida.

#### 4 – Argumentação favorável à terceirização irrestrita

Como se pode perceber desde o início da leitura das anotações do voto do Ministro Barroso, sua grande preocupação foi a de demonstrar que a *dinâmica do mercado*, após tantas revoluções no sistema de produção de bens e fornecimento de serviços, não comporta soluções reducionistas, que impeçam essa própria dinâmica de funcionar, sendo que a *regulação do mercado de trabalho* não pode atuar em descompasso com aquela realidade inevitável. Em síntese, o respeitável voto se apoiou na lógica do mercado, ou mais precisamente no chamado direito econômico – análise econômica do Direito<sup>3</sup> –, dando *primazia à liberdade de iniciativa e de empresa*, percebendo-se, de saída, o contraste desse conjunto de ideias com as apresentadas no voto do Ministro Marco Aurélio,

3 Sobre a AED – análise econômica do Direito –, de se consultar a preciosa obra de UGARTE C., José Luis. *Análisis económico del derecho: el derecho laboral y sus enemigos*, 2001. Principalmente o capítulo VII, no qual o autor analisa a relação entre a AED e o direito do trabalho. Em brevíssima síntese, a *eficiência* que os adeptos da Escola de Chicago propõem ao Direito, inclusive na seara laboral, reduzindo o ser humano – e o trabalhador – ao “homem econômico”, não pode ser aceita nos termos economicistas, porque as reformas propostas para que a Economia produza resultados satisfatórios sempre conduzem a desregulamentação, flexibilização e precarização das relações laborais. Ademais, não é da tradição dos países continentais – adeptos da *civil law* – a intensa desregulamentação para que as leis de mercado ditem as regras, como se dá no sistema norte-americano (*common law*). O discurso em torno da eficiência tem de albergar a discussão da (*re*)*distribuição das riquezas produzidas*. Não basta o equilíbrio do mercado; é necessário alcançar também o *equilíbrio das relações sociais*. E o direito do trabalho, com suas regras protecionistas, é o principal instrumento que já se inventou para se alcançar o *mínimo de distribuição de renda* que permita um equilíbrio social, que, por sua vez, pode conduzir a um equilíbrio dos mercados. (UGARTE C., *passim*).



cujo ideário não foi uma visada sobre o mercado, mas sobre a razão de ser da Justiça do Trabalho e dos atos judicativos juslaboralistas.

Pois bem, segundo o Ministro Barroso, após as “três grandes revoluções que moldaram a história da humanidade” – a Revolução Cognitiva (70 mil anos atrás), a Revolução Agrícola (há cerca de 10 mil anos) e a Revolução Científica (com início na virada do século XV para o XVI), está em curso a *Revolução Digital ou Tecnológica*. Trata-se da *quarta revolução industrial* – a primeira foi a do vapor (1850-1900), a segunda, a da eletricidade (1900-1940), e a terceira foi a do motor e da automação (1940-2000). Essa revolução digital – também chamada de *Revolução Industrial 4.0* – altera de tal forma, com tamanha intensidade e velocidade, toda a economia, que há de se buscar “uma nova ética” – ou eticidade –, repensada para comportar melhor a liberdade. Veja-se:

“7. A nova revolução é a Revolução Digital. Sem entrar em muitos detalhes técnicos que eu não ousaria tentar explicar, o que ocorreu aqui foi a mudança da tecnologia mecânica e eletrônica analógica para a eletrônica digital. A nova tecnologia permitiu a massificação do computador, do telefone celular digital e, conectando bilhões de pessoas em todo o mundo, a internet. Vivemos a era da informação e do acesso quase ilimitado ao conhecimento.

8. A maneira como se realiza uma pesquisa, se fazem compras, se chama um táxi, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos, foi inteiramente revolucionada. Nós vivemos sob a égide de um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática. A linguagem dos nossos dias inclui um conjunto de termos recém-incorporados, sem os quais, no entanto, já não saberíamos viver: Google, Uber, Spotify, Youtube, Windows, Mac, Dropbox, Skype, Facetime, Facebook, Twitter, Instagram, Amazon, Google maps, Google translator, para citar alguns.

9. Não há setor da economia tradicional que não tenha sido afetado. Está todo mundo atrás de novos modelos de negócio e, como bússola desse caminho, *busca-se também uma nova ética, que consiga combinar liberdade, privacidade, veracidade, proteção contra hackers, contra a criminalidade online e outras vicissitudes.*” (destaques não originais)

O desfecho da *reflexão ambientadora* da fundamentação, pelas declarações registradas no voto vencedor, será um mundo assombrado pelo terror generalizado do *desemprego estrutural*.

## DOCTRINA

“14. Inovação e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3-D, da nanotecnologia e da computação quântica. O futuro é imprevisível e assustador, em meio a profecias que preveem a própria perda da primazia do *homo sapiens*, tal como o conhecemos.

15. O aclamado autor israelense Yuval Noah Harari acredita que o avanço tecnológico e a engenharia genética criarão *super-homens* e faz algumas especulações aterradoras sobre o futuro da humanidade. Uma delas é a seguinte:

*‘Enquanto a revolução industrial criou a classe trabalhadora, a próxima grande revolução criará a classe inútil.’* (destaques não originais)

“18. *O risco do desemprego será a assombração do novo tempo.* A sociedade, as empresas, o direito do trabalho e o sindicalismo precisam adaptar-se ao novo tempo. A história não para. Quando surgiu a impressão *offset*, os linotipistas invadiam as redações para quebrar as novas máquinas. Quando surgiu o *prêt à porter*, alfaiate destruíram as lojas que vendiam roupas prontas. E mesmo assim, a história não parou. Temos que ser passageiros do futuro e não prisioneiros do passado.” (destaques não originais)

Pois bem, com essa cena apocalíptica, o eminente Ministro introduz a fundamentação da *inevitabilidade da adaptação* do mundo do trabalho e dos sindicatos, repetindo a velha ideologia de que é melhor ter trabalho com menos direitos assegurados do que não ter trabalho algum. Contudo, as crises econômicas e o seu coadjuvante desemprego, em verdade, são *companheiros de caminhada* do próprio direito do trabalho. Na Alemanha, em 1933, durante a crise intensa que se abateu sobre todos os países por conta da primeira grande crise sistêmica do capitalismo – derivada da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929 –, os primeiros juslaboralistas já advertiam para essa *correlação necessária*<sup>4</sup>. No entanto, esse discurso de que é necessário ceder alguns direi-

---

4 Como assevera Palomeque López, *já em 1933*, Hugo Sinzheimer, um dos expoentes da escola juslaboralista socialdemocrata da Alemanha Weimariana, pronunciava, quando a Europa conhecia as graves consequências da crise de 1929, que o Direito do Trabalho estava em sua crise mais grave, sendo que por isso deveria ser reformado, por ser *complementar* da economia. E se perguntava: “Que sentido tem o Direito do Trabalho, se se apresenta fundamentalmente como o Direito de uma elite de trabalhadores que tem a fortuna de trabalhar, quando às margens dele existe um cemitério econômico de *desemprego estrutural*?” (destaques no original) (PALOMEQUE LÓPEZ, 1989, p. 22-26). *A perplexidade discursiva do doutrinador da década de 1930 é tão atual que dispensa comentários.*

tos trabalhistas para se preservar o emprego e se reerguer a economia (ou os mercados) é tão antigo como o próprio direito do trabalho<sup>5</sup>.

Daí que a verdadeira ameaça no sentido de que o mundo do trabalho passará, inevitavelmente, “em todos os países de economia aberta, por transformações extensas e profundas”, a exigir uma harmonização das “novas demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores”, para que seja assegurado “a todos os trabalhadores emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte” – como fundamenta o nobre Relator –, *nada tem de novo*. Antes mesmo do nascimento oficial do Direito do Trabalho, no início do século XX, nas duras e sangrentas lutas travadas no século XIX, durante e após a primeira revolução industrial, *já havia esse debate* nos segmentos econômico, político e social. Outrossim, desde a década de 1980, e, sobretudo, a partir da *intensa flexibilização* que se deu nos anos 90, estudiosos de vários matizes já apontavam o equívoco do prenúncio do fim do trabalho, mas advertindo que realmente haverá um *crescente desemprego estrutural*<sup>6</sup>, a exigir a intervenção do Estado para garantir direitos mínimos dos trabalhadores – inclusive e principalmente uma acentuada *redução da jornada de trabalho*, uma das poucas formas de realmente se propiciar uma distribuição equânime

5 O grande doutrinador espanhol Palomeque López adverte que a crise econômica é uma noção que tem acompanhado o Direito do Trabalho desde sempre, sendo, na verdade, um *companheiro de viagem histórico* deste ramo do Direito. De se reconhecer que a história do século XX revela pelo menos mais um período de crise tão intensa como a dos anos 1970-1980, exatamente a crise do período de 1929-1945. Sem embargo, aponta o juslaboralista, foi durante a crise econômica dos anos 1930, mais precisamente no chamado “biênio reformista” republicano, que o Direito do Trabalho espanhol conheceu um dos períodos de crescimento mais progressivo e espetacular de toda a sua história, demonstrando que é plenamente possível a expansão do Direito do Trabalho numa situação de crise econômica (PALOMEQUE LÓPEZ, 1989, p. 19-20).

6 Ricardo Antunes afirma que o enorme salto tecnológico que se iniciou na década de 1970 se constituiu numa primeira resposta do capital às greves consideradas “selvagens” de 1968. Os capitalistas compreenderam que, em vez de limitar-se a explorar a força de trabalho muscular dos trabalhadores, privando-lhes de qualquer iniciativa e mantendo-os no trabalho fracionado do método taylorista/fordista, poderiam multiplicar os lucros, explorando-lhes a imaginação, os dotes organizativos, a capacidade de cooperação, enfim, todas as virtualidades da inteligência. *Foi com esse fim que os capitalistas desenvolveram a tecnologia eletrônica e os computadores*, além de remodelar os sistemas de administração de empresa, implantando o novo sistema chamado *toyotismo*, a qualidade total e outras técnicas de gestão (ANTUNES, 2001, p. 44-45).

Ocorre que, após a revolução tecnológica e a transnacionalização das empresas, *nas décadas seguintes o ritmo de dispensa de mão de obra foi impressionante*, inclusive nas indústrias que se expandiam. O crescimento do desemprego nestas décadas não foi simplesmente cíclico, mas também *estrutural*. Os empregos perdidos não retornariam quando os tempos melhorassem: *não voltariam jamais*. Surge, assim, o denominado *desemprego estrutural*, inclusive nos países em desenvolvimento, para os quais migraram as indústrias de trabalho intensivo – com a nova divisão internacional do trabalho –, em busca de trabalhadores com salários mais baixos. *A tragédia histórica das décadas de crise foi que a economia de mercado não conseguia gerar novos postos de trabalho para os tantos desempregados* (HOBSBAWM, 1995, p. 402-406).

do (reduzido) trabalho –, tendo em vista que a liberdade de mercado somente agravará essa dura realidade.

Se não existe emprego sem a existência das empresas, de outra mirada, não existe aumento exponencial da lucratividade empresarial sem empregados que tornem possível a extração da mais-valia, como apontou há muito tempo o grande Karl Marx<sup>7</sup>. Não há como a empresa crescer e se inserir de forma consistente no tal mercado, se ela não tiver trabalhadores que produzam os bens em escala ou prestem os serviços contratados. São *verso e reverso* da mesma medalha. Daí porque não se podem restringir direitos trabalhistas mínimos, inclusive porque são estes que propiciam a pujança do “mercado” consumidor, sem o qual a economia fica sempre à deriva.

No entanto, a lógica do voto vencedor não foi essa. Pelo contrário, o eminente Relator insiste que os direitos do trabalho devem ceder, exigindo-se apenas os benefícios que a economia consiga suportar, ou seja, trata-se de uma lógica economicista que não encontra respaldo na realidade. Hobsbawm demonstrou, com sua visão impecável da história, que nos períodos históricos em que o capital cedeu e houve a concessão de mais direitos sociais – inclusive e, principalmente, os trabalhistas – é que se deu o *maior progresso econômico e social*, com estabilidade política<sup>8</sup>.

Com efeito, no lugar de defender a garantia e efetivação do máximo possível de direitos sociais, o voto vencedor segue afirmando, de forma oposta, ainda que sutil, a necessidade de se observar *um limite de ônus* que poderia ser suportado pela economia, em matéria de direitos sociais:

“E, do modo como penso a vida, é preciso assegurar a todos os trabalhadores emprego, salários dignos e a maior quantidade de benefícios que a economia comporte.

7 MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política, p. 363 e ss.

8 Na chamada *Era de Ouro* do capitalismo – de 1947 a 1973 – houve uma *globalização da situação dos Estados Unidos “pré-1945”*, que passou a servir de modelo de sociedade industrial capitalista para os demais países. Foi a *era do automóvel*. O modelo de produção em massa de Henry Ford (fordismo) se estendeu a indústrias do outro lado dos oceanos, ao passo que nos Estados Unidos o princípio fordista se ampliava para novos tipos de produção, desde a construção de moradias à chamada *junk food* – o McDonald’s foi uma história de êxito do pós-guerra. Bens e serviços antes restritos a minorias agora eram produzidos para um mercado de massa, com destaque para o setor do turismo. O que antes era um luxo se tornou o modelo de conforto desejado, pelo menos nos países ricos, como a geladeira, a máquina de lavar roupas, o telefone. Dessa maneira, era possível ao cidadão de classe média desses países viver da maneira como somente os muito ricos haviam vivido no tempo de seus pais. Houve, portanto, *uma maior e melhor distribuição de bens e serviços neste rico período da história, no qual ocorreu uma reestruturação do capitalismo* (HOBSBAWM, 1995, p. 259).

(...) Porque se não houver desenvolvimento econômico, se não houver sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda ou qualquer outro direito para os trabalhadores.”

É lógico que a *estabilidade econômica* – na perspectiva dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – deve ser considerada como algo estruturalmente necessário para a garantia e efetivação dos próprios direitos sociais, mas não há que se olvidar da *ordem de valores adequada* firmada pela Constituição Cidadã, na qual os “Direitos Sociais” parecem ser mesmo mais nobres do que as dinâmicas de mercado e do que a busca frenética do lucro<sup>9</sup>, pois *imprescindíveis* a assegurar o princípio da dignidade humana, embora haja entre os direitos econômicos e sociais uma relação de complementaridade desejada pelos próprios princípios aqui referidos (art. 1º, III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Continuando sua *análise econômica do Direito*, o nobre Relator argumenta, ainda, que diante do desemprego brutal que existe no país – 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade –, faz-se necessário “considerar as opções disponíveis, sem preconceitos ideológicos ou apegos a dogmas antigos”. E propõe, no lugar de uma “visão protecionista/paternalista”, uma (sua) “visão emancipatória, que favorece a negociação e a liberdade”, lembrando que a liberdade de contratar é “rigidamente limitada pela Constituição”, porque “há direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores que estarão sempre assegurados” – como os direitos ao (i) salário, à (ii) segurança, ao (iii) repouso (semanal), às (iv) férias, ao (v) FGTS, entre outros –, encerrando essa análise com a lapidar frase de que “o *excesso de proteção muitas vezes desprotege*” (destaques não originais).

Algumas observações:

1ª) sobre a *liberdade de contratação*, Lacordaire já prenunciara, em pleno século XIX, que essa liberdade, no mundo do trabalho, é escravizadora, motivo pelo qual se fazia necessária – e ainda se faz – a intervenção do Estado com a edição de normas legais cogentes para proteger de fato os trabalhadores<sup>10</sup>,

9 Como já afirmei em outro trabalho, um exemplo concreto de como a propriedade privada e a busca do lucro, para que sejam tutelados pelo Estado, devem proporcionar a efetividade dos direitos sociais em geral, e dos trabalhistas em particular, é o instituto da *função social da propriedade* (SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador*. 2018. Artigo ainda não publicado).

10 “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta”. Frase atribuída a Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire, em “Conférences de Notre-Dame de Paris” (1848). Disponível em: <[https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri\\_Dominique\\_Lacordaire](https://pt.wikiquote.org/wiki/Henri_Dominique_Lacordaire)>. Acesso em: 6 set. 2018.

ideia que conforma o princípio ontológico do Direito do Trabalho, o *princípio da proteção*;

2<sup>a</sup>) parece que o insigne Ministro desconhece o recente tsunami que se abateu sobre o Direito do Trabalho brasileiro com a Lei da Reforma Trabalhista, a qual assegura plena autonomia da vontade coletiva, instituindo a *primazia do negociado sobre o legislado*, inclusive sobre direitos mínimos, como os relacionados à jornada de trabalho e à segurança contra adoecimentos e acidentes do trabalho (art. 611-A da CLT), ao mesmo tempo que retirou a compulsoriedade da contribuição sindical, deixando os sindicatos a mendigar contribuições para se manter, afetando sobremaneira o *equilíbrio necessário* para uma negociação coletiva *igualitária*;

3<sup>a</sup>) pior, parece que Sua Excelência desconhece a realidade mostrada friamente nas audiências trabalhistas, diariamente, na qual se constata que a grande maioria das causas trabalhistas que envolvem terceirização revela que a empresa contratada simplesmente dispensou os trabalhadores – muitas vezes por ter perdido os postos de trabalho na livre concorrência – *sem lhes pagar os direitos mínimos* que ninguém ousaria suprimir – nas palavras do Relator –, como saldo de salário, férias, FGTS e outros, verificando-se, invariavelmente, que esses trabalhadores sequer tiveram respeitados seus *limites humanos de jornada de trabalho* e que não receberam as horas extras correspondentes.

De modo que, conquanto *teoricamente* justificável a primazia dos mercados – ou da liberdade econômica –, *na prática*, quanto à terceirização, ela conduz a uma deplorável e ignorada supressão de direitos mínimos dos trabalhadores. Assim, a teoria economicista apenas impõe a priorização do mercado em desfavor de quase um século de ciência juslaboralista e da inquestionável escala de valores desenhada pelo texto máximo do ordenamento jurídico brasileiro<sup>11</sup>.

O *viés econômico* prevalece sobre o jurídico (trabalhista) mais uma vez quando o voto registra que a recepção da terceirização irrestrita seria muito mais confortável ao mercado, promovendo uma melhor flexibilização, desconsiderando-se por completo os *riscos e malefícios* que já se concretizam, na prática das relações de trabalho, como supramencionado. Veja-se:

---

11 Fica ainda mais evidente essa constatação quando em toda a ciência jurídica, a começar pelo segmento constitucional, há a consciência de que entre ponderações de direitos sociais mínimos e facilitação do desenvolvimento econômico, a Constituição Federal jamais comportaria juízos de valor que fizessem do ser humano e sua força laboral mera variável pecuniária a ser considerada no cálculo do balanço patrimonial de custos x benefícios.

“4. Não se trata de uma questão de atividade-meio ou de atividade-fim, mas de saber se é bom para a lógica do negócio que determinados atividades sejam prestadas por terceiros. *Não é direito, é economia.*”

5. Esse modelo de produção flexível é hoje uma realidade em todo mundo e, em virtude [da] globalização de mercados, constitui um *elemento essencial para a preservação da competitividade de todas as empresas*. Tanto é assim, que a terceirização foi adotada por um conjunto extenso de países. É amplamente praticada nos Estados Unidos; na Alemanha; na Áustria, nos países escandinavos, na Espanha e no Uruguai. É praticada *com limitações* semelhantes às que devem vigorar no Brasil: na França, no Reino Unido, na Itália, no Chile, na Argentina, no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países da América Latina.” (destaques não originais)

Coroando a *ambientação econômica*, arremata o Ministro procurando convencer que é insustentável uma economia que não seja baseada em terceirização irrestrita, afirmação que não leva em conta a história econômica recente do Brasil, pois durante uma década, de 2003 a 2013 – período em que o Tribunal Superior do Trabalho tinha jurisprudência pacífica no sentido da ilicitude da terceirização da atividade-fim –, o Brasil experimentou seu mais pujante sucesso econômico, chegando muito próximo de implementar o *pleno emprego*<sup>12</sup>. Mas, vamos aos argumentos:

“6. Esse é o contexto em que se debate a terceirização. Ela é muito mais do que uma forma de reduzir custos: é uma estratégia de produção *imprescindível para a sobrevivência e competitividade de muitas empresas brasileiras, cujos empregos queremos preservar.*” (destaques originais)

Na sequência, o eminente Ministro passa ao enfrentamento de *argumentos contrários à terceirização*, tentando demonstrar o equívoco das premissas, contudo, utilizando-se de uma argumentação própria dos sofistas, *data maxima*

12 Vide, por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*, 2017, p. 29. Nosso grande juslaboralista demonstra que em dezembro de 2002 havia 28,6 milhões de empregados registrados em nosso país, ao passo que em dezembro de 2013, 11 anos após, havia quase 49 milhões de empregos formais no Brasil, “uma evolução de aproximadamente 70% sobre o patamar de dezembro de 2002”. Daí a importância da função civilizatória e democrática do direito do trabalho, enaltecida pelo autor, mas sempre olvidada em épocas de crise, como a que estamos vivenciando desde 2014, mas, sobretudo, a partir de 2016, sendo o caso de se lamentar que as reformas predatórias recentes e a consolidação de jurisprudências regressivas tendem a aumentar o estado geral de crise, como há anos se passa em outros países, a exemplo da Espanha, Grécia e outros.



*venia*, por não enfrentar diretamente tais argumentos, tangenciando o problema sem demonstrar o acerto da solução proposta. A ver:

(i) à objeção de que a terceirização visa apenas à *redução do custo da mão de obra*, o ilustre Ministro defende a ideia de que a terceirização proporciona: a) maior eficiência na prestação de serviços por terceiros; b) ampliação da capacidade produtiva; c) acesso a mão de obra qualificada; e d) desenvolvimento de atividades que demandam profissionais de ponta.

Assim, não se nega diretamente que a *finalidade precípua* da terceirização seja a elevação dos lucros por se conseguir mão de obra mais barata. Ademais, essas finalidades secundárias parecem pouco sustentáveis na terceirização de serviços inerentes à atividade principal da empresa, porque (a) a qualidade (eficiência) pode não ser alcançada quando ausente um plano de carreira e um maior envolvimento do trabalhador na vida da empresa; (b) havendo aumento temporário da demanda, nem sempre a empresa terceirizada estará em condições de fornecer mais trabalhadores para uma maior produção; (c) a mão de obra qualificada em muitos casos prefere prestar serviços na qualidade de autônomo; (d) os profissionais de ponta raramente estarão desvinculados de uma carreira sólida em empresa de nome consolidado – e não de mero fornecimento de serviços –, quando não imersos em seus próprios negócios (autônomos).

(ii) à afirmação de *precarização* da relação de emprego e de submissão dos terceirizados a *condições adversas de saúde e segurança*, o Ministro aponta “providências simples” para a solução de tais problemas, com um pacote de imposições regulamentadoras da terceirização, que envolvam: a) exigência de que a empresa contratante se certifique das condições econômicas da contratada; b) “equiparação de condições de saúde e segurança dos empregados terceirizados às condições dos empregados da contratante”; c) responsabilidade subsidiária da contratante.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive a consubstanciada na própria Súmula nº 331, já pronuncia *há anos* as condições das letras *a* e *c*, e tem sido rigorosa quanto à “equiparação” da letra *b*, e isso não tem mudado a realidade brasileira, porque invariavelmente as empresas contratantes *não se certificam* da idoneidade financeira da empresa contratada, *não fiscalizam* o cumprimento das mais mezinhas obrigações trabalhistas, *não oferecem* nem mesmo seus serviços de saúde aos terceirizados e ainda *negam em defesa*, no âmbito do processo do trabalho, qualquer responsabilidade para com os haveres dos trabalhadores que, com o suor de cada dia, auxiliaram no sucesso do empreendimento da contratante. *Em suma*, a realidade é mais feia do que as belas palavras do ilustre Ministro.



(iii) à alegação de *alta rotatividade* e seus riscos para a sustentabilidade dos sistemas de previdência e assistência social, o Ministro assevera que as empresas de fornecimento de mão de obra “empregam por prazo indeterminado” e se houver redução de demanda em algum setor, “a empresa contratada poderá eventualmente alocar a mão de obra em outro setor”.

Não houve enfrentamento *direto* da objeção, talvez porque o nobre Ministro, por não ter militado na Justiça do Trabalho, desconheça a crua realidade: quando a empresa terceirizada perde a contratação dos serviços por ela oferecidos, em regra generalíssima, *não tem como realocar* essa mão de obra. É dizer, na imensa maioria dos casos surge uma empresa que oferece os serviços por um valor menor – na licitação pública ou no mercado privado –, e a antiga empresa, perdendo o contrato, simplesmente *dispensa* todos os empregados que prestavam serviços à contratante, *não pagando sequer saldo de salário e verbas rescisórias*, jogando os trabalhadores na fila do seguro-desemprego. Portanto, o argumento retórico do voto, além de profundamente contraditório, inclusive com as ideias de incremento em qualidade e produtividade defendidas, *não enfrenta diretamente* a questão da alta rotatividade da mão de obra, que o nobre Ministro entende ser até natural por decorrer “de variações de mercado, da economia e da produção”. Isso sem dizer que o trabalho de uma pessoa não pode ser descartado assim, sem mais, pois *o trabalho confere identidade à pessoa*, dando-lhe uma verdadeira “conformação social”<sup>13</sup>.

(iv) à *desigualdade salarial* e ao oferecimento de *benefícios inferiores*, o Ministro menciona três índices de diferença de remuneração entre os terceirizados e os empregados diretos da contratante, em dados apresentados pela CUT e pelo IPEA, de 24%, 12% e 3%, o que estaria a revelar imprecisão nos dados.

Contudo, o voto *não nega* que haja, de fato, *disparidade salarial e de benefícios* concedidos pelas empresas, e até tenta justificar isso, pois não seria lógico que empresas distintas pagassem “os mesmos benefícios”. Ademais, ainda que as pesquisas apresentem resultados diferentes, nelas há *uma única constante*: a inferioridade do salário percebido por terceirizados em relação aos

13 Guilherme Guimarães Feliciano (2018, p. 256), em nossa obra coletiva, aponta, dentre os aspectos precarizantes da terceirização, o seguinte:

– os setores terceirizados apresentam os maiores níveis de rotatividade de mão de obra de toda a economia nacional: de acordo com o IPEA, os empregados diretos permanecem no mesmo emprego por 5,8 anos em média; já os terceirizados permanecem no mesmo emprego, em média, por apenas 2,6 anos, amiúde com períodos intercalares de informalidade (ou agora, sob o pálio da Reforma, com períodos de “contratação intermitente”, o que equivale à *oficialização da precariedade*, como vimos *supra*). Há, com isto, sérias consequências para as próprias finanças públicas, com a elevação do número de beneficiários do seguro-desemprego e o aumento da concessão de aposentadorias por idade (*i.e.*, sem a contribuição mínima de 30/35 anos)[.] (destaques no original).

contratados diretamente<sup>14</sup>. Ao se permitir que na mesma empresa trabalhem, lado a lado, empregados diretos e terceirizados, exercendo as mesmas funções – com a terceirização ampla e irrestrita –, e que estes recebam *salários menores e benefícios inferiores*, o que se estará tolerando é que o princípio da isonomia seja simplesmente esquartejado.

(v) contra a *restrição da terceirização para atividades-fim*, o Ministro entende que “não há qualquer racionalidade na diferenciação entre os dois tipos de atividade” (atividade-fim e atividade-meio), porque o *risco de precarização* “existiria para todo tipo de atividade”, de fim ou de meio.

Aqui, o sofisma se apresenta ainda mais claro, porque, primeiro, não se negou que há *intenso risco de precarização* na terceirização, como infelizmente tem sido constatado, na prática; segundo, o que os laboristas verdadeiramente preocupados com a dignidade humana dos trabalhadores querem, ao impedir a terceirização da atividade-fim, é *exatamente* que essa mesma precarização *se estenda a todos os trabalhadores*. Não se pode descartar uma jurisprudência construída durante décadas por argumentos que apenas tangenciam o real problema. Se a atividade-fim não fosse mais substancial para a vida empresarial do que a atividade-meio, de fato seria desarrazoada a distinção, mas o que propõe o insigne Ministro, ao fim e ao cabo, é que haja a possibilidade de *existência de empresa sem empregados*, de sócios que investem seu capital na contratação de empresas de terceirização, deixando de assumir quaisquer riscos da atividade econômica, como já tem ocorrido em alguns setores da economia, a exemplo do setor calçadista. Nessas amargas experiências, o trabalhador sequer sabe quem é o tomador de seus serviços, para tentar conseguir a responsabilização – *meramente subsidiária* – pela satisfação de seus direitos fundamentais.

Encaminhando-se para o final, o voto passa a pregar a *inconstitucionalidade* da vedação à terceirização na atividade-fim, não de forma implícita, como sutilmente se faz notar em todo controle de constitucionalidade, mas de forma aberta e declarada. Seria *inconstitucional* essa vedação *por três fundamentos*:

(i) *violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência* – para o Ministro, as empresas precisam gozar de maior liberdade, a fim de adotarem estratégias de produção que “lhes assegurem melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade”;

14 Vide Feliciano (2018, p. 256):

– os trabalhadores terceirizados percebem remuneração 27,1% inferior à dos trabalhadores diretos (= tendencial achatamento salarial): segundo dados do DIEESE (2013-2014), os setores da economia que contratava diretamente pagavam em média, aos seus empregados, salários de R\$ 1.824,20, enquanto os setores terceirizados remuneravam seus trabalhadores com o montante médio de R\$ 1.329,40[.]

(ii) *violação ao princípio da segurança jurídica* – para ele, a dicotomia das atividades (de fim e de meio) pela Súmula nº 331 promove insegurança jurídica e tratamento não isonômico, impedindo a redução da litigiosidade;

(iii) *falta de respaldo legal para as restrições à terceirização de atividade-fim* – com o fundamento de que “há na terceirização uma relação triangular”, com duas relações bilaterais: *uma de natureza civil*, presente no contrato de prestação de serviços celebrado entre as empresas (contratante e terceirizada); *outra de natureza trabalhista*, na relação de emprego que tem como partes a empresa contratada e o seu empregado.

Ignora-se, assim, que a jurisprudência também é *fonte do Direito* – veja-se aí a doutrina de observância dos precedentes judiciais, tão enfatizada após a vigência do novo CPC –, sendo que no direito do trabalho isso está expresso no art. 8º da CLT desde 1943. Ademais, a possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas vai *umentar ainda mais a litigiosidade*, porque os terceirizados se sentirão inferiorizados por exercer funções idênticas às dos empregados da empresa contratante, recebendo salários mais baixos e menor quantidade de benefícios. Enfim, a livre iniciativa e a livre concorrência não podem ser asseguradas quando implicarem em vilipêndio dos direitos trabalhistas fundamentais – o que sói acontecer na terceirização brasileira –, porque o respeito aos *valores sociais do trabalho* está no mesmíssimo patamar que aquelas liberdades, *ex vi* dos arts. 1º, IV, e 170, *caput* e incisos IV e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. A ordem econômica há de assegurar a todos – empresários e também trabalhadores – uma *existência digna*, porque o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) deve estar acima de qualquer liberdade de empresa, por ser o *grande pilar de sustentação da sociedade brasileira*.

Quanto à inexistência de limites constitucionais à terceirização, o ilustre Ministro argumenta que “*os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador*” (destaques originais).

Contudo, para que a empresa contratada possa oferecer serviços inerentes à atividade-fim da empresa contratante com um *custo menor*, por óbvio que terá de *reduzir os direitos* dos trabalhadores que contratar. Trata-se de *raciocínio matemático*: se uma empresa “A” gastava X com mão de obra, remunerando Y a cada trabalhador, como pode gastar X-20% e ter pessoas trabalhando em suas dependências, terceirizados empregados pela empresa “B”, que percebam salários idênticos aos de seus antigos funcionários? Como o X-20% recebido pela empresa “B” será suficiente para remunerar Y aos mesmos trabalhadores terceirizados? Se o insigne Ministro empregou em todas as premissas de seu

silogismo o raciocínio econômico da AED – análise econômica do Direito –, *como pode ter se olvidado de resolver essa simples equação?* Penso que o voto enveredou-se apenas pelos argumentos sempre apregoados pelo capital, que invariavelmente buscará afirmar suas “fórmulas mágicas”, que sempre prometem benefícios para todos, mas na prática implicam num *alto custo para os direitos sociais* que com muita luta foram conquistados, proporcionando o *aumento da acumulação* que tem conduzido a uma *desigualdade perigosa*.

Ocorre que, ao ver do Ministro, *três limites já existentes*, inferidos da Constituição da República Federativa do Brasil, se efetivos, bastarão para que seja garantido o *patamar civilizatório mínimo* aos terceirizados:

“(i) a contratante deverá certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato com todas as obrigações, inclusive de cunho trabalhista e previdenciário, que dele decorrem, por meio da verificação da sua capacidade econômica; (ii) deverá fornecer diretamente, aos empregados terceirizados, equipamentos, treinamento e adequadas condições de saúde, higiene e segurança no trabalho, sempre que a prestação do serviço se der em suas instalações; e (iii) *assumirá a responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada deixe de honrar quaisquer dessas obrigações* (desde que tenha participado na relação processual em que ocorrer a condenação e que conste do título judicial), tal como já ocorre hoje, em razão do que prevê a Súmula nº 331 do TST.” (destaques originais)

Mas em nenhuma hipótese, jamais, se poderia declarar “*vínculo de emprego direto entre a contratante e o trabalhador da contratada, resolvendo-se eventuais intercorrências no campo da responsabilidade subsidiária da contratante*” (destaques originais).

Enfim, diante dos *princípios da livre iniciativa e da livre concorrência* (art. 170, *caput* e inciso IV, da CF), “que autorizam a terceirização”, e para assegurar a dignidade humana do trabalhador, os seus direitos fundamentais do trabalho, dentre eles o direito à proteção da saúde e à segurança no ambiente laboral (arts. 1º e 7º da CF), o nobre Ministro propõe a *seguinte tese*:

“1. *É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.* 2. *Na terceirização, compete à tomadora do serviço: i) zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de seguridade social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado, bem como ii) assumir a responsabilidade subsidiária pelo*

*descumprimento de obrigações trabalhistas e pela indenização por acidente de trabalho, bem como a responsabilidade previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/93.”*

Conquanto criticável a tese por praticamente negar vigência ao art. 3º da CLT no âmbito da terceirização, impedindo o reconhecimento de vínculo de emprego entre a contratante e o trabalhador terceirizado *ainda que presentes* os requisitos clássicos que o definem, bem como ao jogar todos os problemas que certamente surgirão para o campo da responsabilidade – *meramente subsidiária*, quando no direito comparado a responsabilidade da empresa contratante quase sempre é solidária em relação à empresa contratada –, infelizmente, essa tese foi aclamada pelo e. STF, por sete votos favoráveis e quatro contrários.

Pior, a tese firmada pelo Plenário é ainda mais perigosa, porque contém uma *redação bem mais reduzida*, não fazendo menção alguma à obrigação de a empresa contratante “*zelar pelo cumprimento de todas as normas trabalhistas, de segurança social e de proteção à saúde e segurança do trabalho incidentes na relação entre a empresa terceirizada e o trabalhador terceirizado*”, tampouco à assunção de responsabilidade subsidiária “*pela indenização por acidente de trabalho*”<sup>15</sup>. A tese fixada pelo Tribunal foi a seguinte, como já pontuado ao início deste artigo:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Nada mais a acrescentar. O que se evidencia, nesse julgamento do E. STF, é um 7 x 4 que certamente terá consequências desastrosas para a organização dos trabalhadores e para o cumprimento de seus direitos fundamentais. *O tempo dirá.*

---

15 Como é amplamente sabido, os setores nos quais há forte predomínio da técnica da terceirização apresentam os maiores índices de acidente do trabalho e adoecimentos ocupacionais. Vide Feliciano (2018, p. 256):

– *há um incremento setorial, nos segmentos terceirizados, do número de acidentes de trabalho e mortes decorrentes do trabalho*: são também do DIEESE (2005) dados a revelarem que, de cada dez acidentes de trabalho, oito vitimizam trabalhadores terceirizados, sendo que, em caso de morte decorrente do trabalho, quatro das cinco ocorrências eram registradas em notificações de empresas terceirizadas. Assim, em termos médios, *oitenta por cento dos acidentes de trabalho estariam ligados à prestação de trabalho terceirizado*]. (destaques originais)

Veja-se, ainda, minha obra sobre *flexibilização da jornada de trabalho e acidentes do trabalho*, na qual demonstro, com inúmeras estatísticas, que nas atividades econômicas nas quais predominam a prestação de serviços a terceiros, como no setor de transportes, bem como nos serviços de vigilância, limpeza e de escritório, as taxas de adoecimentos ocupacionais são altíssimas, maiores do que nos outros setores. Ademais, na Espanha, os trabalhadores com contratos temporários (por prazo determinado), nos quais prevalece a subcontratação (nossa terceirização), apresentam uma taxa de 50% dos acidentes do trabalho e doenças relacionadas ao trabalho, embora representem algo em torno de 33% dos trabalhadores empregados (SILVA, 2013, p. 228-244).

## 5 – Conclusão

Bem seu viu que há argumentos contrários à terceirização ampla e irrestrita que, na visão dos juslaboralistas verdadeiramente preocupados com a satisfação dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores, parecem mais do que lógicos, sendo até óbvios, inclusive porque proporcionam o aumento da renda dos trabalhadores, a melhoria do mercado consumidor e o bem coletivo.

De outra mirada, os argumentos que favorecem os mercados, em nome da sempre apregoada liberdade de empresa (livre iniciativa), na análise econômica do Direito, sempre vencem em épocas de crises econômicas, com o velho discurso de que as regras protecionistas do direito do trabalho engessam a atividade empresarial, que é dinâmica e necessita de liberdade para enfrentar a cada vez mais acirrada concorrência.

Contudo, os juslaboralistas preocupados com a dura realidade sempre apresentada nos processos em trâmite na Justiça do Trabalho, ou presenciada nos órgãos públicos encarregados de cuidar da situação dos trabalhadores – Ministério do Trabalho, INSS, etc. –, sempre advertem que a redução do patamar civilizatório mínimo invariavelmente causa uma piora da situação geral. Vários estudiosos já demonstraram, à saciedade, que nos períodos em que houve uma verdadeira harmonização do lucro empresarial com a satisfação desses direitos mínimos, houve um progresso social, e econômico, considerável.

Portanto, aceitar a terceirização ampla e irrestrita significa, na bela síntese de Guilherme Feliciano (2018, p. 246-247):

“(…) a admissão da mercancia pura e simples da força de trabalho humano (ou *marchandage*, na tradicional expressão francesa, a configurar, no ordenamento legal francês, infração penal prevista no art. L8234-1 do *Code du Travail*, que remete aos artigos 131-38 e 131-39 do *Code pénal* e impõe sanções penais – inclusive prisão de dois anos – para pessoas físicas e jurídicas). Terceirizar atividade-fim da empresa, em particular, significa admitir que a empresa tomadora possa captar, no mercado de trabalho, horas de labor humano ao melhor preço disponível, sem qualquer responsabilidade direta para com as pessoas que desempenharão as atividades demandadas. No limite, caminha-se para a reificação do trabalhador, que o tomador de serviços não conhece e não precisa conhecer; suas relações contratuais se estabelecem com o prestador de serviços, que lhe ofertará essa mão de obra; e, tendencialmente, o tomador optará sempre por contratar o prestador que lhe ofereça o mesmo ‘lote’ de horas de trabalho a menor preço.”

## DOCTRINA

Espero, sinceramente, daqui a dez anos reescrever este breve artigo e me penitenciar por estar equivocado quanto às preocupações aqui manifestadas. Que o tempo se encarregue de demonstrar o equívoco de meus argumentos. Prefiro a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores à satisfação intelectual de reconhecimento do acerto de meu discurso argumentativo.

### Referências bibliográficas

ANTUNES, R. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 4. ed. São Paulo: Boitempo, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada. *JOTA*. Publicado em 4 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-chronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018>>. Acesso em: 6 set. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista*: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional. São Paulo: LTr, 2018.

HOBSBAWM, E. J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. Rev. téc. Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARX, K. *O capital*: crítica da economia política. Livro I. Trad. Reginaldo Sant'Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C. *Derecho del trabajo e ideología*: medio siglo de formación ideológica del derecho español del trabajo (1873-1923). 4. ed. Madrid: Tecnos, 1989.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo Britto. *Terceirização, a CLT e a Constituição*. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>>. Acesso em: 6 set. 2018.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador*: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. *A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador*. 2018. Artigo ainda não publicado.

TRINDADE, Rodrigo. O STF e o andor da terceirização. Publicado em 31 ago. 2018. *RT – Revisão Trabalhista*. Disponível em: <<http://revisaotrabalhista.net.br/2018/08/31/o-stf-e-o-andor-da-terceirizacao/>>. Acesso em: 6 set. 2018.

UGARTE C., José Luis. *Análisis económico del derecho*: el derecho laboral y sus enemigos. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

Recebido em: 23/09/2019

Aprovado em: 26/02/2020



# A ORDEM JURÍDICA TRABALHISTA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: REFLEXÕES SOBRE O DESMONTE DE DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## *THE LABOR LEGAL ORDER AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: REFLECTIONS ON THE DISASSEMBLY OF SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF THE THEORY OF EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Diego Carneiro Costa \*

Leandro Reinaldo da Cunha \*\*

RESUMO: O artigo propõe analisar o cenário jurídico trabalhista após as reformas promovidas pelo legislador pátrio sob a ótica do direito constitucional, notadamente à luz da teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Defende-se neste trabalho a ideia de que as mudanças ocorridas no paradigma juslaboral por meio de legislação infraconstitucional não podem ser interpretadas de forma isolada, já que o Direito do Trabalho está inserido num sistema aberto de regras e princípios, constituído, inicialmente, pela própria Constituição Federal de 1988. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, através da revisão bibliográfica, como forma de delimitar o problema e compreender adequadamente o cenário social existente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Constituição Federal. Direitos Fundamentais.

*ABSTRACT: The article proposes to analyze the labor legal scenario after the reforms promoted by the national legislator from the perspective of constitutional law, notably in the light of the theory of the effectiveness of fundamental rights. This paper defends the idea that changes in the juslaboral paradigm through infraconstitutional legislation cannot be interpreted in isolation, since Labor Law is inserted in an open system of rules and principles, initially constituted by Federal Constitution of 1988. The hypothetical-deductive method, through literature review, will be used as a way of delimiting the problem and adequately understanding the existing social scenario.*

KEYWORDS: Labor Law. Federal Constitution. Fundamental Rights.

---

\* *Mestrando do PPGD da Universidade Federal da Bahia; pesquisador do grupo de pesquisa Direito e Sexualidade; especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (Rede LFG); analista judiciário e assessor jurídico no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.*

\*\* *Pós-doutor e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professor titular-livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA); líder do grupo de pesquisa Direito e Sexualidade.*



## 1 – Introdução

O presente artigo pretende demonstrar que as reformas atualmente empreendidas no ordenamento jurídico-trabalhista através da legislação infraconstitucional não estão de acordo com o projeto social idealizado pela Constituição Federal de 1988.

Pretende-se abordar a questão a partir da teoria dos direitos fundamentais, defendendo a hipótese de que a ordem jurídico-trabalhista prevista constitucionalmente vincula o legislador ordinário a editar normas que ampliem o patamar de direitos sociais, de forma a atender ao espírito do legislador constituinte.

No capítulo seguinte, tentar-se-á demonstrar que, de forma totalmente contrária ao espírito da Carta Social, o Estado brasileiro vem sendo guiado por uma “racionalidade neoliberal”, que adotou a precarização do trabalho e a fragilidade da proteção social como característica central da dinâmica do crescimento econômico a qualquer custo.

Em seguida, será apresentado um panorama do funcionamento da ordem constitucional trabalhista, expondo-se a tese de que os direitos sociais são cláusulas pétreas. Na mesma seção também se discute como o princípio da proteção e o princípio da vedação ao retrocesso social podem servir de fundamentos de controle de constitucionalidade e convencionalidade.

Posteriormente, aprofundar-se-á a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a partir da perspectiva da sua eficácia irradiante e dos deveres ativos de proteção do Estado ao Direito do Trabalho, articulando tais teorias com a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e suas nuances.

Por fim, discute-se a hipótese de o princípio da proporcionalidade servir como um limite à atuação do legislador pátrio que atente contra a eficácia dos direitos sociais trabalhistas, buscando, ao final, ampliar o leque de opções para o intérprete analisar a constitucionalidade das normas que suprimam ou reduzam direitos.

Para tanto, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, através do procedimento da pesquisa bibliográfica.

## 2 – A racionalidade neoliberal e o desmonte de direitos trabalhistas

O momento histórico atual do Direito do Trabalho está cada vez mais distante da ideia clássica do trabalho assalariado, surgido nos moldes da organização produtiva tipo fordista/taylorista, no qual além da retribuição pelo labor prestado, o trabalhador tinha a garantia de uma proteção social ampla,

o que ocorreu, sobretudo, nos países centrais do capitalismo que adotaram o estado de bem-estar social (*welfare state*).

Dessa forma, vive-se em todo o mundo uma nova fase do capitalismo contemporâneo, denominado de acumulação flexível (HARVEY, 1995), marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo (HARVEY, 1995, p. 140).

Swyngedouw (1986), citado por Harvey (1995), bem situou as mudanças no modo de produção e de organização industrial, cabendo pontuar algumas das principais: i) industrialização dos países do 3º mundo e desindustrialização de países centrais, que se voltam para a especialização dos serviços; ii) dispersão de relações capitalistas em muitos setores e regiões; iii) dispersão, diversificação da divisão territorial-espacial do trabalho; iv) declínio da dimensão da fábrica propiciado pela dispersão geográfica e aumento da subcontratação; v) configurações culturais-ideológicas do “pós-modernismo” (SWYNGEDOUW, 1986, *apud* HARVEY, 1995, p. 166).

Sob essa perspectiva, Druck (2011) assevera que na era da acumulação flexível, as transformações trazidas pela ruptura com o padrão fordista geraram outro modo de trabalho e de vida pautado na flexibilização e na precarização do trabalho, como exigências do processo de financeirização da economia, que viabilizaram a mundialização do capital num grau nunca antes alcançado (DRUCK, 2011, p. 42).

A mundialização do capital, por sua vez, está operacionalmente relacionada com o que Dardot e Laval (2016) identificaram como sendo uma “racionalidade neoliberal”, que pode ser conceituada como a ideia de que o neoliberalismo não é apenas uma ideologia ou política econômica, mas uma racionalidade que tem como característica principal a “generalização da concorrência como norma de conduta e a empresa como modelo de subjetivação” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17).

O modo de acumulação flexível e a racionalidade neoliberal desvincularam as relações sociais prevalecentes na era fordista e tornaram o sujeito trabalhador um ser estritamente individual: isolaram-no objetivamente dos demais trabalhadores através de práticas, como a terceirização, o trabalho a distância, a alta rotatividade dos contratos a prazo determinado etc., e subjetivamente através da concorrência entre os próprios trabalhadores pela fixação de objetivos meramente individuais.

Explicando o modo de produção da acumulação flexível, destaca-se Bourdieu (1998):

“(…) se instaura o reino absoluto da flexibilidade, com os recrutamentos por intermédio de contratos de duração determinada ou as interinidades e os ‘planos sociais’ de treinamento, e a instauração, no próprio seio da empresa, da concorrência entre filiais autônomas, entre equipes, obrigadas à polivalência, e, enfim, entre indivíduos, através da individuação da relação salarial: fixação de objetivos individuais; práticas de entrevistas individuais de avaliação; altas individualizadas dos salários ou atribuição de promoções em função da competência e do mérito individuais; carreiras individualizadas; estratégias de ‘responsabilização’ tendendo a garantir a autoexploração de certos quadros que, sendo simples assalariados sob forte dependência hierárquica, são ao mesmo tempo considerados responsáveis por suas vendas, seus produtos, sua sucursal, sua loja etc., à maneira dos ‘por conta própria’, exigência do ‘autocontrole’, que estende o envolvimento dos assalariados, segundo as técnicas do ‘*management* participativo’, bem além das atribuições características dos gerentes; eis algumas técnicas de submissão racional que, ao exigir o sobreinvestimento no trabalho, e não apenas nos postos de responsabilidade, e o trabalho de urgência, concorrem para enfraquecer ou abolir referências e as solidariedades coletivas.” (BOURDIEU, 1998, p. 35)

O autor salienta, todavia, que a dominação do discurso neoliberal não seria possível sem atual violência estrutural do desemprego, da precariedade e do medo inspirado na ameaça da demissão, bem como na existência de um “exército de reserva” formado pelos desempregados.

Ademais, observa-se que racionalidade que se faz presente na *psiqué* dos indivíduos está presente também no modelo de gestão das instituições, alcançando, inclusive, a conduta do Estado. Para Harvey (1995), a gradual retirada de apoio ao Estado do bem-estar social e o ataque ao salário real e ao poder sindical organizado foram simplesmente transformados pelos neoconservadores numa virtude governamental. Outrossim, o aumento da competição internacional em condições de crescimento lento forçou os Estados a se tornarem “empreendedores” e preocupados em manter um clima favorável aos negócios (HARVEY, 1995, p. 158).

Nesse mesmo sentido, Druck (2011) avalia que a esfera financeira se apoiou numa nova configuração do Estado, que passa a desempenhar um papel cada vez mais de “gestor dos negócios da burguesia”, agindo abertamente em

defesa da desregulamentação dos mercados, especialmente o financeiro e do trabalho (DRUCK, 2011, p. 42).

É nesse contexto de culto à “racionalidade neoliberal” que se insere o Brasil, que atualmente vive um processo de desmonte de direitos sociais nunca antes visto. Se bem verdade, foi iniciado nos anos 1990, tal processo foi acentuado a partir de 2017, principalmente com a edição das Leis ns. 13.429/2017 (alterações no trabalho temporário), 13.467/2017 (reforma trabalhista) e, mais recentemente, com a Lei nº 13.847/2019 (intitulada “declaração de direitos de liberdade econômica”) e a MPV nº 905, que instituiu o “contrato de trabalho verde e amarelo”, dentre outras alterações genéricas à CLT.

Nesse sentido, Galvão (2003), citado por Filgueiras (2012, p. 117), observou que as forças neoliberais no Brasil elegeram o direito do trabalho como um dos seus principais alvos de ataque, buscando diversas alterações legislativas para fragilizá-lo.

Com isso, o Brasil, que já foi considerado um dos países com a legislação trabalhista mais avançada do mundo, seguindo os ventos neoliberais do norte, passou a adotar de vez a precarização do trabalho e da proteção social como característica central da dinâmica do crescimento econômico a qualquer custo, nada obstante países vizinhos, como é o caso do Chile, tenham fracassado nessa tentativa. Tal postura não surpreende, visto que a máxima atual, que rege a simples retirada de direitos historicamente conquistados pelo operariado brasileiro é “ou todos direitos e desemprego ou menos direitos e emprego”.

Como veremos a seguir, o programa neoliberal de desmonte de direitos trabalhistas a partir da modificação legislação infraconstitucional, seja por lei ou medida provisória, vai de encontro aos princípios que regem a Constituição Federal de 1988. Partimos do pressuposto jurídico de que o Direito do Trabalho não pode ser lido de forma isolada, devendo ser inserido num sistema aberto de princípios e regras, constituído, inicialmente, pela própria Constituição Federal.

### **3 – A ordem constitucional trabalhista no Brasil: direitos trabalhistas como cláusulas pétreas, o princípio da proteção e da vedação ao retrocesso social**

A afirmação de José Albertino Rodrigues, em 1968, de que a CLT não era apenas “o mais amplamente divulgado documento legal no Brasil”, mas também seu texto era de longe “mais conhecido do que a Constituição Federal”, parece ainda se aplicar aos dias atuais, visto que o legislador infraconstitucional, ao instituir o programa neoliberal de desmonte de direitos sociais que atingiu

## DOCTRINA

a norma celetista, parece ter esquecido completamente o fato de que o direito do trabalho está protegido pela Constituição (FRENCH, 2007, p. 7).

É que a Carta Social de 1988, levantando a bandeira da redemocratização, reconheceu a relação de emprego celetista como o patamar mais elevado e seguro de contratação, visando à melhoria da condição social do trabalhador, nos termos do *caput* do seu art. 7º, como forma de promover a concretização do princípio da justiça social, prevista nos arts. 3º, I e III; 170, III e VIII, da CF/88.

A função civilizatória do Direito do Trabalho é fortalecida na relação de emprego celetista, já que esta vem acompanhada de normas de proteção que elevam o padrão jurídico e social do trabalhador, promovendo o exercício da cidadania, bem assim contribuindo para a distribuição de riquezas e o desenvolvimento do sistema econômico, por meio do incremento do mercado interno.

Pode-se dizer que a Constituição de 1988 elevou os direitos sociais dos trabalhadores, previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição, à condição de verdadeiros direitos fundamentais, positivando um patamar civilizatório mínimo de trabalho com *status* de verdadeira cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, do Texto Constitucional.

Salientamos, todavia, que tal posição não é de todo pacífica na doutrina e jurisprudência, pois o dispositivo constitucional que trata da proteção contra a corrosão dos direitos e garantias através do processo legislativo (art. 60, § 4º, da CF/88) somente faz referência aos direitos e garantias individuais, sendo omissos quanto aos de cunho social. A interpretação literal, pois, é o principal argumento da corrente que rejeita a imutabilidade dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Por outro lado, a corrente pela qual nos filiamos entende que os direitos sociais também são cláusulas pétreas. Parte-se da ideia de que a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, a contemplar que os direitos individuais e sociais merecem idêntica proteção em face de eventuais alterações constitucionais. Assim, não há falar em dignidade da pessoa humana sem que sejam assegurados ao indivíduo os direitos sociais que configuram o mínimo existencial constitucionalmente assegurado. É o caso do direito social ao trabalho (digno), previsto no art. 6º da CF/88, bem como o rol de direitos previstos nos arts. 7º a 11 da CF/88.

Nesse sentido, o posicionamento paradigma do STF no julgamento da ADI 939-7, sendo importante destacar, dentre todos, o voto da lavra do Exmo. Ministro Celso de Mello:

## DOCTRINA

“Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura de direitos sociais, no art. 7º e também em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º do art. 5º, segundo o qual ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’.” (ADI 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.93, publ. 18.03.94)

Demais disso, o fracionamento ou divisão de direitos fundamentais em grupos distintos, em gerações ou mesmo em dimensões é meramente conceitual ou acadêmico, visando classificar os direitos com relação a suas particularidades ou momentos históricos. Afinal, é preciso lembrar da característica da complementaridade dos direitos fundamentais, o qual não permite que se dê distinta valoração jurídica a direitos individuais ou sociais.

Voltando-se mais especificamente aos direitos trabalhistas, espécies de direitos sociais, há, no *caput* do art. 7º da Carta de 1988, uma cláusula de abertura a direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, o que alguns autores, como Sayonara Grillo e Carlos Henrique Horn (2008), identificaram como sendo a positivação constitucional do princípio da proteção.

Segundo esses autores, cada vez se reconhece mais que há um princípio da vedação ao retrocesso, utilizável, sobretudo, para preservar os direitos sociais (embora não somente), e que tal princípio visa projetar a segurança necessária a uma vida digna das pessoas também para o futuro, pois não são suficientes as medidas de proteção contra atos retroativos (GRILLO; HORN, 2008, p. 201).

Em resumo do que se analisou até o momento, tem-se as seguintes premissas: i) os direitos sociais, inclusive os trabalhistas, são cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, IV, da CF/88; ii) o art. 7º da CF/88 é a positivação, no plano constitucional, do princípio trabalhista da proteção; iii) é reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do não retrocesso social. Partindo-se de tais premissas, deve-se questionar agora qual a função prática de todas essas constatações e quais os efeitos dela decorrentes.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro o seguinte: dizer que os direitos trabalhistas são cláusulas pétreas não representa óbice direto a toda e qualquer atuação do poder constituinte derivado reformador (através das emendas constitucionais) nem quer dizer que o legislador infraconstitucional não poderá alterar os direitos previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição. Por óbvio, toda alteração benéfica dos direitos trabalhistas é possível, diante da cláusula de abertura

prevista no próprio art. 7º, *caput*, da Constituição. Questão polêmica gira em torno da alteração de cláusula pétrea que possa ser prejudicial. Como aduzem Souza Neto e Sarmiento (2017), trazendo posição majoritária da doutrina, o art. 60, § 4º, da CF/88 não deve ser concebido como vedação absoluta a qualquer tipo de modificação nos temas ali descritos. Segundo os autores:

“(...) quando a Constituição proíbe as emendas ‘tendentes a abolir’ as cláusulas pétreas, ela não impede mudanças redacionais, voltadas ao aperfeiçoamento dos institutos salvaguardados, nem alterações de menor monta, ainda quando importarem restrições a tais institutos (...) O poder constituinte reformador pode aprovar emendas que alterem esses conteúdos constitucionais, e pode até mesmo restringi-los moderadamente. Só não pode aboli-los, nem tampouco promover mudanças que cheguem a vulnerar o seu ‘núcleo essencial’.” (SARMENTO, 2017, p. 302)

Do ponto de vista hermenêutico, não há dúvida de que “núcleo essencial” é um conceito jurídico indeterminado, abrindo margem ao intérprete para extrair da norma jurídica o seu real significado. Na prática, há uma zona de incerteza diante das diversas interpretações possíveis. Basta lembrar, por exemplo, que a EC nº 20/98, sob a justificativa do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, restringiu o salário-família, que na redação original do art. 7º, inciso XII, era direito de todo e qualquer trabalhador, apenas ao trabalhador de baixa renda, remetendo à legislação específica. Não houve declaração de inconstitucionalidade dessa alteração.

Do ponto de vista prático, a constatação de que os direitos trabalhistas são cláusulas pétreas serviria, por exemplo, para impedir que o legislador constituinte intentasse abolir o 13º salário, constante do art. 7º, inciso VIII, da CF/88 ou o pagamento de terço de férias, previsto no art. 7º, inciso XVII, da CF/88, hipóteses absurdas que recorrentemente vem sendo difundidas pelas *fake news* das redes sociais, e que, se vivêssemos em épocas de normalidade institucional, sequer seriam aqui mencionadas.

Por outro lado, é preciso ressaltar que, isoladamente, a natureza de cláusula pétrea dos direitos sociais trabalhistas, por si só, não impede que o legislador infraconstitucional realize alterações na regulamentação do trabalho, a exemplo da Lei nº 13.467/2017, pois, à primeira vista, os direitos constitucionais previstos no art. 7º foram preservados. Além disso, há de ser analisado, caso a caso, se houve restrição ao núcleo essencial dos direitos previstos na Constituição Federal pela norma infraconstitucional, o que iremos aprofundar nos tópicos seguintes.



Acerca do princípio da proteção, salientam Grillo e Horn (2008) que, no âmbito da teoria da constituição, a compreensão dos princípios constitucionais como normas jurídicas e, portanto, vinculativos, aliada a um processo de valorização da Constituição, permite que os valores, ideias de direito e princípios sejam utilizados por uma jurisdição constitucional para promover um controle de constitucionalidade das regras, reduzindo o espaço do legislador.

Ainda para Grillo e Horn, na esteira do constitucionalismo português, a concretização dos direitos fundamentais sociais, em regra, gera direitos subjetivos, não mais adstritos à vontade do legislador, motivo pelo qual o judiciário poderia, também com base no princípio da vedação ao retrocesso social, invalidar a revogação de regras que, a pretexto de regulamentar a Constituição, suprima direitos sem qualquer compensação, reduzindo o conteúdo de um direito social anteriormente concretizado. Para os autores:

“No âmbito de um constitucionalismo social, em que direitos fundamentais sociais são assegurados e que os trabalhadores são sujeitos de direito constitucional reconhecidos como titulares de um direito subjetivo à proteção com vistas à melhoria de sua condição social, o princípio da proteção do direito do trabalho se articula com a cláusula pétreia de vedação ao retrocesso social. A crise do direito do trabalho não reside na afirmação da proteção como princípio constitutivo, e sim na perda de apelo e de aceitação da ideia necessária de proteção social, que além de um princípio jurídico específico é causa e fundamento de todo o Direito do Trabalho.” (GRILLO; HORN, 2008, p. 201)

Nesse ponto, é importante destacar que o Brasil ratificou diversas normas internacionais no âmbito da ONU, OIT e OEA, dentre elas, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (denominado também de Protocolo de San Salvador), firmado no âmbito da OEA. Esse documento prevê, expressamente, a progressividade dos direitos sociais, o chamado *efeito cliquet*<sup>1</sup>, que nada mais é do que o próprio princípio de vedação ao retrocesso social<sup>2</sup>.

---

1 “Art. 1º Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

2 Atente-se ainda, por oportuno, para o fato de que o art. 5º, § 2º, da CF/88 inclui os tratados internacionais em que o Brasil seja parte no rol de direitos e garantias fundamentais, tornando possível o controle de convencionalidade dos tratados internacionais.



Sob esse prisma, Beltramelli e Farias da Costa (2017) dizem que a proibição do retrocesso social mira não apenas as medidas supressoras de direitos sociais, mas também aquelas que acarretem atrofia do patamar de efetividade já obtido, gerando a instrumentalização de direitos na órbita internacional através do controle de convencionalidade dos tratados internacionais.

A título de exemplo, cita-se o art. 384 da CLT, que previa o intervalo de 15 minutos para a mulher trabalhadora em caso de prorrogação de jornada, que, inclusive, já havia sido declarado constitucional pelo STF e que foi simplesmente suprimido do texto celetista em total contrariedade ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Do mesmo modo, mais recentemente, a MPV nº 905 retirou diretamente conquistas históricas dos bancários ao acabar com a jornada de seis horas e permitir o trabalho aos sábados e domingos, o que sem dúvida violou o princípio da vedação ao retrocesso social da categoria.

Destarte, a articulação da natureza de cláusula pétrea dos direitos sociais trabalhistas com o princípio internacional da vedação do retrocesso social e a constitucionalização do princípio da proteção (que também teria natureza de cláusula pétrea), por si só, já seriam argumentos plausíveis e suficientes para frear a sanha do legislador pátrio (e também do legislador atípico e provisório) pelo crescimento econômico através da redução do custo do trabalho com a supressão dos direitos sociais. Isso poderia ser feito através do controle de constitucionalidade ou pelo controle de convencionalidade dos tratados internacionais.

Porém, nada obstante a existência, no plano jurídico-normativo, de instrumentos à disposição do Poder Judiciário para conter o desmonte de direitos trabalhistas previstos na legislação infraconstitucional pela aplicação de normas de hierarquia superior, a realidade dá conta de que os operadores do direito, salvo raras e louváveis exceções, não têm se utilizado da Constituição para fundamentar suas decisões, preferindo silenciar sobre a interpretação constitucional e aplicar a nova legislação, em injustificável ode ao legislador. Mais rara ainda tem sido a aplicação das normas internacionais na seara trabalhista, que parecem fazer parte de um direito utópico e distante, direito “alienígena” no sentido não jurídico da palavra.

A explicação para a deferência do Poder Judiciário ao legislador, na nossa visão, talvez seja econômica e não jurídica, deitando suas raízes na citada “racionalidade neoliberal” que permeia as instituições e atinge os tribunais e seus membros. Talvez também tenha relação com as respostas humanas e estratégias defensivas ao medo da adversidade social gerada pelo discurso

economicista que insiste no fim da Justiça do Trabalho. Mas talvez seja simplesmente porque, como diz Karl Loewenstein (1986), em momentos de crise, as cláusulas pétreas seriam nada mais do que “pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política”.

#### **4 – Direitos trabalhistas como direitos fundamentais: a vinculação do legislador pátrio aos direitos sociais previstos constitucionalmente**

A constatação de que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, para Sarlet (2015), constituem uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Explica o autor:

“os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos executivos, legislativos e judiciários.” (SARLET, 2015, p. 149)

Nesse sentido, o autor aponta que a doutrina alemã traz alguns desdobramentos teóricos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, do qual citamos dois: i) *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) – no sentido de que os direitos fundamentais, como direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; ii) *deveres de proteção do Estado* (*Schutzpflichten*) – que é a obrigação do Estado de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que desemboca na obrigação de adoção de medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício de direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 1º, prescreveu a aplicação imediata das normas de direito constitucional, o que, segundo Sarlet, pode ser compreendido como “um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível” (SARLET, 2015, p. 383).

Destarte, considerando-se a Constituição de 1988 como um sistema aberto de regras e princípios, os direitos sociais ali constantes, inclusive os trabalhistas, na sua perspectiva objetiva, seriam uma ordem dirigida ao Estado

que o vincularia no sentido de concretizar e efetivar, na maior medida possível, tais direitos.

Tratando-se especificamente do Poder Legislativo (e do Executivo na função atípica de legislar), essa vinculação implica clara renúncia à crença positivista de onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado, a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência de valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais.

Sob esse prisma, Sarlet diz que “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais”, o que importaria para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade legislativa.

Assim é que, num sentido negativo, o legislador pátrio estaria proibido a editar normas que visam desmontar a proteção trabalhista e social prevista constitucionalmente. Por outro lado, no seu sentido positivo, a vinculação do legislador teria justamente o efeito contrário, de promover a edição de leis que realizem direito fundamental social, já que estes assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídico-trabalhista.

Tal vinculação não atinge somente o legislador. Todos os demais poderes constitucionais estão vinculados à eficácia irradiante dos direitos trabalhistas e aos deveres ativos de proteção, devendo atuar no sentido de concretizá-los. Segundo Canotilho (1999), a condição peculiar do Poder Judiciário, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar normas inconstitucionais, revelando que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade acaba por ser revolido em favor deste último.

Sob essa ótica, não deve o Juiz, por exemplo, abster-se de realizar o controle difuso de constitucionalidade quando uma norma de flagrante inconstitucionalidade se apresentar num caso concreto. E é o STF, na condição de guardião da Constituição e estando ele próprio a ela vinculado, quem irá resolver de forma abstrata e/ou definitiva os casos postos em litígio. Trata-se do sistema de freios e contrapesos previsto pelo Constituinte sendo posto em prática.

Nessa linha, o STF, recentemente, decidiu que é inconstitucional o item da Lei nº 13.467/2017, que permitia que trabalhadoras grávidas e lactantes atuassem em atividades consideradas insalubres. Foram invocados os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, salvaguarda da mulher, da total proteção ao recém-nascido e também às normas de saúde, higiene e segurança

previstas no art. 7º da Constituição Federal. Importante destacar o voto da ministra Rosa Weber, nos seguintes termos:

“O legislador, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Nessa ótica, a alteração legislativa revela sensível retrocesso social (art. 7º, *caput*).” (ADI 5.938/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 29.05.2019)

Em outro exemplo recente, o Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região declarou a inconstitucionalidade de dois parágrafos da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017, art. 844, §§ 2º e 3º), que obrigam o trabalhador que faltar à audiência inicial do processo a pagar custas, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, e ainda estabelecem como pré-requisito para ajuizar uma nova demanda o cumprimento dessa obrigação.

Existem diversos outros dispositivos flagrantemente inconstitucionais na Lei nº 13.467/2017 em razão da inobservância do dever de aperfeiçoamento da legislação existente, havendo parâmetro constitucional para o reconhecimento da sua inconstitucionalidade material. Por exemplo, sustentamos que o art. 452-A, que traz a figura do contrato intermitente, viola frontalmente o art. 7º da Constituição Federal, seja porque simplesmente o contrato intermitente não veio para melhorar a condição social do trabalhador, seja porquanto esvaziou o conteúdo protetivo de diversos direitos ali previstos, como, por exemplo, o inciso IV do citado art. 7º, que prevê a remuneração mínima. Nesse sentido, saliente-se que a ADI 6.154, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) já questiona, no STF, a constitucionalidade dos arts. 443, *caput* e § 3º, 452-A e 611-A, inciso VIII, que tratam do trabalho intermitente, processo que ainda se encontra pendente de julgamento.

### **5 – Direitos trabalhistas como direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade como parâmetro para limitação dos direitos sociais trabalhistas**

Para que seja possível controlar o desenvolvimento jurídico-normativo do legislador ordinário com relação à efetivação dos direitos fundamentais, faz-se necessário, inicialmente, identificar os limites desses direitos. Para Jorge Reis Novais, limites aos direitos fundamentais podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou particulares que “dificultem, reduzam ou

eliminam o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais” (NOVAIS, 2003, p. 157).

Os direitos fundamentais, por não serem absolutos, podem ser restringidos por expressa disposição constitucional, por reservas legais (simples ou qualificadas) e até mesmo por força de colisões com outros direitos fundamentais. Isso, porque os direitos garantidos mediante princípios são necessariamente restringíveis, porque seu grau de aplicabilidade depende das condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto (HONÓRIO, 2017, p. 114).

Contudo, as limitações efetuadas aos direitos fundamentais só serão tidas por justificadas, ou seja, consideradas lícitas, se forem compatíveis formal e materialmente com a Constituição. Como explica Sarlet (2015), o controle formal diz respeito à investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a proteção do núcleo essencial desses direitos, bem como ao atendimento das exigências do princípio da proporcionalidade que, segundo o autor, assumiria a função de “limite aos limites dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 413).

A importância do princípio da proporcionalidade é tamanha que a doutrina alemã identifica como seu ponto de referência o próprio Estado Democrático de Direito, notadamente naquilo que veda as arbitrariedades estatais e o excesso de poder. No Brasil, o princípio estaria contido no próprio art. 1º da CF/88. Há também quem entenda que a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, inciso LIV, da CF/88, que assegura o devido processo legal substantivo, sendo esta uma tendência da Corte norte-americana e também do STF.

Sob esse prisma, é possível observar que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla perspectiva. Por um lado, possui uma faceta da proibição de excesso (*übermassverbot*), em que atua como o principal limite aos limites dos direitos fundamentais, impedindo que a norma editada atue no sentido de atingir o núcleo essencial dos direitos. Por outro lado, há a faceta da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), que traz a ideia de que o legislador positivo não pode atuar de modo insuficiente na proteção dos direitos fundamentais, coadunando-se, mais uma vez, com a já sufragada ideia de aperfeiçoamento da legislação existente, na medida dos direitos fundamentais.

A reforma trabalhista, sem dúvida alguma, trouxe diversas restrições, limitações e supressões de direitos sociais dotados de fundamentalidade. A

título de exemplo, o art. 442-B da CLT<sup>3</sup>, inserido pela Lei nº 13.467/2017, que traz a figura do trabalho autônomo, esvazia o conteúdo protetivo do direito fundamental ao trabalho protegido (arts. 6º e 7º da CF/88) e o seu valor social (arts. 1º, IV, 170 e 193), violando o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente.

Outro exemplo está no art. 444 da CLT<sup>4</sup>, que criou a figura do “trabalhador hipersuficiente”, que são os empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, algo em torno de R\$ 11.000,00 (onze mil reais). Para tais empregados, segundo a nova lei, seria possível a livre pactuação com o empregador, com a mesma força de uma norma coletiva.

Tal dispositivo flagrantemente viola o art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe a “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Ressalta Honório (2017) que não pode haver distinção, do ponto de vista dos direitos fundamentais nas relações de emprego, pelo trabalho realizado, rendimento do trabalhador ou seu grau de escolaridade, pois “o núcleo dos direitos fundamentais no sistema brasileiro é a noção de dignidade inerente a toda pessoa” (HONÓRIO, 2017, p. 124). Agindo assim, o legislador infraconstitucional violou novamente o princípio da proporcionalidade, dessa vez na vertente da proibição de excesso, por atingir o núcleo fundamental do direito previsto no citado artigo constitucional.

## 6 – Considerações finais

O presente artigo buscou analisar, sob a ótica do direito constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, as alterações na legislação infraconstitucional realizadas pelo legislador pátrio que visam esvaziar o conteúdo da proteção social do trabalhador.

Mostrou-se que, por detrás das alterações promovidas na legislação, há uma “racionalidade neoliberal” que utiliza do discurso de crescimento econô-

---

3 CLT: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

4 CLT: “Art. 444. (...) Parágrafo único – A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

mico para impulsionar o Estado a promover verdadeiro desmonte de direitos dos trabalhadores.

As mudanças no ordenamento jurídico pátrio estão sendo promovidas através de legislação infraconstitucional, tendo o legislador “esquecido” que está vinculado à Constituição Federal de 1988 e, em última medida, aos direitos fundamentais sociais.

Observou-se que através da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que o legislador possui o dever de aperfeiçoamento da legislação existente, em atenção à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e aos deveres ativos de proteção dos poderes estatais.

Para a teoria da eficácia irradiante, os direitos constitucionais sociais fornecem impulsos e diretrizes que devem guiar o legislador à concretização dos direitos trabalhistas na legislação infraconstitucional e não à sua desregulamentação, como vem se observando, por exemplo, nas alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 e pela MPV nº 905.

Segundo a teoria dos deveres ativos de proteção, existe, para o legislador, verdadeira liberdade de conformação que impede a sua ação erosiva contra direitos fundamentais. Já para o intérprete, há um condicionamento que o leva à interpretação da lei conforme a Constituição Federal.

Ressaltou-se a importância do princípio da proporcionalidade com um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, através da sua dupla faceta: proibição de excesso (face negativa), que impede a restrição do núcleo ineliminável dos direitos fundamentais e proibição de proteção deficiente (face positiva), que obriga o dever de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Verificou-se ainda, exemplificativamente, que o legislador reformista pátrio, em várias passagens, violou direitos fundamentais dos trabalhadores, seja suprimindo-os, seja reduzindo a sua eficácia ao ponto de esvaziar a proteção social existente, conclamando o Poder Judiciário a declarar as inconstitucionalidades e inconveniências.

Destaca-se, em conclusão, que não se desconhece a dificuldade inerente ao atual cenário – político, econômico, social, moral e jurídico – nem o poder que a racionalidade neoliberal exerce sobre o Poder Judiciário (e, em geral, por toda sociedade) através do discurso economicista, evidenciado na atual discrepância entre a preponderância da força do capital e do trabalho no Brasil.

Contudo, há de se recordar que a Constituição de 1988 possui força normativa e estabelece um projeto social de viés igualitário, que visa construir



uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em tempos de desmonte da legislação trabalhista, o direito constitucional pode constituir uma verdadeira “trincheira de resistência” através da dogmática da efetividade da Carta Social.

### Referências bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. STF. *ADI 939-7*. Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.93, publ. 18.03.94. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 17 nov. /2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 477.554/MG*. Rel. Min. Celso de Mello (DJe 01.07.2011). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 2006.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios. *Caderno CRH*, Salvador, v. 24, 2011.

FILGUEIRAS, Vitor. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008* (Tese de Doutorado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA. Orientadora: Graça Druck, 2012.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003.

HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Claudia Rodrigues; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

NOVAIS, Jorge Reis. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pelo constituinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiroz. A reforma trabalhista e o trabalho da mulher. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Claudia Rodrigues; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2017.



## DOCTRINA

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, São Paulo, RT, ano 34, vol. 32, out./dez. 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Recebido em: 11/12/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# REDUÇÃO DE RISCOS INERENTES AO TELETRABALHO POR MEIO DA LIMITAÇÃO DA DURAÇÃO DO TRABALHO

## *REDUCING RISKS INHERENT TO TELEWORK THROUGH LIMITATION OF WORKING TIME*

**Priscila Freire da Silva Cezario\***

**RESUMO:** A Lei nº 13.467/2017, Reforma de 2017, introduziu diversas alterações à CLT. Neste artigo, dividido em duas seções, enfrenta-se tema inerente ao marco regulatório do teletrabalho. Na primeira seção, navega-se pelo parágrafo único do art. 611-B, que nega às regras limitadoras da duração do trabalho a natureza de normas de saúde e segurança. Na segunda, pelo inciso III do art. 62, que exclui de teletrabalhadores o direito à limitação da duração do trabalho, oferecendo-se o princípio da autogestão moderada pelo controle como alternativa, observadas suas relações com a lei geral de proteção de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teletrabalho. Duração do Trabalho. Art. 611-B. Reforma de 2017.

*ABSTRACT: Law no. 13,467/2017, Reform of 2017, has introduced several amendments to the CLT. In this article, which is divided in two sections, it is addressed matter inherent to the regulatory framework for telework. In the first section, it is deepened the sole paragraph of article 611-B, which denies to the rules limiting working time the nature of health and safety standards. In the second section, it is deepened the item III of article 62, which excludes from teleworkers the right to limitation of working time, offering the principle of self-management moderated by control as alternative, observing their relationship with the general data protection law.*

*KEYWORDS: Telework. Working Time. Article 611-B. Reform of 2017.*

### **Introdução**

**A** Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, regulamentou o teletrabalho. Considerou como tal “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

---

\* *Mestre e doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pesquisadora do grupo de estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social; advogada.*

Como em outros temas compreendidos pela Reforma de 2017, a Lei nº 13.467 incorporou à CLT importantes vantagens aos empregadores ao regulamentar o teletrabalho, ampliando o desequilíbrio que outrora justificou o surgimento do Direito do Trabalho.

Neste artigo, será enfrentada a isenção de teletrabalhadores de controle de jornada, com exclusão desse contingente de trabalhadores das proteções concernentes à duração do trabalho, conforme inciso III, adicionado ao art. 62 da CLT. Será ainda analisada a previsão, no parágrafo único, do novo art. 611-B, de que limites à duração do trabalho não têm qualquer relação com a saúde do trabalhador. As duas regras serão confrontadas com a Constituição e o parágrafo único do novo art. 611-B, também com a Convenção nº 155 da OIT.

### **1 – Inconvencionalidade e inconstitucionalidade do parágrafo único do novo art. 611-B da CLT**

A Lei nº 13.467/2017, ao incluir os arts. 611-A e 611-B à CLT, enumerando, no primeiro, rol exemplificativo de situações em que as denominadas negociações *in pejus* prevalecem sobre a lei, em que relacionadas diversas regras sobre duração do trabalho e o próprio regime de teletrabalho, abriu caminho para a negociação coletiva ampliar a desregulamentação promovida pela Reforma de 2017. Não à toa, foi inserida no parágrafo único do art. 611-B a previsão de que “[r]egras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Para Raimundo Simão de Melo (2018, p. 358), a inclusão do dispositivo em comento à CLT “demonstra de maneira insofismável que o objetivo da reforma foi favorecer os setores patronais, sem qualquer preocupação com as questões de saúde e segurança”. Marcelo Rodrigues Prata (2018, p. 372-373) adjetiva o dispositivo “de *ficção jurídica teratológica*, autoritária, inútil e desnecessária”. Segundo Prata, a Reforma de 2017 foi “uma tentativa de dismantelamento de uma das principais instituições do *Direito Ambiental do Trabalho*, qual seja, *a dos limites da duração do trabalho (...) com o indisfarçável propósito de evitar a alegação de inconstitucionalidade dos seus arts. 611-A e 611-B*”. Ou seja, a própria natureza das coisas foi alterada, com o fim de se conferir carta branca para abusos em tema de limitação da duração do trabalho. Ora, “[a] regra de direito não é [ou não deveria ser] algo arbitrário, imposto pelo legislador, mas, ao contrário”, conforme doutrina de Miguel Reale (2002, p. 285), “algo que obedece a uma *ratio juris*, o que quer dizer à *razão natural*

*das cousas*. A natureza das *cousas* implica a apreciação de vários elementos, demográficos, econômicos, históricos, morais, religiosos” e, claro, científicos.

A inadequação do parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, “muito bem justificada no contexto da reforma”, como afirma Raimundo Simão de Melo (2018, p. 355), é inferida do panorama em que surgido o Direito do Trabalho. Conforme observações de Amauri Mascaro Nascimento (2010), até que o Estado interviesse para estancar os abusos dos empregadores, o número diário de horas de trabalho era fixado em quantia exagerada para atender aos interesses da produção, sem qualquer preocupação com a integridade física e mesmo mental dos empregados. Em função das condições precárias de trabalho, caracterizadas, também, pela jornada excessiva, ocorreram acidentes e eclosão ou até agravamento de doenças típicas do ambiente profissional.

O Direito do Trabalho surgiu para coibir os abusos do liberalismo econômico – hoje tão em voga quanto no passado – que tanto degradaram a condição humana dos trabalhadores. Nesse compasso, em 1802, foi editada pelo parlamento britânico, capitaneado por Robert Peel, a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes. A lei limitou a jornada do aprendiz a 12 horas, proibiu o trabalho noturno e obrigou o empregador a tomar outras medidas tendentes a humanizar o ambiente de trabalho (OLIVEIRA, 2011). A primeira lei de proteção do trabalhador, inquestionavelmente, nasceu para preservar sua saúde e visava a alcançar esse objetivo, entre medidas ordinariamente ambientais, justamente por meio da limitação da jornada de trabalho.

As longas jornadas de trabalho empreendidas sob a égide da Primeira Revolução Industrial, está claro, adoeceram trabalhadores. O Papa Leão XIII também viu nisso espaço para estimular a redução das cargas horárias de trabalho. Consagrou no art. 25 da Encíclica *Rerum Novarum* o princípio de que o excesso de trabalho embrutece o espírito e debilita o corpo. Recomendou, assim, o equacionamento entre períodos de trabalho e descanso, rechaçando prorrogações de jornada por mais tempo que o permitido pela natureza humana, revestida de limites que não se podem ultrapassar, sugerindo-se descansos proporcionais ao dispêndio de forças a serem restituídas, como também “à compleição e saúde dos operários”. Sob a ótica de documento inerente à consolidação do Direito do Trabalho, a limitação da duração do labor é imprescindível para a preservação da saúde do trabalhador.

Nessa direção, na primeira Conferência Internacional da OIT, celebrada em 1919, foram editadas seis convenções internacionais, a inaugural visando justamente a limitar a duração do trabalho a oito horas diárias e 48 semanais. No mesmo sentido, a legislação comunitária da União Europeia. Nos termos do

art. 1º da Diretiva 2003/88/CE, regras envolvendo duração do trabalho integram o conjunto das normas alusivas à saúde e segurança dos trabalhadores. Sobre a diretiva, Júlio Manuel Vieira Gomes (2007, p. 654) arremata: “a matéria em tempo de trabalho pode obviamente interferir com a saúde dos trabalhadores e a segurança no trabalho”.

Sobre o tema, pesquisadores da OIT asseveram: “Extensas pesquisas foram realizadas, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, sobre os vínculos entre longas horas de trabalho e saúde e bem-estar, particularmente em relação ao estresse e outros problemas de saúde mental (...)”<sup>1</sup>. Os pesquisadores da OIT destacam, ainda, que “longas jornadas de trabalho tendem a estar associadas a escolhas de vida prejudiciais à saúde, como tabagismo, consumo de café e álcool, falta de exercício e dieta pobre”<sup>2</sup> (FAGAN *et al.*, 2012, p. 9).

Conforme Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 175), o trabalho extraordinário agride a saúde do trabalhador em razão do cansaço promovido pelo “dispêndio energético para manter o organismo em equilíbrio homeostático”. Isso ocorre tanto nas atividades que exigem esforço físico do trabalhador quanto naquelas que provocam desgaste puramente mental, mesmo porque, anota Oliveira (2011, p. 214), “[a] força de trabalho exigida do operário está se deslocando rapidamente dos braços para o cérebro”. A assertiva é realçada pela Norma Técnica sobre LER/DORT<sup>3</sup>, quando destaca que a eclosão das LER/DORT “provocou uma mudança no conceito tradicional de que o trabalho pesado, envolvendo esforço físico, é mais desgastante que o trabalho leve, envolvendo esforço mental”.

A Convenção nº 155 da OIT, sobre saúde e segurança dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi ratificada pelo Brasil<sup>4</sup>. Os Estados convenientes, à luz de seu art. 4º, são obrigados a “formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente” sobre o tema. O objetivo da política, consta do dispositivo, é “prevenir os acidentes e os danos à saúde” de qualquer maneira relacionados ao trabalho.

O escopo preventivo de que trata a política determinada pela Convenção nº 155 deve ser perseguido a partir das esferas de ação elencadas no artigo 5, em que se destaca a alínea *b*. Na regra, prevê-se expressamente a adaptação do próprio tempo de trabalho às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores, como forma de promover a adaptação do trabalho em si ao homem. Logo, ne-

---

1 Tradução livre.

2 Tradução livre.

3 Aprovada pela Instrução Normativa DC/INSS nº 98, de 05.12.03.

4 Promulgada por meio do Decreto nº 1.254/94.

nhum Estado poderia negar o pertencimento das regras limitadoras da duração do trabalho ao conjunto das normas de saúde e segurança.

A alínea *b* do artigo 5 da Convenção nº 155 confirma categoricamente que a limitação da duração do trabalho constitui instrumento a favor do estado de completo bem-estar<sup>5</sup>. O instrumento, insista-se, foi ratificado pelo Brasil. De tal maneira, é inconvenção o parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, além de inconstitucional, na esteira do Enunciado Aglutinado nº 11, da Comissão 3, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

A inconvenção do novo art. 611-B da CLT, como visto, resulta da contrariedade a texto expresso de convenção internacional ratificada pelo Brasil. Já a inconstitucionalidade deriva de afronta ao inciso XXII do art. 7º da Constituição. À luz de tal mandamento constitucional, é direito fundamental dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O dispositivo consagra o princípio do risco mínimo regressivo. O princípio, sem dúvidas, encampa restrições à duração do trabalho, porque inegáveis as relações entre o tempo de trabalho e a saúde do trabalhador. A Reforma de 2017 violou de forma manifesta o princípio em questão, dado que afastou formalmente o vínculo entre duração do trabalho e saúde e segurança dos trabalhadores visando a aumentar riscos inerentes ao trabalho, acentuados para o teletrabalhador.

Não basta limitar a jornada para preservar a saúde e segurança do trabalhador, é preciso, observa Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 177), “controlar, com rigor, o trabalho extraordinário”. O legislador brasileiro, não obstante, excluiu teletrabalhadores do capítulo da CLT que versa sobre duração do trabalho, equiparando todo e qualquer teletrabalhador a titulares de cargo de gestão. Ainda, criou a fórmula teratológica sobre a qual ora se discute, contida no parágrafo único do novo art. 611-B da CLT.

O rigor científico da afirmação no sentido de que regras limitadoras da duração do trabalho têm, sim, natureza de normas de saúde e segurança, é inferrido de estudos acerca dos impactos da limitação de jornada na saúde e até na vida dos trabalhadores. Segundo Constanze Leineweber *et al.* (2018), diversos estudos comprovam que o controle sobre as horas trabalhadas é positivo para a saúde mental dos trabalhadores. Longas jornadas de trabalho potencializam risco de ataques cardíacos e acidente vascular cerebral, assinalam Mika Kivi-

---

5 Nos termos da Constituição da OMS: “Saúde é um estado de completo bem-estar, físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. (Tradução livre)

mäki *et al.* (2015), podendo acarretar até mesmo a morte do empregado, como enfatizado por Kenji Iwasaki, Masaya Takahashi e Akinori Nakata (2006).

Indene de dúvidas que a limitação da duração do trabalho constitui relevante medida de preservação da saúde e segurança de trabalhadores em geral, convém examinar a inclusão de teletrabalhadores no rol de empregados isentos de controle de jornada.

## 2 – Inconstitucionalidade do inciso III do art. 62 da CLT

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, o art. 62 da CLT contemplava somente duas hipóteses de isenção de controle de jornada. No inciso I, “empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho” e, no inciso II, detentores de cargo de confiança, ou seja, “gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam (...) os diretores e chefes de departamento ou filial”.

O teletrabalhador, como o titular de cargo de confiança, foi inserido no art. 62 da CLT, sem a ressalva presente no inciso I. Assim, conforme exegese do inciso III, não se submete ao regime de duração do trabalho nem mesmo se suas atividades forem compatíveis com fixação e consequente controle de horário de trabalho. Há doutrina nesse sentido (BATALHA, 2018). Segundo Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 660), a intenção do legislador foi “fugir da limitação contida no inciso I do art. 62 da CLT, que não exclui todos os externos (...) mas apenas aqueles cuja fixação de horário é incompatível com o serviço”.

Apesar de parcela da doutrina (ESTRADA, 2008; MARTINS, 2011) e até da jurisprudência, conforme decisão do TST no julgamento do AIRR 62141-19.2003.5.10.0011<sup>6</sup>, admitir o enquadramento do teletrabalhador no inciso I do art. 62 da CLT, por considerar o exercício de atividades no regime como regra incompatível com controle, são ressonantes na doutrina os entendimentos contrários (DI MARTINO; WIRTH, 1990; GOMES, 2007; GAUTHIER, 2012), assim como as críticas à alteração promovida pelo legislador em 2017 (CASSAR, 2017; SILVA, 2017; MELO, 2018; PAMPLONA; FERNANDEZ, 2018).

Antes da Reforma de 2017 e até da Lei nº 12.551/2011, que, alterando o art. 6º da CLT, reconheceu a equivalência entre meios de controle telemático e presenciais, Estêvão Mallet (2012) considerava possível a elegibilidade de

---

6 Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 62141-19.2003.5.10.0011. Agravante: Heider Fernandes Filho. Agravada: Esso Brasileira de Petróleo Ltda. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 07.04.2010. Órgão julgador: 6ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16.04.2010. Acesso em: 27.05.2018.

## DOCTRINA

teletrabalhadores a horas extras, dada a efetiva possibilidade de controle. No mesmo sentido, pronunciaram-se representantes da sociedade ouvidos em audiência pública em que se tratou do teletrabalho, inclusive da parte patronal<sup>7</sup>. A propósito, destaca-se surpresa quanto ao fato de entidade sindical como o SINDPD não ter sido convidada a falar em nome dos trabalhadores.

SINDPD e SEPROSP negociam condições de trabalho no regime de teletrabalho pelo menos desde o ano de 2002<sup>8</sup>. Excluíram de teletrabalhadores o direito aos adicionais de horas extras, noturno e outros, até o ano de 2011. Sob influência da Lei nº 12.551/2011, os sindicatos convenientes, em 2012, modificaram a redação da cláusula sobre trabalho em casa, deixando de afastar dos teletrabalhadores os direitos vinculados ao controle de jornada.

Sensível à realidade inquestionável que é a possibilidade de controle, para “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, supostamente modernizando-a, o legislador, em 2017, alterou profundamente a CLT. Regulamentou o teletrabalho no Capítulo II-A, situado após o que trata da duração do trabalho, parte do Título II, das normas gerais de tutela do trabalho.

No contexto em que emergida a Reforma de 2017, a regulamentação do teletrabalho ao lado das regras sobre duração do trabalho, em vez de modernizar a legislação, impulsiona a “superexploração do trabalhador”, expressão utilizada por Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (2012) em alusão à alteração do art. 6º da CLT. A intenção poderia ter sido disfarçada se o teletrabalho tivesse sido regulamentado com as normas especiais de tutela do trabalho, como se propôs no Projeto de Lei do Senado nº 274/2013, ou com as regras que disciplinam o contrato individual de trabalho, como se sugeriu no Projeto de Lei do Senado nº 326/2013.

A Reforma de 2017 resultou do Projeto de Lei nº 6.787/2016, submetido em 23.12.2016. A iniciativa foi do Presidente Michel Temer, conduzido à Presidência da República em decorrência de *impeachment* altamente questionável. Inicialmente, o projeto apenas conferiria maior autonomia aos atores coletivos, prestigiando a prevalência do negociado sobre o legislado. Ao menos essa foi a justificativa do Ministro do Trabalho à ocasião.

---

7 Na referida audiência pública, foram ouvidos: Álvaro Melo, ex-presidente da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades; Wolnei Tadeu Ferreira, então presidente da referida associação; Hugo Cavalcanti Melo Filho, juiz do trabalho; Luiz Antonio Colussi, diretor de assuntos legislativos da Anamatra; e Edgar Serrano, presidente da Federação Nacional das Empresas de Informática. Nenhum representante dos trabalhadores participou da audiência (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL nº 6.787/2016. Reforma Trabalhista – Audiência Pública).

8 É desse ano a primeira convenção coletiva de trabalho celebrada pelas referidas entidades que se encontra disponível na rede mundial de computadores, já disciplinando o “trabalho fora da empresa”.



## DOCTRINA

Em 15.03.2017, foi realizada a audiência pública acima referida, para discutir especificamente o “trabalho remoto”, mas no contexto de projeto que se limitaria a prestigiar a autonomia coletiva da vontade e reconhecer que o teletrabalho poderia constituir objeto de negociação coletiva. Em 12.04.2017, o Deputado Rogério Marinho, relator da Comissão Especial criada para analisar o Projeto de Lei nº 6.787/2016, opinou pela sua aprovação, com inúmeras emendas. Foi nesse momento que a regulamentação do teletrabalho ganhou o corpo veiculado hoje no inciso III do art. 62, e a partir do art. 75-A da CLT.

Em 26.04.2017, o projeto foi aprovado pelo plenário e remetido ao Senado, onde tramitou sob o nº 38/2017. Foi aprovado na CAE, em 06.06.2017, com parecer do Senador Ricardo Ferraço, bem ainda na CCJC, em 28.06.2017, com parecer do Senador Romero Jucá. Em 04.07.2017, foi aprovado, no Senado, requerimento de urgência para tramitação do projeto. A aprovação ocorreu na semana subsequente e a sanção presidencial conferida em 13.07.2017, encontrando-se a Lei nº 13.467/2017 em vigor desde 11.11.2017.

A regulamentação do teletrabalho, como se percebe, nasceu apenas três meses antes da sanção presidencial e após a audiência pública em que discutida a possibilidade de o regime constituir objeto de negociação coletiva, ocasião em que sequer ouvidos representantes dos trabalhadores, reforce-se. O histórico atesta, claramente, que a regulamentação do teletrabalho, tal como concluída pela Lei nº 13.467/2017, foi imposta à sociedade.

Mesmo os depoimentos de representantes da sociedade ouvidos na audiência pública em que discutido o primado da negociação coletiva em matéria de trabalho remoto foram desconsiderados. A ocasião foi marcada pelo tom uníssono das preocupações com aumento de carga horária, assim como o reconhecimento, até pelo representante de empregadores ouvido, da possibilidade de o empregador controlar a carga horária do teletrabalhador. Não obstante, o primeiro “cuidado” do legislador brasileiro foi “excluir os empregados em regime de teletrabalho da abrangência do Título da CLT relativo à duração do trabalho, por intermédio da inclusão de um inciso III ao art. 62 da Consolidação”. As expressões ora grafadas entre aspas, frise-se, constam do parecer do relator na Comissão Especial (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial..., 2017, p. 42-44).

Como imposta, a regulamentação encampa proposta comprometida apenas com a comunidade empresarial. Seu “viés autoritário”<sup>9</sup> é destacado pela

---

9 Tomamos emprestada a expressão grafada entre aspas de Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 17). O autor coloca a Lei nº 13.467/2017 em xeque sob os seguintes termos: “Pelo regime de urgência desmesurado, pelo silêncio em torno de direitos fundamentais como a saúde e a liberdade sindical e

contrariedade ao direito vivo (EHRlich, 1986), representado pelo plano dos fatos. A consciência jurídica do povo, refletida em pesquisas conduzidas virtualmente pelas casas legislativas pátrias (E-DEMOCRACIA; E-CIDADANIA), em manifestações dos movimentos sociais, notadamente a greve geral de 28.04.2017, assim como em depoimentos dos expertos ouvidos em audiência pública, foi relegada a segundo plano, por congressistas que perderam a representatividade da sociedade<sup>10</sup>. Ao negar que a limitação da jornada pertence ao campo da saúde do trabalhador, como ao afastar o controle de jornada de teletrabalhadores, a Reforma contrariou a própria realidade.

A alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017, no sentido de isentar teletrabalhadores de controle de jornada, poderia ser positiva no que concerne a empregados de colarinho branco, assim considerados aqueles cujas atividades são predominantemente intelectuais. Nessa direção se posiciona Célio Pereira Oliveira Neto (2018), ao referir a experimento empírico no qual constatou ser do interesse dos trabalhadores continuar o trabalho após o horário contratual, por uma questão de realização pessoal. Segundo o autor, o trabalhador envolvido em um determinado projeto poderia se sentir frustrado por ter de retomar a linha de pensamento no dia seguinte, só porque encerrado seu horário de trabalho. Apesar de horários rígidos poderem ocasionalmente representar incômodos aos próprios trabalhadores, mesmo empregados de colarinho branco, a nosso ver, devem ter preservada a limitação do tempo de trabalho. É difícil precisar se o incômodo decorre de fato da vontade do trabalhador. Pode resultar da competitividade entre colegas de trabalho ou da vontade de mostrar trabalho ao empregador, sobretudo, quando fisicamente distante do chefe.

A regulamentação, como imposta, é preocupante, sobretudo, diante da perspectiva do futuro do trabalho, com ênfase para o surgimento de profissionais cunhados por Christophe Degryse (2016) de *digital galley slaves*, é dizer, escravos digitais confinados em galerias, profissionais pouco qualificados dedicados à alimentação de bancos de dados. Em relatório conjunto da OIT e da EUROFOUND, constatou-se que, apesar de o teletrabalho ser mais comum entre gerentes e outros empregados de colarinho branco, o regime vem sendo utilizado em larga escala também em atividades de suporte e vendas, destinadas

---

pela excessiva preocupação em desmoralizar o TST, a reforma de 2017 ficará indelevelmente marcada por seu viés autoritário”.

10 Na apresentação de seu livro de comentários à Reforma Trabalhista, Vólia Bomfim Cassar destacou que a Lei nº 13.467/2017 “desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos” e, na introdução, seu coautor, Leonardo Dias Borges, explicou que isso ocorre porque as mudanças de paradigmas, no Brasil, têm sido “casuísticas, além de representarem a vontade de um momentâneo grupo que se encontra, de plantão no poder, faltando-lhe, assim, a devida legitimação material” (CASSAR; BORGES, 2017).

em princípio aos trabalhadores de colarinhos azuis (EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2017, p. 57).

Entre os projetos de lei visando a regulamentar o teletrabalho, apenas o Projeto de Lei do Senado nº 274/2013 era assentado na premissa de que o empregador possui plenas condições de controlar o tempo de trabalho do teletrabalhador, admitindo jornada flexível sem controle de jornada. O art. 8º do Projeto de Lei nº 4.505/08, da Câmara, excluía de teletrabalhadores o direito às horas extras, mas dispunha ao menos que a carga horária do teletrabalhador não poderia exceder aquela aplicável aos empregados típicos, diferentemente do que ocorreu na Reforma de 2017.

No direito comunitário e estrangeiro são encontradas soluções variadas. O artigo 9º do Acordo Marco Europeu sobre Teletrabalho consagra o princípio da autogestão do tempo de trabalho. Isenta empregadores da obrigação de controlar a jornada de teletrabalhadores, mas reconhece expressamente o direito de teletrabalhadores à mesma carga horária a que sujeitos seus pares nas dependências do empregador.

A regulamentação portuguesa, do Código do Trabalho de 2003, limitava a jornada de trabalho dos teletrabalhadores da mesma maneira que o fazia para empregados típicos, como dispunha o art. 240, admitindo isenção de horário de trabalho, de forma facultativa, conforme art. 241. A disposição do art. 241, de 2003, encontra correspondência na alínea *c* do item “1” do art. 218 do Código do Trabalho atualmente vigente, de 2009. Conforme o dispositivo mais recente, a isenção de horário de trabalho é possível, mas condicionada a acordo escrito entre empregador e teletrabalhador. Inexistente ajuste nesse sentido, aplicam-se os limites estabelecidos para empregados típicos.

À luz do item II do art. L1222-9<sup>11</sup> do Código do Trabalho francês, que elenca o conteúdo mínimo do acordo coletivo ou da carta elaborada pelo empregador com vistas a disciplinar o teletrabalho, o controle de jornada deve existir e isso independentemente da modalidade de conexão. Porém, as partes são livres para escolher as formas de controle ou a regulação da carga de trabalho. De todo modo, os instrumentos devem incluir a delimitação do horário dentro do qual o empregador poderá contatar o empregado em regime de teletrabalho. É que, na forma do item III do art. L1222-9, será considerada como acidente de trabalho qualquer intercorrência ocorrida no local onde o teletrabalho é executado, no horário definido para desenvolvimento das atividades do teletrabalhador.

---

11 Com redação dada pela LOI n° 2018-771 du 5 septembre 2018 – art. 68 (VD).

## DOCTRINA

Na Romênia, como na França, o art. 5º da Lei nº 81/2018 assume a existência de controle. À luz do dispositivo, o programa a ser utilizado para aferir a jornada cumprida e o método real de controle devem ser relacionados no contrato de trabalho.

Na Hungria, conforme item 5 do artigo 198, o horário de trabalho do teletrabalhador é flexível, admitindo-se acordo em sentido contrário. Não obstante, alerta a doutrina húngara (BANKÓ; SZÓKE, 2016), a flexibilidade de horário não serve para legitimar a fuga da limitação da duração do trabalho.

Na Colômbia, conforme item “1” do artigo 6º da Lei nº 1221/2008, teletrabalhadores são isentos de controle de jornada de trabalho, assim como ineligiáveis a horas extras e adicional por trabalho noturno, em razão da natureza especial de suas atividades. Sem prejuízo, o dispositivo prevê a possibilidade de a autoridade competente conduzir fiscalizações tendentes a evitar a submissão de teletrabalhadores a excessivas cargas de trabalho. À luz do parágrafo do referido artigo 6º, afinado com o princípio da primazia da realidade, será descaracterizada a isenção de controle, com conseqüente condenação do empregador ao pagamento de horas extras, se a realidade dos fatos evidenciar controle e se o trabalhador se mantiver em jornada de trabalho extraordinária a pedido do empregador, ainda que por via transversa, mediante designação de atividades excedentes das ordinárias.

Os teletrabalhadores da Prefeitura Los Angeles, na Califórnia, EUA, modelo de liberalismo trabalhista para alguns, têm controle de jornada. De acordo com seu programa de teletrabalho, conserva-se o regime típico de duração do trabalho, horas extras, remuneração e férias. A cláusula 4, do modelo de contrato de teletrabalho que acompanha o programa, contempla espaços em branco a serem preenchidos com os horários de início e término da jornada de trabalho do teletrabalhador. Conforme a alínea *i* da seção de condições para o teletrabalho, do modelo de contrato, a realização de horas extras pressupõe autorização do respectivo gerente, como ocorreria se a prestação de serviços se desenvolvesse nas instalações da prefeitura (LOS ANGELES COUNTY, 2017).

Como se vê, a isenção de controle de jornada é incentivada pelo Acordo Marco Europeu sobre Trabalho, mas não é posta em prática por todos os países europeus que regulamentaram o teletrabalho a seu modo. Onde reconhecida a isenção, entre países abrangidos pelo Acordo Marco ou não, teletrabalhadores são contemplados pelo menos com equivalência de carga horária em relação a seus pares que atuam a partir das instalações do empregador. No Brasil, onde não guardada a mesma cautela, há quem elogie a iniciativa do legislador, de excluir o teletrabalhador do regime da duração do trabalho, em pleno século

XXI, quando impossível negar o controle telemático, não sob o pretexto de valorizar a liberdade de iniciativa do empregado, mas pelo fato de que o teletrabalhador, em casa, poderia fingir trabalhar. Ignoram que o “fingimento”, tecnicamente denominado presenteísmo, ocorre também e em larga medida quando o trabalho é desenvolvido nas dependências do empregador.

É verdade que o princípio geral da boa-fé impede a presunção generalizada de que empregadores usarão da prerrogativa de não controlar a jornada de teletrabalhadores para lhes exigir uma desmesurada quantidade de trabalho extraordinário. Também é verdade que referido princípio impossibilita empregadores de caracterizarem empregados como “oportunistas natos”, conforme expressão de Alain Supiot *et al.* (2003, p. 294).

O contexto em que emergido a Reforma de 2017, contudo, faz razoável a presunção de que o teletrabalho, como regulamentado, pode constituir instrumento de exploração de trabalhadores. Não bastasse, pesa em desfavor do empregador o art. 2º da CLT, ou seja, se alguém tem que assumir o risco da desconfiância, é o empregador, titular de todos os ônus da atividade econômica.

Fato é que o controle de jornada é possível e deve ser implementado, mediante revogação do inciso III do art. 62 da CLT, ou declaração de sua inconstitucionalidade em face dos incisos XIII e XXII do art. 7º da Constituição. A jornada, contudo, não deve ser estanque, até porque essa previsão poderia se reverter contra o teletrabalhador, no caso de atividades puramente intelectuais. O teletrabalhador deve, sim, ter liberdade para administrar seu tempo de trabalho, mas isso no âmbito de uma autogestão moderada pelo controle, realizado por meio de *login* e *logoff*, mesmo porque nem o horário de trabalho padronizado, nem o local de trabalho fixo atendem às necessidades da produção do trabalhador e da sociedade como um todo.

A moderação da autogestão, pelo controle, é justificada na medida em que a flexibilidade induz no empregado o sentimento de obrigação de trabalhar em excesso, conforme observado por Colette Fagan *et al.* (2012), além do que, pontua Hélio Zylberstajn (2010, p. 65), na falta de limites, “os trabalhadores podem ser forçados a trabalhar jornadas longas, com prejuízos para sua saúde e para a qualidade de suas vidas”.

Empregadores conscientes de sua função social poderão se antecipar à revogação do inciso III do art. 62 da CLT, ou declaração de sua inconstitucionalidade. Poderão prestigiar o princípio da autogestão moderada pelo controle e controlar as atividades de teletrabalhadores, por meio de *login* e *logoff*, mediante consentimento expresso em “cláusula destacada das demais”, conforme art. 8º

da Lei nº 13.709/2018. A carência de consentimento, contudo, não autorizará o empregado a postular a indenização de que trata o art. 42 da Lei nº 13.709/2018.

A fiscalização não consentida não provoca dever de indenizar, porque tem por fim a salvaguarda do direito à saúde do empregado, por meio da limitação da duração do trabalho. Tampouco deve o empregador que realizar controle de *login e logoff* sem consentimento específico sofrer as sanções administrativas de que trata o art. 52 da Lei nº 13.709/2018, pois “[o] legítimo interesse do controlador”, à luz do art. 10, abrange a “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos”. Sendo o monitoramento realizado em prol do direito do empregado à saúde, a lei não pode ser considerada infringida.

O princípio da autogestão moderada pelo controle visa a preservar não o limite de oito horas diárias fixado pelo inciso XIII do art. 7º da CRFB, mas o de 44 horas semanais determinado pelo mesmo dispositivo, podendo as partes, nesse compasso, fazer uso da prerrogativa do novo § 5º do art. 59 da CLT<sup>12</sup>, se respeitado o limite máximo de 10 horas de trabalho ao dia e se de fato promover a melhoria da condição social do trabalhador.

### Considerações finais

A Reforma de 2017 tramitou de forma apressada, sem qualquer compromisso com a sociedade, com a realidade, com a verdade. Visando a favorecer a comunidade empresarial, o legislador usou a força da lei para afrontar questões firmemente sedimentadas pela ciência.

No caso dos dispositivos examinados neste artigo, a Reforma de 2017 contrariou a possibilidade de controle de jornada, conferida pelas mesmas tecnologias que constituem o regime. Não bastasse, negou o pertencimento das regras limitadoras da jornada ao conjunto das normas de saúde e segurança, impactando não apenas o teletrabalhador, mas também o empregado típico. As regras emergiram em contexto político conturbado, apenas três meses antes da sanção presidencial, tempo insuficiente para amadurecerem questões tão complexas como as encampadas pela Lei nº 13.467/2017.

O parágrafo único do art. 611-B é inconstitucional e inconvençãoal. Restrições à duração do trabalho e saúde e segurança, à luz da OIT e da Constituição pátria, são indissociáveis. Correspondendo as regras limitadoras da duração do trabalho à saúde e segurança, é também inconstitucional o inciso III do art. 62

---

12 O dispositivo remete ao banco de horas semestral pactuado por acordo individual. A respeito de sua constitucionalidade, mitigada, cf. Priscila Freire da Silva Cezario (2018).

podendo sua inconstitucionalidade ser superada mediante reconhecimento do princípio da autogestão moderada pelo controle.

### Referências bibliográficas

BANKÓ, Zoltán; SZÓKE, Gergely László. Issues of digital workplace: the situation in Hungary. *JurInfo*, Pécs, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2927498>>. Acesso em: 27 set. 2019.

BATALHA, Elton Duarte. Teletrabalho: a reforma trabalhista brasileira e a experiência estrangeira. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Teletrabalho: interpretação da Lei nº 12.551 de forma a impedir a superexploração do trabalhador. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, ano 29, n. 1.458, p. 3-10, 24 dez. 2012. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24074593\\_TELETRABALHO\\_INTEPRETACAO\\_DA\\_LEI\\_12551\\_DE\\_FORMA\\_A\\_IMPEDIR\\_A\\_SUPEREXPLORACAO\\_DO\\_TRABALHADOR.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24074593_TELETRABALHO_INTEPRETACAO_DA_LEI_12551_DE_FORMA_A_IMPEDIR_A_SUPEREXPLORACAO_DO_TRABALHADOR.aspx)>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. *Relatório do Deputado Rogério Marinho*. Brasília, 12 abr. 2017. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016)>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *PL nº 6.787/2016: Reforma Trabalhista – Audiência Pública – 15.03.2017 – 14:56*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=DB\\_pMjD8Hio](https://www.youtube.com/watch?v=DB_pMjD8Hio)>. Acesso em: 23 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Parecer relatado pelo Senador Ricardo Ferraço, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017*. Brasília, 23 maio de 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>>. Acesso em: 27 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

\_\_\_\_\_; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CEZARIO, Priscila Freire da Silva. Questões polêmicas envolvendo a reforma da regulamentação da jornada de trabalho e das férias. In: MANNRICH, Nelson (Coord.). *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

COLÔMBIA. *Ley 1221, de 2008. Nivel Nacional (Julio 16)*. Ley por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <<http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31431>>. Acesso em: 27 set. 2019.

CONFEDERACIÓN EUROPEA DE SINDICATOS *et al.* *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*. [S.I.]: CCOO, jul. 2011. Disponível em: <[https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727\\_acuerdo\\_marco\\_europeo\\_teletrabajo.pdf](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acuerdo_marco_europeo_teletrabajo.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2019.

CONSELHO EUROPEU. *Directiva 2003/88/CE, de 4 de novembro de 2003*. Relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003L0088>>. Acesso em: 27 set. 2019.



## DOCTRINA

DEGRYSE, Christophe. *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*. European Trade Union Institute (ETUI), 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297392058\\_Digitalisation\\_of\\_the\\_Economy\\_and\\_its\\_Impact\\_on\\_Labour\\_Markets](https://www.researchgate.net/publication/297392058_Digitalisation_of_the_Economy_and_its_Impact_on_Labour_Markets)>. Acesso em: 27 set. 2019.

DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. Telework: an overview. *Conditions of work digest*, Geneve, v. 9, n. 1, p. 1-35, 1990.

E-CIDADANIA. *Consulta Pública. PLC nº 38/2017*. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em: 27 set. 2019.

E-DEMOCRACIA. *Reforma trabalhista. PL nº 6.787/2016*. Disponível em: <<https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/bill/64>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ESTRADA. *Análise juslaboral do teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008.

FAGAN, Colette *et al.* The influence of working time arrangements on work-life integration or “balance”: a review of the international evidence. *Conditions of work and employment series*. International Labour Office, Conditions of Work and Employment Branch. Geneva: ILO, 2012. 67 p.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael (Org.). *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*: organizados por assunto. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em: 27 set. 2019.

FRANÇA. *Code du travail*. Version consolidée au 20 septembre 2019. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em: 27 set. 2019.

GAUTHIER, Gustavo. Perspectiva laboral del teletrabajo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre, ano 23, n. 272, p. 111-123, fev. 2012.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho*: relações individuais de trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

HUNGRIA. *Act I of 2012 on the Labor Code*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/89886/103370/F373393512/Act.I.of.2012.on.the.Labor.Code.2018.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

IWASAKI, Kenji; TAKAHASHI, Masaya; NAKATA, Akinori. Health problems due to long working hours in Japan: working hours, workers’ compensation (*Karoshi*), and preventive measures. *Industrial Health*, v. 44, n. 4, p. 537-540, 2006. Disponível em: <[https://www.jstage.jp/article/indhealth/44/4/44\\_4\\_537/\\_pdf](https://www.jstage.jp/article/indhealth/44/4/44_4_537/_pdf)>>. Acesso em: 27 set. 2019.

KIVIMÄKI, Mika *et al.* Long working hours and risk of coronary heart disease and stroke: a systematic review and meta-analysis of published and unpublished data for 603.838 individuals. *The Lancet*, Aug. 2015. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(15\)60295-1/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(15)60295-1/fulltext)>. Acesso em: 27 set. 2019.

LEINEWEBER, Constanze *et al.* Parent’s relative perceived work flexibility compared to their partner is associated with emotional exhaustion. *Frontiers in Psychology* [1664-1078], 2018,



## DOCTRINA

vol.: 9 p. 640-640. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5943972/pdf/fpsyg-09-00640.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

LOS ANGELES COUNTY. Department of Human Resources. *Telework program: policy and procedures – A guide to telework for Los Angeles County Employees and Supervisors*. August 2017. Disponível em: <<http://rideshare.lacounty.gov/wp-content/uploads/2018/03/Telework-Manual-08-17-2017.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

MALLET, Estêvão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei n. 12.551. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 32, n. 115, p. 44-52, abr. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. Teletrabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 18, p. 352-349, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. A reforma trabalhista e o direito tutelar do trabalho referente às normas de saúde e segurança do trabalho. In: *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: LTr, 2018.

PAMPLONA, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. Tecnologia da informação e as relações de trabalho no Brasil: o teletrabalho na Lei nº 13.467/17. *Revista Direito UNIFACS*, n. 2.016, jun. 2018.

PORTUGAL. *Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro de 2009*. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 99/2003, de 27 de agosto de 2003*. Aprova o Código do Trabalho. Disponível em: <[http://cite.gov.pt/Legis\\_Nac/ArquivoLN/LeisArqLN/Lei99\\_03.htm](http://cite.gov.pt/Legis_Nac/ArquivoLN/LeisArqLN/Lei99_03.htm)>. Acesso em: 27 set. 2019.

PRATA, Marcelo Rodrigues. As normas de duração do trabalho não mais pertencem à ambiência laboral? In: *A reforma trabalhista na visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. Porto Alegre: LexMagister, 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMÊNIA. *Legea nr. 81/2018 privind reglementarea activității de telemuncă*. (Providencia a regulamentação do teletrabalho). Disponível em: <<https://lege5.ro/Gratuit/gi3tknrrgm2a/legea-nr-81-2018-privind-reglementarea-activitatii-de-telemunca>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SEPROSP; SINDPD. *Convenção coletiva de trabalho*. Disponível em: <<http://www.sindpd.org.br/sindpd/site/interna.jsp?m=99&s=1>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.

SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VATICANO. *Carta encíclica “Rerum Novarum” sobre a condição dos operários*, do sumo pontífice Papa Leão XIII, a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos

## DOUTRINA

e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica. Libreria Editrice Vaticana. Dada em Roma, junto de S. Pedro, a 15 de maio de 1891. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)>. Acesso em: 27 set. 2019.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Aspectos econômicos da redução da jornada de trabalho. In: MANN-RICH, Nelson *et al.* (Coord.). *Reconstrução do direito do trabalho*: anais da Academia Nacional do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

Recebido em: 01/10/2020

Aprovado em: 26/02/2020

# O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) NA PROMOÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL

## *THE ROLE OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO) IN PROMOTION OF THE UNION FREEDOM*

Larissa Matos\*

**RESUMO:** O artigo analisa a liberdade sindical com foco no papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Comitê de Liberdade Sindical. Para tanto, aborda conceitos e classificações pertinentes à liberdade sindical e explora a relação da democracia com a liberdade sindical, considerada aquela como essencial para o exercício dos direitos sindicais. Em seguida, trata especificamente sobre o papel da OIT como Órgão criado para melhorar as condições de trabalho e promover a liberdade sindical nos diferentes países, finalizando com o procedimento de queixa no Comitê de Liberdade Sindical.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade Sindical. OIT. Democracia.

*ABSTRACT:* The article analyzes the freedom of association focusing on the role of the International Labor Organization (ILO) and the Freedom of Association Committee (CFA). To this end, it addresses concepts and classifications pertinent to freedom of association and explores the relationship of democracy with freedom of association, which is considered essential to the exercise of union rights. Then, it deals specifically about the role of the ILO, created to improve working conditions and promote freedom of association in different countries, ending with the complaint procedure in the Freedom of Association Committee.

*KEYWORDS:* Freedom of Association. ILO. Democracy.

### 1 – Premissas iniciais

**A** liberdade, como gênero, é um direito humano e fundamental, entendido como aquele constante, respectivamente, em diplomas internacionais (v.g., Declaração Universal dos Direitos Humanos) e na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, *caput*), capaz de assegurar o gozo de diversos outros direitos.

---

\* Mestre em Direito do Trabalho; doutoranda em Direito pelo Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; advogada e professora.

## DOCTRINA

Catharino (1977, p. 79) afirma que a liberdade opõe-se ao determinismo e fatalismo, sua manifestação exacerbada. E quanto à vontade, a liberdade é livre arbítrio ou alvedrio, de suma importância jurídica – isso, porque, como fator de diversidade, cabe ao Direito organizá-la, tornando coexistentes suas manifestações e espécies.

Uma de suas espécies é justamente a liberdade sindical, essencial ao sindicalismo, como expõe Pinto (1998, p. 76), ao posicionar a liberdade como um nobre sentimento consolidado na consciência do poder de agir dentro de limites impostos por normas.

Ainda, o ilustre autor enfatiza que “no caso dos trabalhadores, tal sentimento foi despertado pela necessidade de reagirem à superioridade opressora do poder econômico sobre a energia humana de trabalho” (PINTO, 1998, p. 76).

Com maestria, aclara Pinto (1998, p. 78) que:

“o princípio da liberdade sindical, fundamento do sindicalismo válido, será, por si só, demasiadamente frágil e exposto a sucumbir, se não estiver amparado por outras ideias igualmente vitais, embora complementares, para sua firmeza.

A liberdade sindical constitui eixo ideal de suporte do sindicalismo, somente apto a alcançar efetividade se reforçado por essas outras ideias, também estruturais, que a resgatam do plano ideal, com toda sua carga de abstração, para o da ideia factível num universo de relações concretas e fortemente influenciadas pelo materialismo dos interesses que a envolvem.

Vemos, então, a liberdade sindical encerrada num círculo protetor que compreende a liberdade de trabalhar, a liberdade de associar-se, a liberdade de organizar-se, a liberdade de administrar-se, a liberdade de atuar e a liberdade de filiar-se.”

Nessa senda, Catharino (1977, p. 80) deixa claro que, historicamente, a liberdade de trabalho precedeu à sindical, sendo esta um adicional à efetividade daquela, isto é, são duas liberdades interligadas. Ainda, aponta que sem liberdade sindical não há sindicato livre, cabendo ao Direito organizar as diversas manifestações de liberdade, jamais suprimi-las.

Os trabalhadores e empregadores, nas lições de Prado (1984, p. 26), têm o direito de constituir sindicatos, como também de se filiar, sujeitando-se aos estatutos correspondentes, desde que não violem as leis vigentes nem as normas básicas e fundamentais de todo convívio humano.

Nessa linha, vale registrar que Cesarino Junior (1940, p. 22), citando Brèthe de la Gressaye, ensina que a primeira consequência da doutrina corporativa é a liberdade de associação. O Estado deve reconhecer aos cidadãos a liberdade de associação, podendo estes criar associações e seus próprios regulamentos. Afinal, o direito de associação é um direito natural do homem.

Diante dessas diretivas traçadas por Cesarino Junior, valoroso ressaltar que o ordenamento jurídico italiano, por exemplo, é inspirado no princípio da liberdade de organização sindical, estando este expresso no artigo 39, § 1º, da Constituição italiana (GALANTINO, 1995, p. 1-2).

Liberdade esta definida pela OIT como o direito dos trabalhadores e dos empregadores de criar suas próprias organizações e de se juntar a elas como parte integrante de uma sociedade livre e aberta. E que, em muitos casos, essas organizações têm desempenhado um papel importante na transformação democrática de seus países<sup>1</sup>.

A liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização estão regidas pela Convenção nº 87 da OIT, de 1948, até hoje não ratificada pelo Brasil.

Inclusive, uma das alegações para não haver a adoção da referida Convenção foi a presença da unicidade sindical no art. 8º, II, da CF/88 – que se contrapõe a liberdade sindical plena prevista naquele diploma.

Sobre o processo de ratificação, vale destacar que em 13.03.2019, segundo matéria publicada pela Agência do Senado intitulada “CAS voltará a discutir convenção sobre liberdade sindical”, a Comissão de Assuntos Sociais (CAS) aprovou requerimento de audiência pública para orientar a votação do Projeto de Decreto Legislativo (PDS) nº 16/84, que aprova o texto da Convenção nº 87. Contudo, nada foi concluído até o momento.

Didaticamente, Russomano (1995, p. 65) assenta que a liberdade sindical é uma tríade (sindicalização livre, pluralidade sindical e autonomia) – uma tríade que envolve, conforme aponta Galantino (1995, p. 1), a liberdade individual ou de um grupo de promover a constituição do sindicato; e a liberdade individual de aderir ou não a uma organização sindical.

Ruprecht (1995, p. 77) explica que a “liberdade sindical é consequência direta do direito de associação, possuindo características que ultrapassam o

---

1 Tradução livre do texto presente na página *web* da OIT sobre liberdade sindical. Disponível em: <<https://www.ilo.org/global/topics/freedom-of-association-and-the-right-to-collective-bargaining/lang--es/index.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

indivíduo considerando isoladamente, chegando, até, ocasionalmente, a limitar a própria liberdade individual”.

Ainda, citando De Buen, Ruprecht (1995, p. 77) atribui a liberdade sindical os seguintes fundamentos: a) para a constituição de sindicato deve haver uma pluralidade; b) o sindicato é caracterizado pela união; c) o sindicato representa uma vontade coletiva; d) o destinatário da atuação sindical não é o indivíduo em si, mas, sim, o homem classe.

Além disso, o princípio da liberdade sindical evoca o princípio da atividade sindical, ou seja, afirmar a liberdade sindical significa também reconhecer a possibilidade de colocar em ação todos os comportamentos voltados para tornar efetiva a coalização (GIUGNI, 1991, p. 57), inclusive em relação à própria proteção dos trabalhadores e de suas organizações no ato de negociação coletiva.

Referente à proteção das organizações, Siqueira Neto (1999, p. 123) aponta que esta se processa em três ordens: a) pela defesa das organizações contra atos do Estado e dos empregadores; b) pela defesa dos dirigentes; e c) pela promoção das organizações sindicais dos trabalhadores rurais. Para tanto, entre outras medidas, deve-se: 1) evitar os atos de ingerência (Convenção nº 98 da OIT); 2) proteger os bens e fundos sindicais; 3) resguardar o direito de greve; e 4) salvaguardar os dirigentes sindicais.

Finalizando essa introdução, vale abordar, de forma sintética, a classificação apontada por Ruprecht (1995, p. 78-81) em relação à da liberdade sindical. Ele ensina que a mais comum é feita tendo em vista o indivíduo, o grupo profissional e o Estado. A primeira refere-se ao direito de constituir sindicatos, de não se filiar, de participar ou se desligar livremente; considerando o grupo profissional, ela envolve a autonomia orgânica (estruturação sem ingerências) e a autonomia de ação (ampla capacidade de operar coletivamente); e quanto ao Estado, a associação profissional deve ser imune às intervenções.

## 2 – Democracia e liberdade sindical

A democracia vem da palavra grega *demos*, que significa pessoas, e *kra-tos*, que significa governo – dessa forma, a democracia é o governo do povo, sendo, portanto, incompatível com governos absolutos ou autoritários. Além disso, uma democracia pressupõe igualdade, liberdade, pluralismo e tolerância (BOREA ODRÍA, 2002), propugnando o acesso a processos deliberatórios por aqueles que serão afetados por essas decisões.

Topograficamente, a democracia aparece na Constituição de 1988 no art. 1º, *caput*, cujos incisos enfatizam a cidadania, a dignidade da pessoa humana,

a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, I, II e III, IV e V) como pressupostos do Estado Democrático de Direito.

O exercício da cidadania e a realização da dignidade da pessoa humana, tão relevantes à democracia, pressupõem o acesso a direitos sociais, entre eles, os direitos trabalhistas constantes no art. 7º da CF – muitos deles efetivados mediante negociação coletiva, que só se concretiza por meio da liberdade sindical.

Nessa senda, como direito fundamental relacionado à democracia, a Constituição assegurou a todos o direito de liberdade e associação para fins lícitos (art. 5º), estando a liberdade para associação sindical traçada no art. 8º da CF/88 – base da liberdade negativa<sup>2</sup>, que envolve a liberdade de não participar de fundação de associação, de não se filiar e de desligar-se de associação, conforme a sua vontade, pois a liberdade compulsória não se conforma com a democracia.

Especialmente sobre o processo de constitucionalização da liberdade sindical no Brasil, o movimento acompanhou o processo ocorrido na América Latina – sobre o tema, Ferrer e Ríos (1995, p. 12) detalham que esse processo representou uma fase transcendental na evolução jurídica do sindicato, que passou de uma atuação delitativa à consagração internacional e constitucional, cuja importância do movimento sindical explica a presença de dispositivos constitucionais relativos ao direito sindical e aos sindicatos desde os primeiros textos constitucionais que se adaptaram ou se aproximaram do Estado Social.

Lembra Stürmer (2013, p. 39) que o sistema sindical brasileiro nasceu e se desenvolveu sob os nefastos mantos do corporativismo e intervencionismo. Ainda, registra que, embora signatário da OIT, o Brasil não recebeu a Convenção sobre liberdade sindical (Convenção nº 87) – ficando patente que o Brasil não adota a liberdade sindical de forma plena.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que na Constituição vigente estão presentes diversos dispositivos que tutelam a autonomia dos sujeitos políticos coletivos, como os arts. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI e 8º.

Nesse ponto, bom lembrar que o exercício dos direitos civis dentro do regime democrático, tais como o direito à vida e a segurança pessoal, o direito à liberdade e à segurança contra prisão arbitrária e detenção, a liberdade de

---

2 Fazendo o contraponto, o mesmo Arouca (2009, p. 80) define que a liberdade sindical também se configura positivamente como um direito de filiação a sindicato, de manutenção no quadro social e participação das ações sindicais.

opinião e expressão, o direito de reunião, é essencial à concretização da liberdade sindical.

Até porque, para haver negociação coletiva é preciso existir autonomia dos indivíduos e dos sindicatos. Nesse sentido, segundo Siqueira Neto (1991, p. 18), a negociação coletiva e os meios de solução de conflitos dependem da liberdade sindical, que se configura como o ponto de conexão e articulação estrutural do Direito do Trabalho, assumindo função preliminar enquanto condição para atuação dos direitos individuais e coletivos, dela decorrendo os demais institutos de Direito do Trabalho.

A liberdade sindical, por esse ângulo, tem como pressuposto o reconhecimento da existência do conflito nas relações de trabalho, bem como o diálogo e sua convergência, isto é, a liberdade sindical é efetivo instrumento de consolidação democrática e de configuração básica das relações de trabalho, integradas pelos elementos que determinaram o seu formato atual (SIQUEIRA NETO, 1991, p. 19-20).

Sobre o tema, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT já se manifestou afirmando que o sistema democrático é essencial para o exercício dos direitos sindicais (Compilação de 2006, parágrafo 32; e Informe 367º, Caso nº 2949, parágrafo 1224), deixando claro que os direitos das organizações de empregadores e de trabalhadores apenas podem ser exercidos no âmbito de um sistema que garanta o respeito efetivo de direitos humanos fundamentais, como o direito à vida e à segurança do indivíduo (Informe 348º, Caso nº 2254, parágrafo 1308) (OIT, 2018, p. 17 e 19).

Para o Comitê, um movimento sindical verdadeiramente livre e independente só pode ocorrer se houver respeito aos direitos humanos fundamentais, especialmente direitos dos trabalhadores sindicalizados de se reunirem nas instalações do sindicato, com direito de opinião verbal livre e escrita, bem como o direito de contar, em caso de detenção, com as garantias de um processo judicial regular que se inicie e tramite de forma célere. (Compilação de 2006, Parágrafo 37; Informe 351º, Caso nº 2450, parágrafo 794; e Informe 356º, Caso nº 2450, Parágrafo 679). (OIT, 2018, p. 18).

### **3 – O papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em matéria de liberdade sindical**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi fundada em 1919, por meio do Tratado de Versalhes que, formalmente, pôs termo à primeira



grande guerra, tendo como objetivo principal a busca da justiça social, a fim de se promover paz universal.

Para tanto, decorre de sua incumbência precípua o fomento ao trabalho decente, que OIT entende como aquele trabalho produtivo e de qualidade, que promove igualdade e oportunidades para homens e mulheres, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo consideradas condições fundamentais para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (OIT, Trabalho decente).

Segundo Costa e Diehl (2016, p. 104):

“(...) a noção de trabalho decente está fundada em quatro bases estratégicas, a saber: (i) o respeito às normas internacionais de proteção do trabalho; (ii) a promoção do emprego de qualidade; (iii) a ampliação da proteção social; e (iv) o diálogo social.

Sendo assim, no ano de 2005 foi adotada pelos chefes de Estado e de Governo a Resolução Final da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que disciplina sobre o trabalho decente, ao defini-lo como sendo o objeto nacional e internacional, nos seguintes termos do parágrafo quarenta e sete: apoiamos firmemente uma globalização justa e resolvemos fazer com que os objetivos do emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos, especialmente para as mulheres e os jovens, sejam uma meta fundamental das nossas políticas nacionais e internacionais e de nossas estratégias nacionais de desenvolvimento, incluindo as estratégias de redução da pobreza, como parte de nossos esforços para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

E por esse motivo que em 2008, durante a 97ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, governos e Estados-membros da OIT reconheceram a necessidade de monitorar o progresso do trabalho decente no mundo, e para isso adotou-se no mesmo ano a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, que recomenda, entre demais medidas, ‘que os Estados-membros considerem o estabelecimento de indicadores ou estatísticas apropriadas, se necessário com a assistência técnica da OIT, para monitorar e avaliar o progresso feito em matéria de Trabalho Decente’.” (GUIMARÃES, 2012, p. 9)

Inclusive, um dos objetivos da Agenda 2030, que trata das metas para se alcançar o desenvolvimento sustentável, é a promoção do trabalho decente (ODS 8).

## DOCTRINA

Para tanto, é preciso fortalecer o tripé essencial do Direito do Trabalho, qual seja a negociação, a liberdade sindical e o direito de greve – nesse ponto, destaca-se que a adoção do sistema tripartite é fato que comprova a preocupação da OIT com a liberdade sindical e negociação coletiva.

Sobre os temas, a OIT tem duas importantes Convenções, consideradas fundamentais pela Declaração de Princípios de 1998: a) a Convenção nº 87, que trata da Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização – não ratificada ainda pelo Brasil; e a b) Convenção nº 98, sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, ratificada em 18 de novembro de 1952 pelo Brasil.

E, especialmente sobre a função da OIT em matéria de liberdade sindical, o Comitê de Liberdade Sindical do referido Órgão, no documento que compila diversas decisões do próprio Comitê (OIT, 2018), deixa claro, entre outras funções, que o papel da OIT em matéria de liberdade sindical é contribuir para a aplicação efetiva princípios gerais da liberdade sindical – garantia fundamental para a paz e a justiça social.

Dessa forma, ao cumprir essa tarefa, a OIT não deve hesitar em discutir, em nível internacional, casos cuja internacionalidade seja tal que afetem substancialmente a consecução de suas metas e objetivos, conforme estabelecido na Constituição da Organização, na Declaração da Filadélfia e às diferentes convenções relacionadas à liberdade sindical (Compilação de 2018; compilação de 2006, parágrafo 1; Informe 344º, Caso nº 2460, parágrafo 985; Informe 350º, Caso nº 2547, parágrafo 797; e Informe 353º, Caso nº 1865, parágrafo 748).

Outrossim, nos termos da sua Constituição, a OIT foi criada para melhorar condições de trabalho e promoção da liberdade sindical nos diferentes países. Disso resulta que os assuntos por ela tratados não correspondem mais ao domínio reservado dos Estados e que a sua ação não pode ser considerada uma intervenção nos assuntos internos, uma vez que se enquadra no âmbito do mandato que a OIT recebeu dos seus membros, a fim de alcançar os objetivos que lhe são atribuídos (Compilação de 2018, parágrafo 2º; compilação de 2006, parágrafo 2; Informe 350º, Caso nº 2519, parágrafo 206; e Informe 351º, Caso nº 2591, parágrafo 149).

Igualmente, no parágrafo 4º da compilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical de 2018, fica estabelecida que a existência do Comitê decorre da obrigação de respeitar os princípios fundamentais definidos na Constituição, bem como contribuir para a aplicação efetiva dos princípios relacionados à liberdade de associação. (Ver Informe 343º, Caso nº 2265, parágrafo 1135).

Assim, conforme parágrafo 5º da compilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical de 2018, o objetivo geral do Comitê de Liberdade Sindical não é criticar ou punir alguém, mas estabelecer um diálogo tripartido construtivo, a fim de promover o respeito pelos direitos sindicais de direito e de fato. (Ver Informe 343º, Caso nº 2265, Parágrafo 1135; e Informe 346º, Caso nº 2528, Parágrafo 1432) (tradução livre) (OIT, 2018, p. 2).

### 4 – A atuação do Comitê de Liberdade Sindical

A Convenção nº 87 da OIT sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, como exposto, não foi ratificada pelo Brasil.

Entretanto, não se pode olvidar que a liberdade sindical também está prevista no artigo 22 do Pacto de Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992):

“1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.”

Ademais, mesmo não tendo sido ratificada pelo Brasil, vale lembrar que a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998) determina, no seu artigo 2º, que:

“(…) todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

## DOCTRINA

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.”

Assim, mesmo diante da não ratificação, o Brasil, como Estado-membro da OIT, pode ser demandado no Comitê de Liberdade Sindical, que faz parte do sistema de controle da aplicação das normas internacionais e é o guardião da liberdade sindical e da aplicação das Convenções ns. 87 e 98 da OIT.

O Comitê, criado em novembro de 1951, pelo Conselho de Administração da OIT, é organizado no modelo tripartite e integrado por três representantes dos trabalhadores, três representantes dos empregadores e três representantes dos governos, num total de nove componentes – atualmente, é Presidido pelo Professor Evance Kalula.

O procedimento de queixa no Comitê de Liberdade Sindical deve seguir o previsto no Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação e do Comitê de Liberdade Sindical no exame de queixas de violações do exercício da liberdade sindical, que em seu art. 15 determina: “A competência do Comitê consiste essencialmente em examinar, para formular sua recomendação ao Conselho de Administração, se os casos merecem ser tomados em consideração pelo Conselho de Administração”.

Vale ressaltar que, quando o Diretor da Repartição Internacional do Trabalho (RIT)<sup>3</sup> recebe a queixa, ele faz uma análise prévia acerca dos pressupostos em razão da pessoa e em razão da matéria. Caso inexistentes, o Diretor da RIT pode, sem ouvir o Comitê, informar a circunstância ao querelante. Se preenchidos os pressupostos, o Diretor transmite as alegações ao governo querelado, para que este envie suas observações. Recebidas, ou não, as informações, o Diretor encaminha a denúncia ao Comitê de Liberdade Sindical, que analisará novamente os pressupostos.

Nessa caminhada, o Comitê, após efetuar o exame preliminar, inclusive das observações apresentadas pelos governos, faz saber ao Conselho de Administração, em sua reunião imediatamente seguinte, que um determinado caso não requer exame mais detido, se comprova que os fatos alegados não constituem uma violação do exercício dos direitos sindicais ou que as alegações

---

3 A OIT tem sua estrutura dividida em três órgãos: Conselho de Administração, Repartição Internacional do Trabalho e Conferência ou Assembleia Geral (art. 2º da Constituição da Organização Internacional do Trabalho)

são excessivamente vagas e não permitem, por isso, o exame do mérito, entre outras hipóteses (art. 16 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação e do Comitê de Liberdade Sindical no exame de queixas de violações do exercício da liberdade sindical).

O Comitê pode recomendar também que o Conselho de Administração transmita aos governos interessados as conclusões, convidando-os a tomar as medidas adequadas para as corrigir – nesses casos, o Comitê acrescenta a suas conclusões e convida o governo interessado a informar, dentro de um prazo razoável, o curso que tenha dado às recomendações que lhe tenham sido formuladas (arts. 17 e 18 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação e do Comitê de Liberdade Sindical no exame de queixas de violações do exercício da liberdade sindical).

Vale lembrar que, conforme previsão no art. 19 do Procedimento do Comitê ora comentado, há uma distinção entre os países que ratificaram uma ou várias convenções sobre a liberdade sindical e os que não as tenham ratificado.

No caso das Convenções ratificadas, o exame do andamento dado às recomendações do Conselho compete normalmente à Comissão de Peritos, o que não impede que o Comitê examine algumas recomendações que tiver formulado (art. 20 do Procedimento do Comitê).

No caso das Convenções não ratificadas, o Comitê pode continuar tratando do assunto periodicamente, convidando o Diretor-Geral a chamar a atenção do governo interessado para a questão (art. 21 do Procedimento do Comitê).

Em todo caso, não cabe ao Comitê formular acusações contra governos ou condená-los (art. 23 do Procedimento do Comitê).

Igualmente, o art. 24 do Procedimento do Comitê é expresso no sentido de que as atribuições não consistem em fazer conclusões de caráter geral sobre a situação sindical em determinados países, mas de avaliar o mérito de específicas alegações formuladas.

Ainda, em matéria de competência, sobreleva frisar que a atuação do referido Comitê pode ocorrer quando leis nacionais, incluindo aquelas interpretadas por tribunais superiores, violarem os princípios da liberdade sindical, cabendo, então, ao Comitê examinar, indicar instruções e oferecer assistência técnica da OIT para harmonizar as leis com os princípios da liberdade sindical, nos termos da Constituição da OIT e Convenções aplicáveis (OIT, 2018, p. 8).

Nessas hipóteses, o Comitê solicita alteração da legislação do país em questão, deixando, contudo, a critério do governo as medidas que serão tomadas,

conforme consta na Compilação de decisões (OIT, 2018, p. 8) e de acordo com o Informe 343º, Caso 2265, parágrafo 1136.

Entretanto, esclareça-se, o Comitê não tem competência para interpretar o alcance das normas nacionais – tarefa que corresponde às autoridades nacionais competentes, nos termos do Informe 364º, Caso nº 2891, parágrafo 892; nem tem competência em questões de legislação previdenciária, consoante Informe 364º, Caso nº 2821, parágrafo 388 (OIT, 2018, p. 9 e 10).

Já os casos de ameaças de morte de sindicalistas e roubo a organizações ou sindicalistas fazem parte dos assuntos em que o Comitê tem competência para atuar (Informe 344º, Caso 2495, parágrafo 877; e Informe 346º, Caso 2482, parágrafo 1095), bem como pode atuar nos casos cuja legislação seja usada na prática para interferir nas atividades sindicais (Informe 364º, Caso nº 2890, parágrafo 1053) (OIT, 2018, p. 10).

Assim, conclui-se que, dentro de um sistema de controle, o papel do Comitê de Liberdade Sindical é apontar diretivas, recomendações e ajustes para que os países se adequem às normas da OIT no tocante à liberdade sindical, buscando uma efetividade das referidas normas que regulamentam o mundo do trabalho.

### **5 – Considerações finais**

O texto deixou claro que a liberdade sindical, decorrente do direito humano e fundamental à liberdade, constitui sustentáculo à atuação sindical e à negociação coletiva, pois oportuniza, dentro do livre arbítrio, a constituição de sindicatos, a possibilidade de filiação e a confecção de estatutos sem intervenções estatais.

Nessa perspectiva, a liberdade sindical é um direito que materializa o disposto no art. 1º da Constituição da República de 1988, influenciando, inclusive, nas transformações democráticas e na consecução de direitos sociais, notadamente os direitos estabelecidos no art. 7º da citada Carta Maior.

Portanto, é preciso proteger as organizações contra atos indevidos de ingerência, oriundos do Estado ou dos empregadores, a fim de salvaguardar a livre negociação coletiva, a atuação dos dirigentes sindicais e o direito de greve.

E é isso que faz a OIT por meio do Comitê de Liberdade Sindical, ou seja, busca contribuir para a aplicação efetiva dos princípios relacionados à liberdade de associação, através de um diálogo tripartido construtivo, impelindo, moralmente, o Estado-membro a executar as obrigações que contraiu junto à OIT.

## 6 – Referências bibliográficas

AGÊNCIA SENADO. *CAS voltará a discutir convenção sobre liberdade sindical*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/13/cas-voltara-a-discutir-convencao-sobre-liberdade-sindical>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BOREA ODRÍA, A. Democracia. *Derecho & Sociedad*, n. 18, p. 60-70, 2002. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16916>>.

BRAVO-FERRER, Miguel Rodríguez Piñero y; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en las constituciones latinoamericanas. In: ERMIDA URIARTE, Oscar; OJEDA AVILES, Antonio. *El derecho sindical en America Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.

CESARINO Jr., Antônio Ferreira. *Direito corporativo e direito do trabalho*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, Rodrigo Cristiano. O papel da Organização Internacional do Trabalho na promoção do trabalho decente diálogos com Amartya Sen. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n. 38, 2016, p. 97-108. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18359/prole.1972>>.

CRIVELLI, Ericson. *Democracia sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000.

GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino: Giappichelli, 1995.

GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 1991.

OIT. La libertad sindical. *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. 6. ed. Ginebra: OIT, 2018.

\_\_\_\_\_. *Trabalho decente*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PRADO, Roberto Barretto. *Curso de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1984.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

STÜRMER, Gilberto. Negociação coletiva de trabalho como fundamento da liberdade sindical x poder normativo da Justiça do Trabalho: o modelo brasileiro. *RVM*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 28-43, jan./jun 2013.

Recebido em: 16/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020

# SUJEITOS COLETIVOS DE TRABALHO E O TRABALHO NO SÉCULO XXI: ORGANIZAÇÃO COLETIVA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

## *COLLECTIVE WORK SUBJECTS AND WORK IN THE 21<sup>ST</sup> CENTURY: COLLECTIVE ORGANIZATION OF DIGITAL PLATFORM WORKERS*

Angelo Antonio Cabral\*

Guilherme Lima Juvino de Paula\*\*

**RESUMO:** O constante avanço tecnológico-informacional aliado à intensificação da prestação de serviços por meio de plataformas digitais interfere de maneira substancial nas relações, institutos e os direitos laborais dos trabalhadores, empregadores e entes coletivos trabalhistas. Nesse contexto, este artigo examinou as novas tecnologias empregadas nesta nova forma de organização laboral – alicerce das plataformas digitais –, as formas de organização coletiva dos trabalhadores em face do ordenamento jurídico brasileiro e os desafios dessas organizações diante do cenário de profundas mudanças nas relações laborais causadas por este novo fenômeno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Coletivo do Trabalho. Trabalho em Plataforma Digital. Organizações Coletivas.

**ABSTRACT:** *The constant technological and informational advances combined with the intensification of the provision of services through digital platforms substantially interferes in the relations, institutes and labor rights of workers, employers and collective labor entities. In this context, this article examined the new technologies employed in this new form of labor organization – the foundation of digital platforms –, the forms of collective organization of workers in the face of the Brazilian legal system and the challenges of these organizations in the face of profound changes in labor relations caused by this new phenomenon.*

**KEYWORDS:** *Collective Labor Law. Work on Digital Platform. Collective Organizations.*

---

\* Mestre em Direito do Trabalho pela USP; cursou Especialização em Relaciones Laborales para Expertos Latinoamericanos (Universidad de Castilla-La Mancha), Direitos Fundamentais (Universidade de Coimbra) e Direito do Trabalho (USP); parecerista da Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; advogado e professor.

\*\* Advogado; pós-graduação em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e pós-graduação em Direitos Fundamentais pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae (IGC) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em 2017; graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu.



## Introdução

Neste artigo, busca-se analisar o impacto causado pelo trabalho organizado e prestado por intermédio de plataformas digitais; além disso, busca-se também analisar superficialmente as formas (e os desafios) das organizações coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro em face do trabalho desenvolvido pelos trabalhadores nesse novo contexto socioeconômico. Por outro lado, este artigo também objetiva verificar qual o significado e a substância das mudanças proporcionadas pelo avanço tecnológico nas relações de trabalho, especialmente, aquelas voltadas à organização coletiva dos trabalhadores.

O tema tem sua importância pelo fato de que, no século XXI, o desenvolvimento socioeconômico tem alterado substancialmente as relações entre capital e trabalho, criando, assim, uma nova morfologia do trabalho (ANTUNES; BRAGA, 2009). Além desse fator, percebe-se que certa parcela dos recentes estudos acadêmicos<sup>1</sup>, e parte da jurisprudência nacional<sup>2</sup>, tem-se debruçado sobre o tema em questão com ênfase voltada para discussão acerca da análise dos requisitos do contrato de emprego, para fins de configuração ou não de vínculo empregatício entre essas empresas (denominadas de plataformas digitais) e os trabalhadores que nela (ou por intermédio destas) prestam serviços. Assim, diante da escassez literária e o dissenso jurisprudencial sobre o tema, e, por um enfoque do direito coletivo do trabalho, almeja-se com presente artigo auxiliar o debate sobre o tema – respeitados os limites deste pequeno texto –, como forma de suscitar reflexões a respeito dessa nova realidade social, jurídica e econômica.

Para tanto, o tema proposto neste artigo será analisado em três seções. Na primeira seção, trazemos de maneira sucinta, por meio de revisão bibliográfica,

- 
- 1 Dentre as obras que versam sobre tema e a discussão acerca da formação de vínculo empregatício entre os trabalhadores que prestam serviços em (ou por intermédio de) plataformas digitais se destacam as obras escritas por: BARBOSA Jr., Francisco de Assis. *Gig economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de emprego da nova economia*. São Paulo: LTr, 2019; e LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber*. São Paulo: LTr, 2019.
  - 2 Acerca da discussão (e o dissenso) jurisprudencial sobre da possibilidade de configuração de vínculo de emprego entre trabalhadores e as empresas de plataformas digitais, nesse sentido, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Ação Trabalhista 0011594-77.2017.5.15.0032*, Órgão Julgador: 2ª Vara do Trabalho de Campinas, Juiz Sentenciante: Bruno da Costa Rodrigues, Data de Julgamento: 11.04.2019, Data de Publicação 15.04.2019 [Reconhecimento de vínculo de emprego entre um trabalhador motorista e a plataforma digital Uber]. Em sentido divergente, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Ação Trabalhista 0010947-93.2017.5.15.0093*, 10ª Câmara, Relator: Edison dos Santos Pelegrini, Data de Julgamento: 27.11.2018, Data de Publicação: 29.11.2018 [Decisão proferida em segundo grau de jurisdição não reconhecendo a formação de vínculo de emprego ante a ausência do requisito da subordinação entre as partes].

os conceitos, seus principais aspectos, semelhanças e diferenças dessas novas formas de exploração do trabalho humano. Além disso, serão fornecidos exemplos de organização e atividade de conglomerados empresariais que empregam e fornecem plataformas digitais como exploração da sua atividade econômica.

Na segunda seção, analisa-se a regulamentação das principais formas de organização coletiva laboral de base (sindicatos e associações profissionais) previstas na legislação brasileira e as peculiaridades acerca da formação de organização coletiva no Brasil.

Já na terceira seção, após fixados os conceitos e especificidades sobre os institutos que permeiam o tema (plataformas digitais e organização coletiva trabalhista), passa-se a uma breve análise dos desafios das organizações coletivas.

Ao término, conclui-se pela possibilidade de formação de organizações coletivas dos trabalhadores que prestam serviços em favor de empresas de plataformas digitais à luz das disposições previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

### **1 – O “novo” mercado de trabalho: prestação de serviços por meio de plataformas virtuais**

O desenvolvimento tecnológico digital-informacional, as sucessivas crises do sistema capitalista, desemprego estrutural em escala mundial e o crescente processo de informalidade nas relações de trabalho têm ensejado consideráveis impactos e transformações sociais e, sobretudo, nas relações de trabalho individuais e coletivas.

Além desses fatores, sobrepõe-se também que a utilização de ferramentas tecnológicas vem trazendo novas tendências quanto à forma de consumo de produtos e serviços, aos meios de comunicação e a forma de celebração de negócios que, conseqüentemente, influenciam nas formas de organização e desenvolvimento do trabalho no século XXI.

O uso contínuo da tecnologia em rede é utilizado para fomentar essas novas perspectivas sociais, por meio de um discurso que se sustenta na ideia de maior cooperativismo dos sujeitos individuais, entes privados e os próprios Estados.

É dentro dessa realidade socioeconômica que o trabalho prestado por meio de plataforma digital ganha notoriedade no âmbito jurídico, econômico e social; que, segundo Antônio Carlos Aguiar (2019, p. 37), caracteriza-se:

“(…) por meio do fornecimento de uma plataforma *online* para vendedores exibirem ou comercializarem produtos ou serviços em troca de uma taxa; um percentual que é descontado do valor de cada negócio fechado, referente à intermediação/utilização da plataforma.”

No que concerne à exploração do trabalho, essas plataformas virtuais conseguem sucesso no mercado contemporâneo através da redução de custos em relação à mão de obra, ausência de regulamentação trabalhista (e tributária) e investimento em *marketing*.

E com a implementação, a organização e a exploração laboral a partir do trabalho em plataforma, que surge o *crowdsourcing*, que segundo Mannrich (2017, p. 1.293), citando outros autores:

“(…) equivale ao ato de tomar um trabalho, tradicionalmente desempenhado por um agente determinado (geralmente um trabalhador), e subcontrata-lo a um grupo indefinido e geralmente grande de pessoas, por meio de convocação aberta. Embora classificado como autônomo, o *crowdworker* reúne características de três modalidades atípicas de emprego: o trabalho temporário, a tempo parcial ou por meio de agência. Com a economia *gig*, a oferta e a demanda de atividades laborais unem-se *online*, como lembra Juan Raso.”

Como se observa pela definição acima, percebe-se que o *crowdsourcing* procura fomentar uma “nova” relação entre capital, trabalho e um novo mercado consumidor de bens e serviços.

Nesse sentido, valendo-se da classificação desenvolvida por Adrián Todolí Signes (2017), a presente seção visa discorrer sobre os novos modelos de organização laboral que possuem o emprego de tecnologia informacional no desenvolvimento de suas atividades econômicas. Esses novos modelos de organização são representados pelo nome de *crowdsourcing* (*online*, *offline*, geral e específico)<sup>3</sup>.

O *crowdsourcing* (em português, contribuição colaborativa ou colaboração coletiva), em regra, baseia-se numa relação tripartite, na qual figuram: os solicitantes (também chamados de usuários ou consumidores), os trabalhadores (por vezes, denominados de profissionais ou prestadores de serviços) e uma empresa (geralmente uma aplicação digital para *smartphone* ou uma plataforma *online*, ou seja, um sítio eletrônico) que realiza a intermediação entre os solici-

---

3 Neste artigo, o termo *crowdsourcing* será utilizado como sinônimo das expressões *crowdwork* (em português, trabalho em multidão) e *on-demand economy* (em português, economia sob demanda).

tantes e os trabalhadores de acordo com a demanda formulada pelos primeiros e o interesse e disponibilidade dos segundos (SIGNES, 2017).

Nesse modelo de organização do trabalho, os solicitantes (pessoas físicas ou jurídicas) desempenham o papel de encomendar a prestação de serviço ao grupo de pessoas reunidas e disponíveis na plataforma digital; os trabalhadores, por sua vez, possuem a incumbência de desempenhar os serviços pleiteados pelos solicitantes, sob a supervisão e gerenciamento da empresa; e a plataforma digital, que, mediante a extração de valor pago por parte do usuário pelo serviço realizado pelo trabalhador em favor daquele, possui a função de intermediar os pedidos dos solicitantes e a força de trabalho ofertada por esses trabalhadores (SIGNES, 2017).

Com efeito, a estruturação dessa forma de desenvolvimento empresarial e laboral possibilita que uma ampla gama das atividades exercidas sob o crivo do trabalho subordinado ou terceirizado, e submetido às disposições contidas na legislação trabalhista possa ser transformada em trabalho prestado via *crowdsourcing*. Logo, o desempenho de tarefas voltadas ao transporte de pessoas, entrega de encomendas, os serviços de tradução de documentos, por exemplo, podem ser submetidos a essa forma de prestação de serviços.

Estabelecidos os traços essenciais dessa forma de organização (solicitantes, trabalhadores e plataforma digital) convém destacar que o serviço prestado via *crowdsourcing* pode ser exercido de modo *online* ou *offline*<sup>4</sup>, em caráter geral ou específico.

### 1.1 – *Crowdsourcing online*

O *crowdsourcing online* caracteriza-se pela relação entre usuários que, por intermédio da plataforma virtual, solicitam um serviço de maneira global, e os trabalhadores que também estão conectados nessa mesma plataforma virtual disponibilizam sua força de trabalho para a realização das tarefas solicitadas pelos usuários. Tal mecanismo funciona como um grande processo licitatório virtual, ao qual os trabalhadores de qualquer parte do mundo poderão ofertar sua força de trabalho com vistas a realização das tarefas solicitadas ou disponibilizadas pelos usuários, sempre através da mediação fornecida pela plataforma digital que, por sua vez, extrai um valor dessas operações (SIGNES, 2017).

---

4 Expor tal diferenciação se faz necessário, na medida em que a forma como o trabalho é prestado via *crowdsourcing* impacta diretamente nas discussões relacionadas à forma e a abrangência da organização coletiva dos trabalhadores que prestam serviços por meio de plataformas virtuais.

O maior representante dessa espécie do *crowdsourcing online* (e genérico) é a empresa norte-americana *Amazon Mechanical Turk* (MTurk)<sup>5</sup>, que, segundo sua própria definição essa forma de *crowdsourcing* caracteriza-se em:

“(...) um mercado de *crowdsourcing* que possibilita que indivíduos ou empresas usem inteligência humana para realizar tarefas que computadores não podem fazer atualmente. Como um dos maiores mercados de *crowdsourcing* do mundo, oferecemos acesso a uma força de trabalho escalável e sob demanda. Conectamos *start-ups*, empresas, pesquisadores, artistas, empresas famosas de tecnologia e agências governamentais a indivíduos para resolver problemas com visão computacional, aprendizado de máquina, processamento de linguagem natural e muito mais.” (AMAZON, 2019)

Possuindo milhares de trabalhadores (denominados pela plataforma de *turkers*) cadastrados em seu sítio eletrônico, a Mturk, por meio de uma plataforma digital, disponibiliza um ambiente virtual, ao qual os usuários cadastrados poderão, de qualquer lugar do mundo e a qualquer horário, solicitar inúmeras tarefas de baixa complexidade, microtarefas ou tarefas que mesmo sem maiores complexidades são inexecutáveis por máquinas ou *softwares*, mediante a fixação de um determinado valor e algumas condições para realização do trabalho solicitado pelos usuários (SIGNES, 2017).

Percebe-se que incumbe à Mturk possibilitar a intermediação dos solicitantes ao acesso de uma força de trabalho diversificada, considerando a multidão heterogênea de trabalhadores que oferecem seus serviços de forma contínua, pois o funcionamento da plataforma encontra-se à disposição dos usuários 24 horas por dia, sete dias por semana; e de baixo custo, tendo em vista que o valor da remuneração dos *turkers* fica a critério única e exclusivamente dos solicitantes (SIGNES, 2017; AMAZON, 2019).

Além disso, a *Amazon Mechanical Turk* possui um sistema de avaliação unilateral que consiste em um canal de comunicação dentro da plataforma onde o usuário descreve sua opinião acerca do serviço prestado pelo trabalhador, sendo que, em caso de insatisfação ou rejeição desse serviço, o solicitante poderá deixar de efetuar o pagamento pelo serviço.

---

5 Para obtenção de maiores informações acerca do trabalho prestado pelos *turkers* e a forma de funcionamento da Amazon Mechanical Turk, sob o relato de um ex-colaborador acessar: <<https://digilabour.com.br/2019/06/06/trabalhando-na-amazon-mechanical-turk-entrevista-com-kristy-milland/>>.

Outro traço importante da intermediação oferecida pela Mturk consiste no cancelamento injustificado da conta do trabalhador por iniciativa da plataforma digital (KALIL, 2017).

Assim, constata-se que, pela forma de organização do *crowdsourcing online* – exemplificado pela estrutura e modo de funcionamento da *Amazon Mechanical Turk* –, busca-se evitar o uso de fornecedores tradicionais que, por meio de uma equipe de empregados, poderiam realizar as tarefas solicitadas pelos usuários da plataforma digital, na medida em que as demandas são disponibilizadas a um grande grupo de pessoas inseridas dentro de uma comunidade *online*.

## 1.2 – *Crowdsourcing offline*

Por outro lado, o *crowdsourcing offline*, conservando os traços principais do conceito de *crowdsourcing* (relação triangular entre: trabalhador, usuário e plataforma digital), possui a peculiaridade da restrição geográfica da prestação de serviços, ou seja, a formulação de demandas por parte dos usuários, em virtude dos serviços solicitados, ficará restringida geograficamente a determinado local.

Nessa espécie de prestação de serviços por meio de plataformas digitais, observa-se uma maior incidência da legislação laboral – considerando que a prestação de serviços fica restringida e limitada por um espaço geográfico de uma cidade ou país –, de maneira que se presume com maior incidência eventual formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e a plataforma digital em razão de uma maior interferência do poder diretivo da plataforma digital no trabalho prestado<sup>6</sup>.

Em razão da restrição local da prestação de serviços, essa modalidade *crowdsourcing* possui uma maior limitação no oferecimento global de serviços por meio da plataforma digital, seja ela um sítio na internet ou aplicativo de aparelho celular.

O maior expoente dessa espécie de *crowdsourcing* é a empresa norte-americana Uber.

Segundo Baboin (2017), a Uber estrutura sua operação comercial como uma empresa que, por meio do uso de plataforma digital, conecta passageiros e motoristas cadastrados na plataforma por meio de uma aplicação digital ins-

---

6 Optamos pelo uso do verbo presumir de maneira conjugada, pois, a formação de vínculo de emprego entre a Uber e seus prestadores de serviços deverá ser analisada sempre à luz do caso concreto mediante a interpretação dos arts. 2º e 3º da CLT.

talada em um *smartphone*, pela qual os usuários buscam se conectar com os motoristas disponíveis em determinada circunscrição territorial visando obter o deslocamento de um determinado local para outro, como uma típica atividade de transporte de pessoas.

A aplicação digital oferecida pela Uber possui duas divisões (distintas e complementares), sendo uma destinada aos motoristas e a outra voltada aos usuários. Além dessas características, outros pontos marcantes na intermediação dos serviços fornecidos pela Uber é a possibilidade de exclusão unilateral do cadastro dos trabalhadores, monitoramento eletrônico dos trabalhadores e dos usuários pela plataforma, a majoração ou diminuição do valor dos serviços prestados, o controle de qualidade dos serviços prestados pelos motoristas mediante uma análise feita, *a posteriori*, pelos usuários da plataforma, entre outras (BABOIN, 2017).

Percebe-se nesse modelo de *crowdsourcing* que a limitação geográfica do serviço prestado é o elemento central do desenvolvimento dos serviços prestados pela plataforma digital, de modo que o acesso ao número de usuários é restrito, gerando, assim, uma maior competitividade entre os trabalhadores cadastrados<sup>7</sup> ainda que em número limitado; além do fato de que os trabalhadores também assumirão os riscos da atividade explorada pela plataforma digital.

Dentro de uma análise histórica do Direito do Trabalho, percebe-se que o *crowdsourcing offline* assemelha-se à figura do *locatio operum* prevista no Direito romano, na qual os serviços pactuados entre tomador e prestador possuíam certa prevalência em relação ao resultado do objeto do contrato (obra) (GODINHO, 2005).

### 1.3 – *Crowdsourcing* geral

Diferentemente dos dois modelos organizacionais anteriores, o *crowdsourcing* geral baseia-se também no oferecimento de uma vasta gama de serviços (tradicionais ou não) por meio de aplicativos para aparelho celular ou sítios eletrônicos.

No *crowdsourcing* geral, a plataforma digital, de um lado, funciona como uma espécie de agência de fomento e impulsionamento no oferecimento das inúmeras atividades ofertadas pelos trabalhadores na rede, ao passo que, por

---

7 Em razão da maior competitividade existente entre os trabalhadores das plataformas digitais, pode-se se constatar uma dificuldade na formação de organizações coletivas, pois, o espírito de competição presente (e fomentado) pela plataforma entre esses trabalhadores, a princípio dificulta a formação de uma consciência coletiva com vistas à formação de coletivos, sindicatos ou associações não sindicais.

outro lado, pela ótica dos solicitantes, a plataforma funciona como um catálogo de serviços que poderão ser escolhidos por eles mediante o pagamento de determinado valor extraído pela plataforma virtual, mas nem sempre estabelecido por ela (SIGNES, 2017).

Exercem esse tipo de intermediação, fomento e organização de mão de obra empresas como a *Microtask*<sup>8</sup>, *Clickwork*<sup>9</sup>, *Task Rabbit*<sup>10</sup>, *Field Agent* e *Amazon Mechanical Turk*.

Assim como no *crowdsourcing online*, no *crowdsourcing* genérico, o enquadramento dos trabalhadores da plataforma como empregados é de remota configuração, pois, nesse modelo de organização laboral, a ingerência da plataforma virtual é de baixa incidência, haja vista que seu funcionamento se trata de uma espécie de agência de trabalho para fornecimento de mão de obra a terceiros (SIGNES, 2017).

#### 1.4 – *Crowdsourcing* específico

Por último, destacamos o *crowdsourcing* específico. Essa espécie do *crowdsourcing* caracteriza-se pela concentração da exploração de determinada atividade econômica pela plataforma digital (SIGNES, 2017). Nesse caso, a plataforma digital logo após seu estabelecimento no mercado econômico operará pela exploração de uma determinada atividade econômica, por vezes, já estabelecida na economia formal.

São exemplos dessa forma de *crowdsourcing* as plataformas digitais que exercem as atividades de transportes de passageiros (Uber, Cabify), serviços de entregas (Rappi e Uber Eats), limpeza de domicílios (Helpling), fornecimento de guias turísticos (Sandeman) entre outros; ou seja, por meio de um recorte de mercado, o *crowdsourcing* específico, determinadas empresas simultaneamente concorrem como outras empresas já estabelecidas ou trabalhadores autônomos (como no caso nos taxistas, por exemplo) já inseridos dentro da economia de determinado país ou região.

---

8 A *Microtask* é uma empresa finlandesa que fornece a distribuição global de tarefas de curta duração para trabalhadores *on-line* por meio de uma plataforma virtual de *crowdsourcing*.

9 Essa plataforma virtual tem como sua atividade central a aproximação entre usuários que buscam uma solução individual e personalizada para o seu projeto de acordo com suas especificações e demandas, e, de outro, trabalhadores dispostos a realizar os trabalhos os colocamos em nossa plataforma de pedidos.

10 O *TaskRabbit* por meio de um sítio eletrônico e aplicativo para smartphone que realiza a intermediação de usuários com pessoas que estejam em sua vizinhança visando expor pequenos trabalhos ou atividades e solicitar pessoas que executem essas tarefas dentro de sua vizinhança.



Assim, esse modelo de *crowdsourcing* possui uma forte similaridade com a exploração da atividade econômica por empresas convencionais, ou seja, aquelas que possuem em um determinado estabelecimento para consecução dos seus objetivos empresariais e que possuem um quadro efetivo de funcionários regidos pelas regras do direito individual do trabalho do local da prestação de serviços; mas, diferentemente dessas empresas, as plataformas digitais de *crowdsourcing* específico têm como elemento principal na exploração de sua atividade econômica o emprego de tecnologia informacional.

Em razão da exploração de atividades econômicas já tradicionais no mercado, o *crowdsourcing* específico tem como traço marcante o rigor no controle de qualidade na prestação de serviços pelos trabalhadores, tendo em vista a necessidade constante da preservação da imagem da empresa perante seus usuários (SIGNES, 2017).

## 2 – Sujeitos coletivos no direito laboral brasileiro

Da leitura do texto constitucional (BRASIL, 1988) constata-se que os trabalhadores podem se organizar, em primeiro grau, por meio de sindicatos (art. 8º, *caput*, da Constituição) ou associações profissionais (art. 5º, XVII, VIII, XXI; e 8º, *caput*, da Constituição).

À luz do disposto na Constituição, podem-se classificar os sujeitos coletivos de trabalho em: organizações coletivas sindicais e organizações coletivas não sindicais, sendo que dentro dessa classificação, os sindicatos figuram como representantes do primeiro grupo, e as associações profissionais como figurantes do segundo grupo.

Estabelecido o posicionamento dos sujeitos coletivos laborais no texto constitucional, bem como esclarecida a classificação das organizações coletivas de base, passa-se a tratar as principais questões sobre tais entidades.

O primeiro sujeito coletivo de trabalho a ser tratado são os sindicatos, que, de acordo com a definição<sup>11</sup> proposta por Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 14), pode ser conceituado como “órgãos de primeiro grau, criados pelos próprios interessados, com prerrogativas de representar a categoria, de negociar convenções coletivas, de instaurar dissídios coletivos e de autorizar greves”.

Ademais, sobre a natureza jurídica e outras características do ente coletivo em análise, explica o referido autor que

---

11 A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não estabelece um conceito legal de sindicato, ficando, assim, a encargo da doutrina estabelecer tal conceito.

## DOCTRINA

“A característica principal do sindicato é ser uma organização de um grupo existente na sociedade. Essa organização reúne pessoas físicas, trabalhadores, mas pode reunir também pessoas jurídicas, as empresas, uma vez que estas se associam em sindicatos também, os sindicatos de empregadores. As pessoas que se associam o fazem não para fins indiscriminados, mas como sujeitos das relações coletivas de trabalho.” (NASCIMENTO, 1992. v. I. p. 130)

Da definição acima se pode extrair que os sindicatos possuem autonomia coletiva<sup>12</sup> em relação ao Estado, haja vista que tal organização é criada sob o manto das regras de direito privado.

Isso importa dizer que tais entidades têm o direito de elaborar seus próprios estatutos, bem como são dotados de ampla capacidade de representação dos trabalhadores e formulação de convenções coletivas de trabalho; e têm a faculdade de possibilidade do exercício do direito de greve por parte dos seus integrantes.

Além dos sindicatos, a legislação brasileira prevê que os trabalhadores poderão se organizar coletivamente por meio de associações profissionais (não sindicais).

Em período anterior à promulgação da Constituição de 1988, a criação do sindicato dependia da prévia fundação de uma associação profissional não sindical, e somente após um determinado período e a critério do Ministro do Trabalho e Emprego convertia-se em entidade sindical, ou seja, havia uma espécie de rito de passagem para a criação de uma entidade sindical de base. Com a Constituição de 1988, a lei não pode exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato<sup>13</sup>.

O art. 53 do Código Civil traz a definição legal de associações por meio do seguinte conceito: “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”.

Por sua vez, o art. 511 da Consolidação das Leis do trabalho dispõe que:

---

12 A Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho disciplinou o princípio da liberdade sindical em 1948 nos seguintes termos: “os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas”.

13 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;”

“Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas.”

Partindo da conjugação dos conceitos previstos na lei, José Afonso da Silva (2005, p. 57) define os limites de atuação das associações coletivas trabalhistas não sindicais para “fins de estudo, defesa e coordenação dos interesses econômicos e profissionais de seus associados”.

Portanto, as associações profissionais (coletivas) não sindicais possuem a finalidade precípua de defender direitos, interesses e prerrogativas apenas de seus associados nos termos das disposições contidas em seu estatuto.

Atualmente, o direito brasileiro não veda a coexistência de sindicato e associação para fins de representação do mesmo grupo de trabalhadores; todavia, a entidade sindical possui as prerrogativas decorrentes da representação da categoria conferidas nos termos do art. 513 da CLT.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2008), ao fazer distinção entre associação profissional e sindicato, leciona que a associação profissional não é órgão sindical, não representa a categoria, mas apenas os associados, não tem legitimidade para validamente assinar acordos e convenções coletivas de trabalho, pois apenas os sindicatos é que têm essa faculdade, não elege e nem designa representante para a categoria, uma vez que não é sua função essa representação, mas apenas a dos associados, e mesmo quanto a estes, excluídos os atos que são atribuições da entidade sindical, podem colaborar com o Estado, mas não na qualidade de voz oficial da categoria, pois esta é do sindicato, e não tem poderes para impor contribuição sindical, porque somente os sindicatos os possuem.

Assentados os conceitos, as previsões normativas, âmbito de atuação e as peculiaridades das organizações coletivas trabalhistas de base (sindicatos e associações), bem como as semelhanças e diferenças entre os entes coletivos de trabalho, passa-se a uma análise de quais são os desafios dessas organizações frente a inovações tecnológicas atualizadas na construção de uma forma de prestação de serviços.

### **3 – Os desafios das organizações coletivas trabalhistas na era do trabalho digital**

Superada a análise acerca das formas de prestação de serviços por meio de plataformas digitais e os modelos de organizações coletivas trabalhistas

(sindicatos e associações profissionais não sindicais), o presente artigo passará a elencar as experiências de entes coletivos no âmbito internacional e nacional, e examinará os desafios das organizações laborais frente a essa forma de exploração da atividade econômica.

Cumprido estabelecer que os desafios a serem enfrentados pelas entidades coletivas laborais não se tratam de uma situação “nova”, pois, desde o advento da primeira revolução industrial, os trabalhadores receosos com o impacto dos avanços tecnológicos no trabalho já demonstravam preocupação com o futuro do trabalho (MORALES *apud* MARQUES; BERUTI; FARIA, 1995, p. 48-49).

Dentro do cenário de avanço tecnológico sem efetivo enquadramento específico do trabalho prestado por meio de plataforma digital à luz da legislação<sup>14</sup>, observam-se no âmbito internacional algumas formações de coletivos de trabalhadores, que prestam serviços por meio de plataformas digitais, com o objetivo de garantir direitos previstos na legislação laboral já existente (salário mínimo, por exemplo) ou direitos não previstos nas normas trabalhistas (seguro contra acidentes de trabalho pago pela empresa gestora da plataforma virtual).

Na Inglaterra, um grupo de trabalhadores da empresa *Deliveroo*<sup>15</sup> iniciou um movimento de greve em cerca de 16 cidades mais importantes do Reino Unido. A pauta de reivindicações tinha como ponto central a redução no valor da remuneração dos trabalhadores realizada pela empresa e a alteração do regime de mapeamento de zonas de trabalho – que causa impacto na forma de remuneração dos trabalhadores (NOTES FROM BELOW, 2019).

Em resposta ao movimento grevista iniciado pelos trabalhadores organizados, a *Deliveroo* promoveu um aumento salarial temporário nas áreas afetadas, e ofertou a criação de uma linha de discussões de questões trabalhistas pela via individual (ou seja, sem negociações coletivas com o coletivo de trabalhadores) acerca dos problemas que os trabalhadores enfrentam (NOTES FROM BELOW, 2019).

O exemplo inglês destaca-se pelo fato da existência de coordenação das atividades grevistas dos trabalhadores da *Deliveroo*, por parte de uma entidade sindical já existente (IWGB – *Independent Workers Union of Great Britain*) de maneira que houve uma coexistência de uma nova forma de paralisação de trabalhadores (realizada na forma de desligamento do aplicativo da empresa),

---

14 Atualmente, a única iniciativa legislativa, em trâmite no congresso nacional brasileiro, que versa sobre a regulamentação específica do trabalho prestado por meio de plataforma é o Projeto de Lei nº 6.015/2019, de autoria do Deputado Federal Mário Heringer.

15 Trata-se de uma empresa de entrega de refeições *online* com operação comercial no Reino Unido, Holanda, França, Bélgica, Irlanda, Espanha, Itália, Austrália, Cingapura, etc.

mas sob a estrutura de organização coletiva pré-estabelecida (sindicato) (NOTES FROM BELOW, 2019).

Já no Japão, um grupo formado por 17 trabalhadores da empresa Uber Eats se reuniu para a criação de um sindicato que tem como principal pauta a busca por maior segurança e estabilidade dos trabalhadores que prestam serviços em favor da empresa. Em contrapartida à formação do sindicato, a Uber Eats se comprometeu a fornecer para os trabalhadores japoneses um seguro na hipótese de ocorrência de acidente de trabalho (STARTSE, 2019).

De acordo com os exemplos mencionados, percebe-se o surgimento de uma consciência coletiva entre os trabalhadores que prestam serviços por meio (ou em) plataformas digitais no exterior expressas, por meio da criação de associações e sindicatos.

No Brasil, de forma paulatina e mais incipiente também pode-se constatar o surgimento de entes coletivos de trabalho criados com a finalidade de organizar os trabalhadores das plataformas digitais.

No Estado de São Paulo, a AMASP – Associação de Motoristas de Aplicativos de São Paulo foi criada com o intuito de reunir os motoristas que prestam serviços por meio de aplicativos de transporte de passageiros (Uber, Cabify, 99), para auxiliá-los com serviços de orientação e consultoria às questões relacionadas (ou não) ao trabalho prestado junto às plataformas digitais (PIMENTA; PIMENTA, 2017).

Em Goiás, um grupo de motoristas do aplicativo Uber criou a Associação dos Profissionais de Transporte Individual Remunerado de Passageiros do Estado de Goiás (APTIGO). A organização coletiva foi criada com o objetivo de influenciar no processo de regulamentação do serviço de transporte por aplicativo junto à prefeitura da capital do estado (PIMENTA; PIMENTA, 2017).

Assim como no exemplo inglês mencionado anteriormente, no caso brasileiro, a criação da associação de motoristas teve apoio de uma entidade sindical já estabelecida, a central sindical UGT (União Geral dos Trabalhadores) (PIMENTA; PIMENTA, 2017).

Além de São Paulo e Goiás, outras cidades e estados brasileiros também possuem iniciativas semelhantes de organização coletiva dos trabalhadores submetidos a essa espécie de trabalho<sup>16</sup>.

---

16 Entre outras iniciativas de organização coletiva de trabalhadores de plataformas digitais no Brasil, destacam-se: SINDMAAP – Sindicato dos Motoristas Autônomos de Transportes Privado Individual por Aplicativos em Brasília/DF e o SIMACTTER – Sindicato dos Motoristas de Aplicativos, Condutores de Cooperativas e Trabalhadores Terceirizados em Geral no estado da Bahia.

Quer seja no âmbito internacional, quer seja no âmbito nacional, pelos exemplos mencionados, pode-se constatar o surgimento de entes coletivos de trabalho criados com o objetivo de obtenção de direitos trabalhistas, já fixados na legislação ou de outra natureza, ou com a finalidade de exercer influência política no processo legislativo de regulamentação da plataforma digital à qual prestam serviços.

Entretanto, apesar dos avanços dos entes coletivos no tocante à sua organização, cumpre salientar que a criação dessas organizações está sujeita ao enfrentamento de algumas dificuldades, quer seja no campo legal, no momento de sua formação, em razão das peculiaridades do sistema sindical brasileiro que obedece ao princípio da unicidade sindical em face da forma de distribuição geográfica desses trabalhadores, quer seja no campo da organização prática, na medida em que o trabalho prestado por meio de plataforma não possui um local físico de concentração dos trabalhadores para realização do trabalho.

Dessa forma, apesar das dificuldades de criação, fomento e incentivo à associação – assim entendida como sindicalização ou ingresso e participação em associação profissional não sindical – e as próprias dificuldades inerentes à forma de prestação de serviços em plataforma digital, a formação desses grupos laborais aparece como uma alternativa de acesso aos direitos previstos na legislação trabalhista nacional e internacional ou poderá servir como uma forma de expressão política para o impulsionamento de iniciativas legislativas ou particulares que visem promover direitos específicos desses grupos.

#### **4 – Considerações finais**

As formas de organização coletivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro possuem natureza complexa em face das formas de estruturação e exploração do trabalho humano prestado por meio de plataformas digitais. O surgimento e expansão (nacional e internacional) de entes coletivos laborais é muito importante, na medida em que em virtude da ausência de regulamentação específica ou enquadramento legal do trabalho prestado por meio de plataformas digitais faz-se necessária a criação de entidades que tutelem os interesses dos trabalhadores submetidos a esse modelo de prestação de serviços. Contudo, as barreiras estabelecidas na legislação brasileira para criação de entidades de representação dos trabalhadores, e as próprias dificuldades evidenciadas aos entes coletivos laborais para sua organização que melhor tutelem seus interesses são grandes.

## DOCTRINA

Todavia, mesmo dentro desse cenário, o Direito Coletivo do Trabalho apresenta uma perspectiva interessante com vistas à garantia da proteção social aos trabalhadores prevista no ordenamento juslaboral. Trata-se, pois, de uma opção alternativa e viável para fins de compreensão das alterações nas relações laborais provocadas por essa nova morfologia do trabalho, e da capacidade do Direito do Trabalho – sobretudo, o direito individual laboral – de assimilar essas transformações.

O estímulo da criação e fomento de sindicatos e associações profissionais não sindicais pode permitir que as peculiaridades contidas no trabalho prestado em plataforma (representado neste artigo pelo *crowdsourcing*) sejam contempladas satisfatoriamente. Cumpre salientar que a relação bilateral entre empresas e entidades representantes dos trabalhadores nos fornece os subsídios para compreender como a atual relação entre capital e trabalho se coloca como um desafio de grandes proporções, mas que poderá ser compreendida e superada por meio da conciliação de interesses dos sujeitos envolvidos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o direito coletivo do trabalho, expresso nos sujeitos coletivos, se presta como meio da reflexão e crítica de uma nova realidade jurídica, política, econômica e social e que pode contribuir para formulação de respostas a esse novo processo de organização do capital. Nesse contexto, o desenvolvimento de respostas jurídicas vê-se profundamente desafiado, reclamando as obrigações estatais esculpadas no art. 170, *caput*, da Constituição no que concerne ao desenvolvimento de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

### Referências bibliográficas

- AGUIAR, Antonio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.
- AMAZON JOBS. *Amazon Mechanical Turk*. Disponível em: <<https://www.amazon.jobs/pt/teams/mechanical-turk>>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 83, n. 1, p. 330-362, jan./mar. 2017.
- BARBOSA Jr., Francisco de Assis. *Gig economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de emprego da nova economia*. São Paulo: LTr, 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 3 dez. 2019.



## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 3 dez. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2005.

KALIL, Renan Bernardi. Direito do trabalho e economia de compartilhamento: primeiras considerações. In: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber*. São Paulo: LTr, 2019.

MANNRICH, Nelson. Futuro do trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, 2017, p. 1.293, nov. 2017.

MARQUES, Adhemar; BERUTI, Flávio; FARIA, Ricardo. *Os caminhos do homem*. São Paulo: [s.e], 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários às leis trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. I.

\_\_\_\_\_. *Direito sindical*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. (in memoriam); NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NOTES FROM BELOW. *Deliveroo workers launch new strike wave*. Disponível em: <<https://notesfrombelow.org/article/deliveroo-workers-launch-new-strike-wave>>. Acesso em: 28 set. 2019.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; PIMENTA, Roberto de Castro. Mecanismos processuais de proteção à atuação dos trabalhadores da Uber. In: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.

SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: *on-demand economy, crowd-sourcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STARTSE. *No Japão, entregadores do Uber Eats formam primeiro sindicato da classe*. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/nova-economia/69879/no-japao-entregadores-do-uber-eats-formam-primeiro-sindicato-da-classe>>. Acesso em 15 out. 2019.

Recebido em: 18/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020



# VERDE E AMARELO O CONTRATO, VERMELHO O SANGUE: OS POSSÍVEIS IMPACTOS SOCIAIS E AS INCONSTITUCIONALIDADES DA MP 905/2019

## *GREEN AND YELLOW THE CONTRACT, RED THE BLOOD: POSSIBLE SOCIAL IMPACTS AND UNCONSTITUTIONALITIES OF MP 905/2019*

**Bruna da Penha de Mendonça Coelho\***

**Jéssica Lima Brasil Carmo\*\***

**Ana Beatriz Bueno de Jesus\*\*\***

RESUMO: Partindo da compreensão de que a chamada reforma trabalhista brasileira não se reduziu a um ato normativo estanque, o artigo se pauta na premissa de que as recentes medidas provisórias em matéria trabalhista guardam profunda linha de continuidade com o processo de austeridade caracterizado pelo avanço desenfreado do capital sobre o trabalho no Brasil contemporâneo. Para tanto, a pesquisa confere especial atenção à MP nº 905/2019, propondo em uma análise sociológica e jurídica crítica a respeito de seus possíveis impactos sociais e de suas inconstitucionalidades.

PALAVRAS-CHAVE: MP nº 905/2019. Impactos Sociais. Inconstitucionalidades.

*ABSTRACT: Considering that the so called “Brazilian labor reform” does not reduce itself to only one normative act, this article is guided by the premise that the recent labor legislative acts made by the President in labor subjects are connected with the austerity process characterized by the breakthrough of the capital over the workers in Brasil nowadays. To do so, this research focus on the MP no. 905/2019, proposing a sociological analysis and judicial critic to its possible social impacts and unconstitutionallities.*

KEYWORDS: MP no. 905/2019. Social Impacts. Unconstitutionallities.

---

\* *Mestra em direito pelo PPGD/UERJ e graduada em Direito pela UERJ; doutoranda em Direito no PPGD/UERJ e em Sociologia no Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP).*

\*\* *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.*

\*\*\* *Mestranda em Direito pela UFRJ e em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UERJ; pós-graduanda em Direito Processual e do Trabalho pela CBEPJUR; graduada em Direito pela UFRJ; integrante dos Grupos de Pesquisa: Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT e Trabalho no Século XXI (UFRJ).*

## Introdução

O fenômeno da globalização é marcado pela predominância de uma ideologia neoliberal e, portanto, pró-capital, com discursos contrários à existência dos direitos trabalhistas, objetivando-se obter uma crescente flexibilização e desregulamentação estatal. Tal cenário é próprio de momentos de crise econômica, em que se busca culpabilizar o Direito do Trabalho<sup>1</sup>, ocorrendo uma verdadeira erosão de direitos, com a adoção de medidas de austeridade.

Observa-se, por exemplo, o contrato britânico denominado *zero hour contract*, em que não há a previsão de horas a serem trabalhadas ou direitos assegurados<sup>2</sup>, bem como os jovens decasséguis no Japão, que migram em busca de trabalho nas cidades e dormem em cápsulas de vidro<sup>3</sup>.

Nesse contexto, insere-se a Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil, que obteve seu ápice com a Lei nº 13.467/2017. Nela, verificamos uma gama de novidades e modificações legislativas, com a alteração de mais de cem artigos na CLT. Com a Reforma, foi criada a figura do trabalhador “hipersuficiente” no art. 444, parágrafo único, da CLT; houve a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial, no art. 855-D da CLT; foi instaurado o “negociado sobre o legislado”, nos arts. 611-A e 611-B da CLT; houve o fim da ultratividade dos acordos e convenções coletivas, no art. 614 da CLT; a possibilidade de terceirizar a atividade-fim, no art. 4-A da Lei nº 6.019/74, entre outras novidades e alterações.

Essa Reforma demonstra não ter atingido seu fim em 2017, como será observado, alastrando-se com mais alterações na legislação trabalhista. A Lei nº 13.844/2019 extinguiu o Ministério do Trabalho e de Emprego, posteriormente, a Lei nº 13.874/2019 – apelidada de “lei da liberdade econômica” – trouxe diversos preceitos em prol da liberdade de iniciativa e econômica e, por fim, a MP nº 905/2019 instituiu o “contrato de trabalho verde e amarelo”, com mais alterações na CLT.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é compreender as alterações introduzidas pela MP nº 905/2019 e, especificamente, observar suas inconstitucionalidades e seus possíveis impactos sociais. Para a abordagem dessa pesquisa, realizaremos revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos. Em um primeiro momento, o artigo trata sobre o contexto histórico e sociológico de aprovação da MP nº 905/2019, posteriormente, aborda as principais modificações dela decorrentes na CLT, e, por fim, realiza uma análise das inconstitucionalidades dessa medida.

1 LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Coimbra: Almedina, 2011.

2 ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 28.

3 *Ibidem*, p. 34.

## 1 – Contexto histórico

Não são raras as referências à Lei nº 13.467/2017 como sinônimo de reforma trabalhista brasileira. De fato, constituiu-se no diploma legal que impactou de forma mais profunda, aguda e temerária nosso arcabouço jurídico trabalhista e, conseqüentemente, as relações laborais nacionais por ele regidas. Mas talvez, e sem prejuízo dessa constatação, seja mais interessante compreender a chamada reforma trabalhista como um processo que se prolonga no tempo e que não se restringe, portanto, a uma lei estanque.

Enquanto processo, é possível afirmar que suas bases estavam fincadas muito antes de 2017<sup>4</sup>, e que o movimento de austeridade em matéria trabalhista tampouco se esgotou naquele ano. A precarização do trabalho é intrínseca e estrutural ao funcionamento do modo de produção capitalista, agravando-se em um cenário de desregulamentação das relações laborais pautado pela difusão hegemônica do regime de acumulação neoliberal<sup>5</sup>. A peculiaridade dos países de capitalismo dependente é que o efeito danoso que recai sobre a classe trabalhadora se perfaz de forma ainda mais profunda e devastadora, tendo em vista as raízes históricas marcadas pela escravidão e pela exploração imperialista<sup>6</sup>.

Caracterizada, assim, como processo de agudização das contradições do conflito capital-trabalho, e passados mais de dois anos de vigência da Lei nº 13.467/2017, a chamada reforma trabalhista brasileira se encontra em plena expansão. Não é à toa que o capital, para manter em curso sua marcha de autovalorização, segue sem prescindir da violência jurídica que chancela o recrudescimento da exploração do trabalho. E essa violência se manifesta sob as mais distintas formas, com especial atenção, para os fins do estudo aqui proposto, às reiteradas medidas provisórias editadas em matéria trabalhista.

Como recorte metodológico, o artigo se centra em uma análise jurídica e sociológica da Medida Provisória nº 905, de novembro de 2019, que se propõe a instituir o chamado Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, bem como a promover outras alterações na legislação trabalhista. Antes de adentrar de forma mais pormenorizada nas mudanças normativas projetadas pela Medida Provisória, vale a pena introduzir breve debate sociológico sobre as finalidades e os possíveis impactos sociais de sua edição.

---

4 Basta lembrar, a título de ilustração, que a Lei nº 13.429/2017, que já anunciava o que viria pela frente em julho daquele ano, resultou do PL nº 4.302/98.

5 Cf., dentre outros: HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1992.

6 Cf., dentre outros: SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

## DOCTRINA

A criação de uma figura contratual trabalhista que rompe com o princípio da continuidade da relação de emprego, e que o faz sem qualquer conexão com eventuais especificidades da prestação dos serviços em si, já causa estranheza por si só. Logo de início, o art. 1º da Medida Provisória nº 905 enuncia que essa nova modalidade de contratação se destina “à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social”.

Ocorre que a estranheza teórica não é nenhum espanto político, sobretudo se tomados em conta os dados da PNAD Contínua (outubro de 2019) a respeito da distribuição das taxas de desocupação entre as faixas etárias no país. No terceiro semestre de 2019, o índice de desemprego entre jovens de dezoito a vinte e quatro anos foi de 25,7%, percentual que supera em muito a taxa de 11,8% relativa à média de desocupação da população em geral. Trata-se, portanto, da faixa etária em maior vulnerabilidade – e, conseqüentemente, mais suscetível a condições degradantes de trabalho<sup>7</sup>.

A propósito, a promessa de geração de novos postos de trabalho, a partir de medidas de austeridade, é tão velha quanto insubsistente. Não foi outra a lógica que permeou o discurso legitimador das investidas predatórias de 2017<sup>8</sup> (sem que tal promessa tenha até agora se concretizado) e que segue pautando a falaciosa narrativa de que a criação de empregos demanda a supressão de garantias laborais. No estudo *Labour Market Reforms since the Crisis: Drivers and Consequences*<sup>9</sup>, publicado em outubro de 2015, Dragos Adascalitei e Clemente Pignatti Morano concluíram, a partir da análise de processos de reforma trabalhista ao redor do mundo após a crise de 2008, que essas medidas de austeridade tendem, em verdade, a gerar um impacto negativo nos níveis de emprego nos anos que se seguem<sup>10</sup>.

---

7 IBGE, PNAD Contínua, 3º trimestre de 2019. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

8 Cf. SILVA, Sandro Pereira. A estratégia argumentativa da reforma trabalhista no Brasil à luz de dados internacionais. *Política em Foco*, abr. 2018. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8390/1/bmt\\_64\\_estrat%c3%a9gia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8390/1/bmt_64_estrat%c3%a9gia.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

9 Cf. ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente Pignatti. Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences. *International Labour Office*, out. 2015. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_414588.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_414588.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

10 Vale ressaltar também que sequer é possível considerar nossa legislação rígida *a priori* sem se proceder a uma análise sobre o nível de descumprimento de suas disposições pelo patronato nacional. Para uma análise sociológica sobre o tema, cf. CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

## DOCTRINA

Esses indicativos nos levam à hipótese de que a inserção no mercado de trabalho pela precariedade, pela supressão de garantias trabalhistas (a título de exemplo, a Medida Provisória implica limitação de verbas rescisórias) e pela intensa rotatividade da mão de obra se explica, em larga medida, pela necessidade do modo de produção vigente de controlar a força de trabalho e de irresponsabilizar o capital pela força de trabalho por ele usurpada.

A constituição de contratos precários e fadados à negativa de continuidade não só não resolve o problema do desemprego, como reforça a subutilização da força de trabalho. Isso não significa que o trabalho humano esteja perdendo centralidade como chave de compreensão sociológica da realidade hodierna, mas justamente o contrário: o controle da dinâmica entre emprego e desemprego de força de trabalho é uma das ferramentas pela qual o capital se reproduz e contorna suas crises.

O fenômeno de controle da massa de desempregados pode ser compreendido, em termos sociológicos, como manutenção de um exército industrial de reserva apto a ensejar o rebaixamento do padrão remuneratório e das condições laborais em geral, bem como a intensa ingerência sobre os níveis de necessidade de inserção no mercado de trabalho sob as mais precárias circunstâncias. Afinal, a acumulação capitalista “produz constantemente, e na proporção de sua energia e seu volume, uma população trabalhadora adicional relativamente excedente, isto é, excessiva para as necessidades médias de valorização do capital e, portanto, supérflua”<sup>11</sup>.

Embora ainda não haja tempo hábil para a categorização de dados estatísticos provenientes dos efeitos desse diploma normativo, dada sua edição extremamente recente, parece bastante plausível afirmar que o incentivo à contratação precária de jovens tende a operar, no médio prazo, a retração dos contratos de trabalho a prazo indeterminado e a renegação da força de trabalho da população situada na faixa acima dos 30 anos.

Para finalizar essa abordagem sociológica inicial, fica uma breve nota a respeito da função discursivo-ideológica da expressão “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”. Note-se que, ao se falar em ideologia aqui, não se pressupõe uma espécie de alegoria fantasmagórica, mas, ao revés, um conjunto de práticas<sup>12</sup> reais que, inseridas na materialidade da realidade social, forjam determinadas formas de se conceber o mundo e suas relações.

---

11 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013. p. 857.

12 Cf., dentre outros: ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980. p. 84.

A identificação da peculiar relação de trabalho se perfaz pela nomenclatura alusiva às cores da bandeira do Brasil. Trata-se da recobrada discursiva da antiga narrativa hegemônica de que não há alternativa para o desenvolvimento socioeconômico do país que não seja a partir da supressão de garantias sociais. Esse discurso tende a ser apresentado como unívoco, sobretudo, para fins de legitimação de investidas de austeridade. Isto é, mina-se qualquer possibilidade de crítica e de contestação da justificativa oficial para se adotar a medida, uma vez que sua implementação é dada como necessária, natural e intrinsecamente alinhada com o que se poderia entender como “interesse nacional”. As cores da bandeira são tomadas enquanto essências que simbolizam, de uma perspectiva unidirecional, um conceito de nação que é suprimido das disputas materiais históricas e, assim, naturalizado. E naturalizada a desigualdade social que se vela por detrás dessas disputas, abre-se caminho para a chancela submissa de seus pressupostos. Daí a necessidade da reflexão crítica proposta neste trabalho.

## 2 – Principais novidades e alterações na CLT

A MP nº 905/2019 trouxe diversas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como instituiu novidades legislativas, sendo objeto de análise do presente artigo as propostas mais impactantes sob o viés da principiologia basilar trabalhista, para a posterior análise de suas inconstitucionalidades.

Em um primeiro momento, em seu art. 1º, é criado o “contrato de trabalho verde e amarelo”, para “as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social”<sup>13</sup>, pontuando em seu parágrafo único que não considera como vínculo de emprego o menor aprendiz, o contrato de experiência, o trabalho intermitente e o trabalho avulso, tendo o prazo máximo de vinte e quatro meses, de acordo com o art. 5º, sendo que se ultrapassando esse prazo o contrato será indeterminado, regendo-se pela CLT. Seu art. 3º deixa claro que os trabalhadores contratados nessa nova modalidade deverão ter o salário-base mensal de até um salário-mínimo e meio nacional.

Apesar de colocar em seu art. 4º que assegurará os direitos previstos na Constituição Federal, uma primeira reflexão que se pode fazer é com relação ao próprio direito à igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, tendo em

---

13 BRASIL. Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de novembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm)> Acesso em: 30 dez. 2019.

vista que há um estímulo na contratação de jovens, em detrimento de pessoas a partir de 30 anos de idade.

Dentre as especificidades dessa nova modalidade, pode-se destacar: a redução do depósito do FGTS para 2% do valor da remuneração, conforme seu art. 7º; a não aplicação da multa prevista no art. 479 da CLT, qual seja: o empregado, em caso de trabalho por prazo determinado, recebe, como indenização, metade da remuneração que lhe seria devida até o final do contrato, aplicando-se a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, prevista no art. 481 da CLT (art. 11 da MP nº 905/2019); adicional de periculosidade de, no mínimo, 50% sobre o salário-base do empregado (art. 15, § 4º, da MP nº 905/2019), mas somente no caso de exposição permanente, não possibilitando tal adicional para a exposição intermitente, em desconformidade com a Súmula nº 364, I, do TST.

A referida Medida Provisória reduz o depósito do FGTS devido ao empregado de 8 para 2% da remuneração e aumenta o adicional de periculosidade para, no mínimo, 50% sobre o salário-base – na CLT é de 30% sobre o salário-base, conforme o seu art. 193, § 1º. Essa majoração do adicional de periculosidade foi objeto de proposta de emenda à MP pelo deputado federal Beto Rosado, para “não haver discriminação entre trabalhadores submetidos às mesmas condições, o que configura inconstitucionalidade, nos termos do art. 5º da Constituição Federal”<sup>14</sup>. Essa justificativa para a emenda é contraditória, afinal, o objetivo da própria lei é discriminar alguns trabalhadores em razão de seu salário e da sua idade, bem como reduzir o depósito do FGTS na nova modalidade de contrato de trabalho estipulada. Esse pensamento de retirada de direitos dos trabalhadores, com contratos de trabalho cada vez mais enxutos, é próprio da ideologia neoliberal de dominação.

Ainda, na justificativa da referida emenda o deputado coloca que essa MP permite “em alguns aspectos, tratamento diferenciado e, em princípio, menos custoso para a empresa”<sup>15</sup>, mostrando o ideal protetivo pró-empregador da referida MP, em contradição com o princípio-basilar do Direito do Trabalho: o da proteção da parte hipossuficiente na relação trabalhista, o empregado.

A MP alterou, ainda, os arts. 47, 47-A, 51 e 55 da CLT, que traziam multas para o empregador que não efetuasse o registro do empregado devidamente, falsificasse ou extraviasse a CTPS, passando a serem regidas pelo art. 634-A, II, da CLT, incluído por essa Medida Provisória, estipulando multa de R\$

---

14 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda nº 267 para a MP nº 905/2019*. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8041137&disposition=inline>> Acesso em: 30 dez. 2019.

15 *Ibidem*.



## DOCTRINA

1.000,00 a R\$ 2.000,00 para as infrações de natureza leve; de R\$ 2.000,00 a R\$ 4.000,00, para as infrações de natureza média; de R\$ 3.000,00 a R\$ 8.000,00, para as infrações de natureza grave; e de R\$ 4.000,00 a R\$ 10.000,00, para as infrações de natureza gravíssima<sup>16</sup>.

Além disso, foi autorizado o trabalho nos domingos e feriados, independentemente de autorização da autoridade competente em matéria de trabalho, com o pagamento em dobro, exceto se o empregador determinar outro dia de folga compensatória, alterando os arts. 67, 68, 70 e 156 da CLT.

Houve, ainda, modificação da jornada de trabalho dos bancários, que tinham jornada fixa de seis horas diárias, sem a possibilidade de trabalhar no sábado. A MP nº 905/2019 alterou o art. 224, *caput*, da CLT e inseriu o § 3º no art. 224, permitindo o trabalho dos bancários aos sábados e estipulando que a jornada de seis horas diárias seja apenas para caixas, podendo ser pactuada uma jornada superior, por acordo individual escrito ou negociação coletiva, o que mostra a continuação do “negociado sobre o legislado” (arts. 611-A e 611-B da CLT) e a autonomia individual de vontade, presentes na Reforma Trabalhista iniciada em 2017.

Outra alteração, que merece ser destacada, é com relação à atuação do Ministério Público do Trabalho, alterando os arts. 627-A e 628-B da CLT, e a inclusão do art. 627-B, que tendem a gerar o enfraquecimento de sua atuação.

O MPT, ao verificar a existência de lesões ou ameaças de lesão, pode firmar TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), entendido como um mecanismo extrajudicial, através do qual o infrator da lei se compromete a se ajustar aos comandos legais, como um título executivo extrajudicial, conforme o art. 876 da CLT.

Em caso de descumprimento do TAC, o membro do MPT com atribuição para fiscalizar o seu cumprimento promoverá, dentro de 60 dias, ou assim que possível, em caso de urgência, a execução judicial do respectivo título executivo extrajudicial. Se o compromissário justificar satisfatoriamente o descumprimento ou reafirmar sua disposição para o cumprimento, o órgão ministerial poderá decidir de imediato ajuizamento da execução, pela repactuação ou pelo acompanhamento das providências adotadas pelo compromissário até o efetivo cumprimento do TAC, sem prejuízo da possibilidade de execução da multa quando cabível e necessário, conforme o art. 92 da Resolução nº 166 do MPT.

---

16 BRASIL. Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de novembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm)> Acesso em: 30 dez. 2019.



Nota-se que não havia limites para a multa em caso de descumprimento do TAC ou valores pré-ajustados, bem como não havia estipulação de prazo máximo de vigência do TAC. Assim, havia discricionariedade para o MPT, dentro de suas atribuições, avaliar o caso concreto e determinar a multa cabível em caso de descumprimento, bem como o tempo duração do TAC.

No entanto, a MP nº 905/2019 limita o valor da multa em, no máximo, 100 mil reais, com uma escala quantificadora, dependendo se a infração é leve, média, grave ou gravíssima, em seu art. 634-A, *caput*, I, e coloca o prazo máximo de vigência do TAC em dois anos, prorrogável por mais dois anos (art. 627-A, § 1º, da CLT, incluído pela MP nº 905/2019).

A partir dessas compreensões iniciais, passar-se-á para uma análise pormenorizada das inconstitucionalidades da MP nº 905/2019.

### 3 – Das inconstitucionalidades

#### 3.1 – Das inconstitucionalidades formais

Como mencionado, a Medida Provisória nº 905 altera diversas normas da legislação trabalhista e previdenciária, tudo sob o argumento de estímulo à geração de empregos e superação da crise econômica. Considerando o grande impacto sobre essas relações, questiona-se a constitucionalidade dessa Medida Provisória como a espécie legislativa adequada a extenso rol de modificações e se tais previsões normativas são compatíveis com o Estado Democrático de Direito e a Carta Democrática de 1988.

Medida provisória é a espécie legislativa de titularidade do Presidente da República que, diante dos casos de urgência e relevância, elabora atos normativos primários<sup>17</sup> que passam a vigorar com força de lei tão logo publicados (art. 62 da CRFB/88). Assim, são pressupostos formais a edição pelo Presidente da República e a imediata submissão ao Congresso Nacional, e pressupostos circunstanciais a urgência e a relevância, cumulativamente<sup>18</sup>.

Urgência e relevância são consideradas conceitos jurídicos indeterminados, que admitem solução única para cada caso concreto<sup>19</sup>. A definição do seu

---

17 Cf. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 875.

18 Cf. CLEVÊ, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 166.

19 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da ADI 6.265*. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5818351>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

cabimento perpassa pela consideração de que a conjuntura configura estado de necessidade a justificar a adoção de medida imediata. Nesse aspecto, vale destacar manifestação do Ministro Celso de Mello (na ADI-MC 293, DJ 16.04.93)<sup>20</sup>:

“O que justifica a edição de medidas provisórias, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a exigência de um estado de necessidade que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legislação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da medida legislativa.”

No caso, a urgência na edição de novas normas trabalhistas e previdenciárias, com a retirada de direitos, é questionável. Passados dois anos de uma reformulação de grande impacto nas normas trabalhistas (Lei nº 13.467/2017), além de outras na sequência, não se pode concluir que novas regras sobre direito do trabalho pudessem ser tão urgentes.

Ademais, o argumento de criação de empregos já é utilizado como justificação para a edição de atos legislativos mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017<sup>21</sup>. Importante registrar que a diminuição do desemprego perpassa por diversos fatores, como o aquecimento da economia e do consumo, não tendo a precarização de direitos esse mérito. Inexiste, dessa forma, novidade no cenário econômico e social do país a caracterizar a urgência na alteração de cento e setenta e cinco dispositivos da CLT.

O requisito da “relevância”, como consta do *caput* do art. 62 da CRFB/88 se equipararia à ideia do *fumus boni iuris*, a indicar o aspecto positivo da mudança e a satisfação de interesses públicos fundamentais<sup>22</sup> – afastados aqui os interesses públicos secundários, como indicativos de políticas baseadas em ideologias políticas temporárias.

Dessa forma, o trâmite legislativo das Medidas Provisórias só pode ser concebido diante de alterações pontuais na legislação. A promoção de nova

20 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Liminar na ADI 293*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de abril de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

21 Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público sobre o Projeto de Lei nº 4.302-D/1998*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161207002160000.PDF#page=577>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

22 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da ADI 6.265*. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5818351>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

regulamentação do trabalho dos jovens, além de outros pontos indicados acima, extrapola o estado de necessidade a justificar a MP nº 905/2019.

Modificações de grande impacto demandam o debate legislativo, a realização de audiências públicas, a manifestação de autoridades e especialistas no assunto. Impor novas regras sem o devido amadurecimento jurídico, social, legislativo e econômico, representa riscos à democracia, à regularidade do processo legislativo e ao princípio da separação de poderes (pela desvirtuação do caráter excepcional da Medida Provisória como espécie legislativa).

Além do cumprimento dos requisitos de urgência e relevância, as Medidas Provisórias não podem regulamentar questões que se refiram à organização do Ministério Público (inciso 62, § 1º, I, c, da CRFB/88). Trata-se de barreira constitucional que visa garantir estabilidade entre essas instituições e seus agentes políticos.

Contrariamente a esses preceitos, a atuação finalística extrajudicial do Ministério Público do Trabalho foi atingida pelas novas regras para celebração do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) e para os casos de fixação e destinação das multas aplicadas pelo *Parquet* trabalhista.

As novas normas sobre TAC, fixação e destinação de multa prejudicando a autonomia e independência do Ministério Público do Trabalho, esvaziando os preceitos constitucionais que o colocam como agente indispensável à administração Justiça e responsável pela tutela de direitos coletivos e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB/88).

Ainda, o art. 113 do ADCT<sup>23</sup> estabelece como regra que as propostas legislativas que representem renúncia de receita devem ser acompanhadas de estimativa de impacto e das suas consequências. Trata-se de requisito formal dessas propostas de alteração legislativa que, conseqüentemente, também se impõe às medidas provisórias com essa temática. Tal pressuposto formal não foi respeitado no caso, especialmente no que diz respeito à previsão do art. 9º, incisos I, II e III, da MP, que institui a isenção de recolhimentos previdenciários para as contratações sob esse formato de “Contrato Verde e Amarelo”.

Reconhecidas as inconstitucionalidades formais pelos motivos indicados, a Medida Provisória em comento não deve produzir efeitos, devendo estes serem expurgados das relações jurídicas trabalhistas e previdenciárias.

---

23 Nesse aspecto, dispõe o art. 113 que: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

### 3.2 – Das inconstitucionalidades materiais

Além das inconstitucionalidades formais, que tornam as normas em comento ineficazes, deve-se observar o desrespeito aos demais preceitos constitucionais, além dos princípios que regem a hermenêutica constitucional como a máxima efetividade da Constituição Federal e a unidade da Constituição.

Inicialmente, verifica-se que o primeiro objetivo da Medida Provisória da Carteira Verde e Amarela é promover maior empregabilidade de jovens entre dezoito e vinte e nove anos. A tentativa de estímulo à contratação de trabalhadores nessa faixa etária viola diretamente a norma do art. 7º da CRFB/88, que veda a estipulação de critérios de contratação com base na faixa etária (inciso XXX).

Ainda que os jovens nessa faixa etária padeçam de relações de trabalho precárias (estágio, aprendizagem, trabalhos temporários, *trainees*, etc.) e de maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho<sup>24</sup>, há que se observar que não é a única camada da sociedade nessa situação. Outros trabalhadores, como idosos, deficientes e negros também padecem de problemas sociais semelhantes.

Então, a instituição de normas diferentes apenas para esse grupo de trabalhadores não se justifica, uma vez que outros também estão em situação de vulnerabilidade. Não bastasse a falta de incentivo de contratação para outros trabalhadores, a promoção de normas que garantem economia empresarial com encargos (pela redução de parcelas a título de FGTS e recolhimentos previdenciários) acaba por instituir prioridades de contratação – em prejuízo dos demais trabalhadores desempregados. Há, portanto, violação da isonomia como princípio constitucional (arts. 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, da CRFB/88).

Ademais, ao se verificar os direitos regulamentados para a contratação de jovens nessa modalidade, constata-se a positivação da precariedade no labor – diferenciando-se esses jovens dos demais empregados pela redução de direitos. Assim, a redução do valor de FGTS a ser depositado (art. 7º da MP nº 905), a limitação do salário dos empregados nessa sistemática, tudo leva a concluir que a política pública instituída não é de promoção de emprego e de inserção do jovem no mercado de trabalho, mas de fragilização de parcela da sociedade já despida de oportunidades. Mais uma vez, há violação do princípio constitucional da isonomia (arts. 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, da CRFB/88).

As inconstitucionalidades acima se somam ao fato de a Medida Provisória permitir a contratação de trabalhadores sob essa modalidade para fins de

24 Cf. IBGE, PNAD Contínua, 3º trimestre de 2019. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

substituição de trabalhadores, como dispõe o art. 5º, § 1º, da MP. Não se trata, portanto, de medida de empregabilidade de jovens, mas política de precarização das relações de trabalho – permitida a substituição de trabalhadores contratados na forma da CLT, com direitos garantidos, por empregados com direitos reduzidos e menos custosos para as empresas. A proposta do Poder Executivo contraria a previsão constitucional de proteção dos trabalhadores contra dispensa arbitrária e sem justa causa (art. 7º, inciso I, da CRFB/88).

No que diz respeito à flexibilização da jornada de trabalho dos jovens, a Medida Provisória prevê a possibilidade de fixação de banco de horas individual, de compensação individual de horas e horas extras habituais (majorada a jornada de trabalho para até 10 horas por dia) – art. 8º e parágrafos da Medida Provisória do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo. Também há estímulo ao labor aos domingos e feriados, com nova flexibilização de jornada e desconsideração da regra do descanso semanal remunerado aos domingos.

Vale destacar que a flexibilização admitida pela Constituição de 1988 se limita aos horários de trabalho, à redução da jornada ou sistema de revezamento (art. 7º, inciso XIII e XIV, da CRFB/88) e, excepcionalmente, o trabalho em sobrejornada – garantido o pagamento de horas extras, acrescido de adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, inciso XVI, da CRFB/88). Ademais, a própria Constituição Federal estabelece a negociação coletiva como requisito à flexibilização da jornada e como meio de neutralizar o desequilíbrio de poder tão característico das relações de trabalho.

Dessarte, a instituição de banco de horas e de trabalho em sobrejornada habitual é exceção não admitida pelo constituinte originário. Ainda que essas formas de intensificação do labor tenham sido naturalizadas pela jurisprudência (como na Súmula nº 85 do c. TST) e pela prática trabalhista, não foi essa a intenção da Carta Democrática de 1988.

Ademais, admitir o labor em sobrejornada contradiz a proposta enunciada pela MP, de promoção de empregos, uma vez que as horas extras habituais inibem a contratação de outros trabalhadores, sobrecarregando o empregado contratado e promovendo maior enriquecimento empresarial. A norma do art. 8º, por todo o exposto, contradiz os preceitos constitucionais (art. 7º, incisos XIII, XIV e XVI) e, portanto, padece do vício de inconstitucionalidade material.

Quanto à alteração na sistemática do seguro-desemprego (art. 43 da MP), a Medida Provisória prevê a alteração da Lei nº 7.998/90 para admitir a tributação do valor assistencial pago aos trabalhadores em situação de vulnerabilidade. Trata-se de política pública não razoável, que pune os trabalhadores sem renda

e em situação de precariedade, com subversão de toda a teia constitucional e infraconstitucional de solidariedade, seguridade e assistência social (arts. 3º, inciso I, e 194, parágrafo único e incisos III e IV, da CRFB/88).

Nesse aspecto, compensou-se a isenção de contribuição previdenciária patronal para as contratações do “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo” com a imposição de ônus financeiro aos desempregados, em evidente desmonte da justiça distributiva brasileira.

Por fim, a constitucionalidade das normas instituídas pela MP nº 905 foi questionada no e. STF por meio de quatro ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs 6.261, 6.265, 6.267 e 6.285) que aguardam julgamento. A Medida Provisória nº 905 também já foi objeto de mais de 1.930 emendas<sup>25</sup> parlamentares e o seu prazo de vigência está suspenso devido ao recesso parlamentar.

#### 4 – Considerações finais

Tendo em vista o aporte teórico e empírico apresentado ao longo do artigo, a alegoria do título se justifica pela constatação de que o ônus histórico da austeridade e do chamado “progresso” sempre recai sobre os ombros da classe trabalhadora. Se tal já é a tônica da autovalorização do capital em si, essa dinâmica se evidencia ainda mais fortemente quando lançamos o olhar para a expansão geográfica desigual do capitalismo pelo globo e, conseqüentemente, para as particularidades históricas que pautam a constituição social das relações de trabalho nacionais.

É por isso que, enquanto dinâmica que não se reduz a um momento estanque, o movimento de supressão de garantias sociais conhecido como Reforma Trabalhista brasileira não se encerrou em 2017, fazendo-se sentir cada vez mais, sobretudo, com reiteradas edições de medidas provisórias em matéria laboral. Além da supressão dos objetos da regulamentação normativa do debate popular prévio, as MPs, pelo seu teor, tendem a recrudescer a precarização das relações laborais no país.

No artigo, tratamos especificamente da MP nº 905/2019, que, dentre outras alterações, se propôs a instituir o chamado Contrato de Trabalho Verde e Amarelo. Os dados empíricos dão conta de que a faixa etária visada pela MP se alinha, não coincidentemente, com a população mais vulnerabilizada em termos de desemprego. O controle do exército industrial de reserva para o contínuo

---

25 AGUIAR, Adriana. Contrato verde e amarelo é contestado no STF. *Valor Econômico*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/01/08/contrato-verde-amarelo-e-contestado-no-stf.ghtml>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

rebaixamento das condições de trabalho, bem como a constante tentativa de descontinuidade dos contratos laborais, são estratégias historicamente utilizadas pelo capital para se irresponsabilizar pela força de trabalho por ele usurpada.

Nesse sentido, buscou-se elencar as novidades e as modificações promovidas por essa MP, para uma maior compreensão do seu conteúdo, pontuando-se a redução do depósito do FGTS para 2% do valor da remuneração e o adicional de periculosidade de, no mínimo, 50% sobre o salário-base, no caso dos trabalhadores contratados na nova modalidade de contrato “verde e amarelo”; a alteração das multas para o empregador que não efetuasse o registro do empregado devidamente, falsificasse ou extraviasse a CTPS, passando a serem regidas pelo art. 634-A, II, da CLT, incluído por essa MP; a autorização do trabalho aos domingos e feriados, independentemente de autorização da autoridade competente em matéria de trabalho; a modificação da jornada dos bancários e a possibilidade de laborarem aos sábados, bem como as alterações na atuação do MPT.

No que diz respeito à constitucionalidade da Medida Provisória nº 905/2019, foram indicadas possíveis inobservâncias a preceitos da Constituição Federal de 1988, tanto sobre o aspecto formal quanto no aspecto material.

Considerando que o trâmite legislativo da referida MP já aponta diversas emendas parlamentares e que parte da sociedade civil e da comunidade jurídica se insurgiu contra a constitucionalidade das novas normas, espera-se que os resultados da análise de constitucionalidade destas privilegiem o respeito à dignidade do trabalhador, ao valor social e ao primado do trabalho. Do contrário, como justificar o verde (esperança) e amarelo (riquezas)? Ou melhor, a quem se destinam as expectativas sociais de esperança e de riqueza em um cenário de superexploração da classe trabalhadora?

### Referências bibliográficas

ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente Pignatti. Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences. *International Labour Office*, out. 2015. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms\\_414588.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_414588.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

AGUIAR, Adriana. Contrato verde e amarelo é contestado no STF. *Valor Econômico*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/01/08/contrato-verde-amarelo-e-contestado-no-stf.ghtml>>. Acesso em: 8 jan. 2020.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.



## DOCTRINA

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público sobre o Projeto de Lei nº 4.302-D/1998*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161207002160000.PDF#page=577>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Proposta de Emenda nº 267 para a MP nº 905/2019*. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8041137&disposition=inline>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 de novembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Liminar na ADI 293*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de abril de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Petição Inicial da ADI 6.265*. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=5818351>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CLEVÈ, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

COELHO, Gabriela. *PDT pede que STF anule medida provisória que muda regras trabalhistas*. Nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/pdt-stf-anule-mp-muda-regras-trabalhistas>>. Acesso em: 7 jan. 2020.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1992.

IBGE. *PNAD Contínua*, 3º trimestre de 2019. Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/07182068b89dcffa9ffde7c6aa5c18ff.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do trabalho e ideologia*. Coimbra: Almedina, 2011.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Sandro Pereira. A estratégia argumentativa da reforma trabalhista no Brasil à luz de dados internacionais. *Política em Foco*, abr. 2018. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8390/1/bmt\\_64\\_estrat%c3%a9gia.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8390/1/bmt_64_estrat%c3%a9gia.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

Recebido em: 10/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020



# ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO TRABALHO DOS MOTORISTAS DE APLICATIVO

## *FACTICAL-LEGAL ELEMENTS OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE WORK OF APPLICATION DRIVERS*

Raimundo Dias de Oliveira Neto\*

RESUMO: Busca-se refletir no presente texto sobre a natureza jurídica da relação de trabalho havida entre as empresas de aplicativos de transportes e os motoristas, objetivando demonstrar a presença dos elementos fático-jurídicos do vínculo empregatício previstos nos arts. 3º e 6º da CLT. Parte-se do pressuposto do enquadramento dessas empresas também como prestadoras de serviços de transporte e destaca a subordinação-controle, ou disruptiva, assim como a “ajenidad” como elementos identificadores da relação empregatícia, ao lado da personalidade, não eventualidade e onerosidade.

PALAVRAS-CHAVE: *Uberização* e Emprego. Motorista por Aplicativo.

*ABSTRACT: It aims to reflect in the present text about the legal nature of employment relationship between transport application companies and drivers, aiming to demonstrate the presence of the factual and juridical elements of the employment bond provided in the articles 3 and 6 from the CLT. It is based on the assumption of the framing of these companies also as providers of transportation services and highlighting the subordination-control, or disruptive like the “ajenidad” as identifying elements of the employment relationship alongside personality, non-eventuality and cost.*

KEYWORDS: *Uberization and Employment. Drivers by Apps.*

### 1 – Introdução

O mundo do trabalho vem passando por mudanças profundas desde a transição do fordismo ao toyotismo, entre 1970 e 2000, e deste aos processos de trabalho a partir das novas tecnologias da informática, acentuadas na segunda década deste século com o surgimento do fenômeno a que se convencionou chamar de “*uberização*” das relações de trabalho. Em decorrência, o emprego estável encontra-se em crise<sup>1</sup>, estando em alta os postulados do neoliberalismo, com flexibilização de normas de proteção ao trabalho, etc., implicando tudo isto na redução ou eliminação de direitos sociais.

\* *Juiz do trabalho do TRT-7/CE; pós-graduado em Direito do Consumidor pela UNIFOR e em Direito e Processo do Trabalho pela UNICHRISTUS; mestrando em Filosofia na Universidade Vale do Acaraú-UVA/CE, com pesquisa na linha de Ontologia do Trabalho.*

1 Acerca deste tema destaca-se a lição de: ANTUNES. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 256.

A empresa Uber, com sede na Holanda, empresta seu nome ao fenômeno por se tratar do arquétipo desse atual modelo, firmado na tentativa de *autonomização* dos contratos de trabalho com motoristas a partir da utilização de inovações tecnológicas, com uso de aplicativo para *tablets* ou *smartphones*, a exemplo do que ocorre também nas plataformas Cabify, 99Pop, Easy Taxi, Lady Drive, etc. Milhões de pessoas no Brasil e no mundo trabalham para estas empresas, para quem os trabalhadores são considerados autônomos, sem nenhum vínculo trabalhista.

Mostra-se pertinente a reflexão sobre a relação de trabalho estabelecida na uberização, levando em conta que os trabalhadores que prestam serviços nesta modalidade têm pleiteado, no Brasil e pelo mundo, a sua inclusão no sistema jurídico protetivo das relações de trabalho, no que se inclui a luta pelo reconhecimento do vínculo de emprego, exigindo dos operadores do direito um olhar atento à nova realidade que se impõe no mundo do trabalho.

Objetiva-se aqui analisar se no trabalho dos motoristas de transporte de passageiros feito com o auxílio de aplicativos estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, tradicionalmente indicados no comando do art. 3º da CLT. O primeiro desafio, entretanto, é saber se esse tipo de empresa é apenas de fomento de tecnologia ou se também se caracteriza como prestadora de serviços de transporte de passageiros, e é o que se verá inicialmente como pressuposto para analisar se estão presentes nessa relação de trabalho os elementos fático-jurídicos próprios do vínculo empregatício.

### **2 – Empresas de tecnologia e transporte – uberização do trabalho**

Necessário analisar quais são os fins da empresa. A tese principal dessas companhias, a exemplo da Uber, é de que são empresas de tecnologia e não de transportes. Alegam que não contratam os motoristas, mas estes é que as contratam para utilizarem o aplicativo com o fim de prestarem o serviço de transporte aos *usuários*. Argumentam que conectam as pessoas por meio de um aplicativo que viabiliza o serviço de transporte por motoristas autônomos que seriam, na verdade, os clientes diretos das empresas. Os motoristas seriam “parceiros comerciais” e os usuários do transporte seriam “clientes” dos motoristas. Alegam que o contrato firmado com os motoristas é natureza jurídica comercial e não trabalhista, e que os trabalhadores têm ampla *liberdade* no exercício do trabalho, uma vez que usam veículo de sua propriedade, fazem seus próprios horários, podem trabalhar para várias empresas ao mesmo tempo, etc.

A questão pode ser esclarecida pela invocação do princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual “em caso de discordância entre

o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (PLÁ RODRIGUEZ). A análise do modo de como o serviço é prestado indica que a realidade é bem diversa daquela gizada pelas empresas, uma vez que estas realizam verdadeiro controle sobre o trabalho e os trabalhadores em atividade que não é somente de tecnologia, mas também de transporte de passageiros. É preciso refletir sobre quais seriam os limites da alegada liberdade de trabalho e se ela é real ou aparente, implicando dominação e exploração do trabalhador e controle sobre o modo como este exerce o seu labor.

Pesam contra o posicionamento das empresas alguns fatores importantes na dinâmica da prestação de serviços: a) o motorista precisa se cadastrar junto à plataforma, de forma pessoal e individual, em alguns casos de forma presencial, apresentando documentos, inclusive de que não têm antecedentes criminais; b) as empresas estabelecem o padrão dos veículos a serem utilizados, recomendando ainda modos de tratamento aos usuários e tipo de vestimentas para os motoristas; c) as empresas fazem propaganda ostensiva (*outdoors*, internet, etc.) para incentivar motoristas a se cadastrarem, prometendo renda fácil aos trabalhadores; d) não é o motorista quem define o preço do serviço, mas a própria empresa dona do aplicativo, sugerindo preços dinâmicos aos usuários, de forma que o motorista não tem autonomia para estabelecer o preço pelo serviço prestado; e) são as empresas que estabelecem a rota a ser cumprida para levar o passageiro ao seu destino; f) o pagamento é feito pelo usuário do transporte por cartão de crédito diretamente à empresa, e quando feito em dinheiro ao motorista o percentual da empresa é descontado do repasse ao trabalhador referente aos valores cobrados por cartão de crédito; g) as empresas fazem propaganda do serviço enviando mensagens aos usuários concedendo promoções e descontos sobre o preço do serviço realizado pelos motoristas; h) as empresas registram reclamações dos usuários por meio do aplicativo quanto à qualidade dos serviços dos motoristas, aplicando sanções disciplinares no caso de comportamentos que considerem inadequados; i) algumas empresas, a exemplo da Uber, passaram a contratar seguro para cobrir danos causados aos passageiros em acidentes de trânsito, etc.

Os fatores acima apontados denunciam que essas empresas prestam verdadeiro serviço de transporte à população. O usuário não é cliente do motorista, mas da empresa. Não é o motorista quem oferece o serviço, mas a empresa dona do aplicativo. O motorista, portanto, não é cliente da empresa do aplicativo de transporte, mas prestador de serviços desta na qualidade de trabalhador/operário e não de parceiro comercial, sendo certo que a parceria mercantil, regulada pelas normas do direito civil ou comercial, pressupõe total

independência entre as partes na condução do negócio com o fim de obtenção de lucro comum.

Não há, portanto, nessa modalidade de trabalho no sistema da *uberização*, que se falar em parceria mercantil entre uma parte que fornece ferramenta tecnológica (empresa do aplicativo) e outra que fornece o serviço do transporte (motorista). Realidade diversa seria se a empresa se limitasse a fornecer o aplicativo aos motoristas e estes pagassem de forma periódica pelo uso da referida ferramenta tecnológica, mas não é o que acontece na prática, ficando evidente que essas empresas de plataformas digitais também têm como finalidade real o transporte do passageiro, sendo este o seu verdadeiro cliente, captado pela oferta do serviço por meio do aplicativo, recebendo a empresa em seu favor o valor pelo serviço prestado, utilizando os motoristas na atividade-fim sem oferecer-lhes contraprestação justa pelo trabalho realizado.

Assim é que, não obstante conste no cadastro nacional de pessoa jurídica e no contrato social que essas empresas exploram plataforma tecnológica, não é essa a conclusão a que se chega ao se examinar, de forma acurada, a dinâmica dos serviços prestados aos usuários do transporte individual. O Código Civil brasileiro regulamenta o contrato de transporte de passageiros nos arts. 730 a 742. O art. 730 dispõe que: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. O transporte de passageiros é, portanto, um serviço de utilidade pública e está disponível aos consumidores. Note-se que esse é exatamente o contrato firmado entre o usuário e a empresa quando uma viagem é solicitada no aplicativo. São as empresas donas dos aplicativos que definem o preço a ser cobrado e escolhem unilateralmente o condutor responsável e o veículo a ser utilizado, sendo, por conseguinte, a fornecedora do serviço de transporte.

Caso o serviço de transporte de passageiro fosse prestado exclusivamente pelo motorista, os clientes, ou usuários, pagariam o valor do serviço diretamente ao motorista, inclusive por meio de cartão de crédito. Se a Uber, por exemplo, fosse uma mera empresa de fomento de tecnologia, caberia ao motorista fazer o pagamento à empresa pelo uso do aplicativo, numa espécie de aluguel ou cessão de uso. O que ocorre, entretanto, é que essas empresas prestam o serviço de transporte de passageiro aos clientes, recebem o pagamento destes e estabelecem um repasse ao motorista, a título de pagamento pelo serviço prestado.

Não há dúvidas de que, ainda que essas empresas atuem também no desenvolvimento de tecnologias como meio de operacionalização de seu negócio (aplicativo digital), essa condição não afasta o fato de ser ela também uma empresa de transporte. A Uber, por exemplo, na modalidade atual, não existiria sem os

motoristas na ponta do processo de prestação de serviços. Motorista e passageiro são elementos indispensáveis à realização do fim a que a empresa se propõe, pois é esta quem cadastra o motorista, fornece o aplicativo, capta o cliente, define a rota, estabelece preços dinâmicos, concede promoções aos usuários, recebe os valores pelo pagamento dos serviços, registra reclamações dos usuários e é quem paga aos motoristas o percentual unilateral e previamente estabelecido.

O usuário do transporte não é cliente do motorista, mas da empresa. Não é o motorista quem oferece o serviço, mas a empresa. O motorista, portanto, não é cliente da empresa do aplicativo de transporte, mas prestador de serviços desta, na qualidade de trabalhador. Essa tem sido a conclusão a que chegaram inúmeros estudos recentemente publicados<sup>2</sup>.

A Uber, por exemplo, já vem sendo condenada entre nós, no Juízo cível, a indenizar usuários por danos causados aos passageiros, reconhecendo que há verdadeira relação de consumo entre a empresa e os usuários diretos dos serviços de transporte<sup>3</sup>. Não é sem razão que referida empresa passou a contratar seguro para cobrir danos de acidentes de trânsito, assumindo, explicitamente, os riscos do empreendimento pelo transporte de passageiros, em cumprimento ao disposto no art. 734 do Código Civil, contrato de transporte de passageiro: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. A empresa até já anuncia a contratação deste tipo de seguro em seu *site* oficial<sup>4</sup>.

O direito comparado tem reconhecido que a Uber se caracteriza como empresa de serviço de transporte de passageiros, a exemplo de decisões prolatadas nos Estados Unidos e na Inglaterra<sup>5</sup>.

Tudo, portanto, leva à conclusão de que esse tipo de empresa presta serviços de transporte, cujos clientes são os usuários e beneficiários diretos dos serviços. O motorista não é cliente da empresa, mas prestador de serviços, na qualidade de trabalhador, cuja natureza jurídica do vínculo será analisada no tópico a seguir.

---

2 Vide as lições de: FAUSTO GAIA. *Uberização do trabalho*. São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 217. Igualmente, CHAVES Jr., J. E. R. O trabalho de motoristas de aplicativos pode ser enquadrado como contrato de trabalho intermitente? In: CALCINI; MENDONÇA. *Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 106-108).

3 Processo 0801635-32.2016.8.10.0013 tramitado no 8º Juizado Especial Cível e das Relações de Consumo de São Luís/MA.

4 “Seguro em todas as viagens com uma apólice de seguros da Chubb, a Uber protege você em todas as suas viagens. A cobertura inclui despesas médicas hospitalares em caso de acidente, ou, em um caso mais grave, cobertura de invalidez permanente, entre outras coberturas, que garantem sua proteção.” (Disponível em: <<https://www.uber.com/br/pt-br/safety/>>. Acesso em: 14 out. 2019).

5 Vide GAIA, *op. cit.*, p. 249, 253-255.

### 3 – Elementos fático-jurídicos da relação de emprego

A pergunta fundamental diz respeito a saber se a análise do modo como os motoristas executam o seu labor por meio do aplicativo de transporte de passageiros da Uber e empresas semelhantes, bem como da forma como são arrematados e controlados no trabalho, leva ao convencimento de que esses trabalhadores sejam de fato empregados, nos termos preconizados na CLT. O estudo tem como pressupostos de análise o princípio da primazia da realidade; os direitos fundamentais de cunho social, previstos na CF/88; assim como o enfoque especial às novas dinâmicas do trabalho desempenhado a partir das *tecnologias disruptivas*, rompendo com o matiz tradicional na tipificação da relação de emprego. Ressalta-se, ainda, o entendimento de que, enquanto não houver legislação específica regulamentando esse tipo de trabalho, devem-se aplicar as normas da CLT para dirimir os litígios acerca da existência, ou não, do vínculo de emprego entre os motoristas e as empresas titulares dos aplicativos de transporte, notadamente os comandos expressos nos arts. 2º, 3º e 6º da CLT.

Como se sabe, os quatro elementos fático-jurídicos exigidos no *caput* do art. 3º da CLT para a configuração da relação de emprego são: *pessoalidade*, *não eventualidade*, *subordinação* e *onerosidade*. Ao elemento da “subordinação”, destacam-se as novas reflexões doutrinárias acerca da “subordinação-controle”, ou “subordinação disruptiva”, com base no art. 6º da CLT. A estes elementos tradicionais, nesta nova realidade do trabalho exercido por meio de aplicativo de transporte de passageiros, acrescenta-se um quinto elemento como critério de análise, o que a doutrina pátria, bebendo na fonte do direito comparado, vem consagrando como *alienidade* (ou *alheabilidade*).

#### 3.1 – Pessoaalidade

As empresas alegam que não há pessoaalidade na prestação dos serviços, mas que exigem um mero cadastro *online* realizado pelo próprio motorista interessado, seja na qualidade de pessoa física ou jurídica, não havendo realização de entrevista, teste psicológico, avaliação prévia, etc. Afirmam que os motoristas se cadastram de forma espontânea e que podem ter vários veículos cadastrados em sua conta, como também deixar outros a ela vinculados. É argumento geral da Uber, por exemplo, que vários motoristas podem dirigir o mesmo veículo, sendo que um motorista específico também pode ter contas de outros motoristas agregadas à sua e que por essa razão não tem como controlar se é realmente um motorista específico quem está conduzindo o veículo indicado no aplicativo.

O certo é que essas empresas exigem prévio cadastro pessoal de cada um dos pretensos motoristas, mesmo os que têm contas agregadas a outros

motoristas, e no ato do cadastramento estes encaminham diversos documentos pessoais necessários para aprovação do cadastro, tais como certificado de habilitação para exercer a função de condutor remunerado, atestado de bons antecedentes e certidões de nada consta criminal.

Vê-se que o fato de um veículo poder ser compartilhado com vários motoristas não lhes tira a condição personalíssima na prestação dos serviços, uma vez que o veículo registrado por cada motorista em sua conta é apenas uma ferramenta de trabalho, e que não tem o condão de impedir o reconhecimento do vínculo de emprego, pois se trata simplesmente do modo como a empresa organiza a prestação dos serviços, estando cada motorista cadastrado de forma pessoal, com *login* e senha própria, cada um recebendo o repasse do seu valor, sendo avaliado pelos usuários, sujeito cada um à advertência e descredenciamento, havendo vínculo personalíssimo da empresa com cada motorista que utiliza sua plataforma para o serviço de transporte ofertado pela companhia. O próprio contrato apresentado pela Uber, por exemplo, após a aprovação do cadastro, denominado “Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital”, traz os elementos que caracterizam a pessoalidade da prestação dos serviços por cada motorista.

O motorista não pode se fazer substituir por outro na condução do veículo, uma vez que a empresa envia ao usuário solicitante do serviço de transporte dados sobre o veículo e o motorista, com o nome e a sua foto, havendo, inclusive, a recomendação de que o usuário verifique a foto para saber se se trata do motorista indicado, sendo esta a dinâmica de quem se utiliza desse tipo de serviço. A relação do motorista é com a empresa, e não como o usuário, ficando o trabalhador no aguardo do chamado pelo aplicativo, pouco importando a ordem do chamado, pois é a empresa quem indica ao usuário qual motorista irá atender o serviço.

O fato de o motorista ser empregado de alguma outra empresa, com contrato registrado, não se apresenta como fato impeditivo ao reconhecimento do liame empregatício, uma vez que a exclusividade não se constitui elemento fundante do vínculo empregatício, restando, por todos os matizes analisados, caracterizada a pessoalidade na prestação dos serviços.

### 3.2 – Não eventualidade

No tocante à não eventualidade, as empresas argumentam normalmente que os motoristas escolhem livremente a frequência da utilização do aplicativo, podendo ser uma vez por dia, semana, mês ou ano, dando continuidade a ela quando bem lhe aprouver e sem qualquer efeito jurídico no contrato. Rememo-



rando o que acima já foi destacado, não se mostra razoável analisar os elementos fático-jurídicos da relação de emprego no trabalho externo, exercido por meio de tecnologias remotas, sob a mesma ótica que se analisa o labor em que o trabalhador tem de comparecer diariamente, em horários definidos, ao mesmo local de trabalho, a exemplo do que ocorre na indústria, no comércio, na construção civil, etc. O modelo disciplinar adotado nas relações de trabalho vem sendo, em alguns setores, substituído pelo modelo do “controle”, conforme preconizado no parágrafo único do art. 6º da CLT, com a redação que lhe foi dada em 2011, *verbis*: “Art. 6º 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” (grifos do autor).

Observe-se que o labor exercido pelos motoristas de transporte por meio de aplicativos é totalmente descolado da dinâmica interna da empresa, sem uma disciplina ordenada, horários fixos, chefia determinada, etc. Os motoristas não conhecem ninguém da empresa, não mantêm qualquer contato presencial com quem quer que seja. A dinâmica é outra, e sobre essa nova face do trabalho com empregado anônimo, contratado e controlado remotamente<sup>6</sup>.

É nessa perspectiva, levando em conta a *teoria do evento*, que caem por terra as alegações das empresas de aplicativos de que o labor dos motoristas é exercido de forma eventual. Na prática, o caso dos motoristas não se amolda à teoria do evento, que

“considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido.” (DELGADO, 2019, p. 343)

Os relatórios de viagens, conforme chamadas recebidas pelos motoristas, demonstram que o trabalho é realizado de forma ostensiva, continuada, diária, com atividade totalmente previsível, programada e controlada, recebendo mensagens e *e-mails*, o que evidencia contato com as empresas por meio telemático, nos termos previstos no art. 6º da CLT. A não eventualidade, no caso dos motoristas por aplicativos, assim como os demais elementos fático-jurídicos, deve ser analisada também sob a ótica da *teoria dos fins do empreendimento*, que considera não eventual o trabalhador que desenvolve suas atividades dentro da estrutura

---

6 Sobre o tema vide as lições de: CHAVES Jr. Direito do trabalho 4.0: “controle” e “alienidade” como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região/Brasil*, São Paulo, TRT/SP, n. 22, 2019, edição eletrônica, p. 36. Disponível em: <<https://ww2.trtsp.jus.br/bases-juridicas/publicacoes/revista-do-tribunal/>>.



montada para levar a cabo os fins da empresa<sup>7</sup>. É exatamente o que ocorre com os motoristas de transporte por meio de aplicativos, pois exercem o seu labor de forma contínua, atendendo aos fins do empreendimento no sentido de disponibilizar o serviço de transportes aos usuários captados pelas próprias empresas por meio de ostensiva propaganda nas redes sociais e por meio do próprio aplicativo.

Constatou-se acima que as empresas que disponibilizam aplicativo se caracterizam também empresas de transportes. Note-se que, nessa perspectiva, sem o motorista, referidas empresas não existiriam, posto que a finalidade última é exatamente o transporte do usuário que recorre ao aplicativo para ter ao seu dispor um veículo com um motorista, de forma que, sem os motoristas essas empresas, no formato atual, teriam que traçar novos fins ao seu empreendimento.

Ainda que o motorista, um dia ou outro, não possa se logar no aplicativo para receber chamadas, isto, por si só, não descaracteriza a não eventualidade, uma vez que tanto a empresa quanto o próprio trabalhador sabem, havendo previsibilidade, que a atividade se repetirá, sob pena de descredenciamento. O fato do obreiro também ter a faculdade de se logar nos horários de sua conveniência também não caracteriza eventualidade na prestação dos serviços, posto que não se dá no caso a descontinuidade da relação de trabalho, havendo a previsibilidade de conexão sob pena de descredenciamento, de forma que concluímos encontra-se presente nesse tipo de relação de trabalho o elemento fático-jurídico do liame empregatício no tocante à não eventualidade.

### 3.3 – Onerosidade

A dinâmica da prestação dos serviços evidencia que é a empresa quem conduz, de forma unilateral, toda a política de *preços e pagamento* pelo serviço de transporte ofertado aos seus clientes, usuários, estabelecendo preços dinâmicos, conforme o horário, distância e disponibilização de veículos, assim como promoções aos clientes usuários, controlando também a forma de pagamento. Não é dada ao motorista a menor possibilidade de gerência financeira da prestação dos serviços. A dinâmica do negócio evidencia que as empresas também remuneram seus motoristas mesmo quando a viagem seja gratuita ao usuário, por promoção feita pelas próprias empresas de aplicativo. Assim, mesmo quando o cliente da Uber, por exemplo, usuário do serviço do transporte ofertado pela empresa, recebe promoção e não paga pelo serviço, esta

7 Sobre o tema, vide as lições de: SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Juspodivm, p. 47; bem como de: OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cassio Luis. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. p. 28-34.

faz pagamento ao motorista, evidenciando também esse aspecto o elemento fático-jurídico da onerosidade.

Mensagens e *e-mails* trocados com os motoristas demonstram a dinâmica da forma de pagamento aos trabalhadores, com envio de demonstrativos de pagamento, e que revelam que a paga pelo serviço prestado é sempre feito pelo cliente, usuário, diretamente à empresa, por cartão de crédito, com a retenção do percentual devido à empresa e repasse do valor devido ao motorista, normalmente de forma semanal, o que demonstra que as empresas não fazem a mera intermediação dos negócios entre passageiros e condutores, mas, ao contrário, recebem por cada serviço realizado e, posteriormente, pagam o trabalhador.

Ressalte-se que o pagamento feito eventualmente em dinheiro pelo usuário, diretamente ao motorista, não descaracteriza a onerosidade, uma vez que o controle do pagamento é feito pela empresa, pois, no caso específico, o motorista tem que fazer depósito bancário em seu favor, ou tem o valor devido à empresa descontado quando do repasse ao motorista dos valores pagos por meio de cartão de crédito.

Sem razoabilidade a alegação das empresas de que a remuneração do motorista em 75% do valor do serviço pago pelo cliente descaracteriza a onerosidade própria da relação de emprego. Ocorre que as empresas transferem para o motorista a maior parte do custo da prestação dos serviços de transporte, disponibilizando esse serviço ao usuário sem possuir pátios e frotas de veículos, sem custos operacionais com a compra e manutenção dos automóveis, sem empregados registrados na atividade-fim do empreendimento e sem pagar os impostos e/ou encargos trabalhistas devidos, recebendo o valor de 25% do suor do trabalhador sem grandes custos operacionais, sendo certo que o percentual que recebe se constitui lucro quase totalmente líquido, o que não pode se comparar ao percentual do trabalhador, insuficiente para remunerar os custos operacionais com os quais mantém o negócio patronal e ainda a paga pelas horas de trabalho dispendidas.

A alegação de contrato de parceria, portanto, para afastar o pressuposto da onerosidade, não tem qualquer amparo fático. A realidade não condiz com a forma. A prestação de serviço se constitui como relação onerosa, em que o motorista ativa-se na expectativa de contraprestação de índole econômica, aspecto da onerosidade subjetiva, e o trabalho desenvolvido é devidamente remunerado, caracterizando a onerosidade objetiva. As notas fiscais de serviço eventualmente emitidas pelos motoristas são documentos que apenas comprovam a tentativa de burlar a legislação em não reconhecer o vínculo de emprego, uma vez que a alegada prestação de serviços autônomos, de parceria mercantil, não se materializada na vida real.

### 3.4 – Subordinação

Viu-se acima que o contrato de *parceria* proposto pelas empresas de aplicativo não se materializam na prática, colidindo com o princípio da primazia da realidade que informa o direito do trabalho. No caso, tem-se que a relação laboral estabelecida comporta também elemento fático-jurídico da subordinação em suas mais variadas vertentes, notadamente a objetiva, a estrutural e a *disruptiva*.

A *subordinação objetiva* encontra-se naturalmente presente por tudo quanto acima já analisado, uma vez que as empresas tomadoras dos serviços são absolutamente dependentes do uso da força de trabalho dos motoristas, sendo certo que a subordinação objetiva “atua sobre o *modo de realização* da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador”. No caso da *subordinação estrutural* é certo que esta se expressa

“pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.” (DELGADO, 2019, p. 349-350, 352-353)

O trabalho do motorista é totalmente controlado pela empresa de aplicativo e transporte, de forma remota, por meios telemáticos e informatizados (aplicativo, mensagens e *e-mails*), nos termos do art. 6º da CLT. O motorista fica submetido às regras sobre o modo de como deve desenvolver a prestação dos serviços, estando sujeito a controles contínuos. A empresa sabe quando e por quanto tempo fica desconectado, sabendo e controlando quando está conectado ao aplicativo, o trajeto feito em cada viagem. Controla também o motorista por meio do contato com os clientes (usuários), aplicando sanções disciplinares caso incida em comportamentos que julgue inadequados. Estabelece, ainda, o padrão dos veículos, recomenda modos de tratamento e vestimentas, etc.

As modalidades tradicionais de *controle*, fora do ambiente da empresa, sofreram alterações, tornando-se complexas ou fluidas, principalmente em razão do uso da tecnologia como ferramenta para a prestação de serviços. Não é pelo fato de trabalhar externamente que o motorista deixa de ser controlado pela companhia, pois esta detém os relatórios de *login* e *logout*, bem como das horas trabalhadas. Os trabalhadores precisam, por exemplo, justificar por mensagens quando interrompem um chamado, e se passam certo tempo sem

se logarem são descredenciados do aplicativo são descartados pela empresa, não importando se estão doentes, se o veículo está quebrado, se houve acidente no trabalho, se não há dinheiro para o combustível, se o filho está doente, etc.

Ressalte-se a mitigação que o art. 62 da CLT faz com relação ao controle dos empregados que laboram em atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, os que exercem cargos de gestão e aqueles em regime de teletrabalho. Há mitigação do controle também quanto aos trabalhadores intermitentes, art. 452-A da CLT, convocados para laborar conforme a demanda. De qualquer forma, todos permanecem subordinados ao empregador e ao modo de como a empresa conduz o empreendimento, o que também ocorre no caso dos motoristas de transporte por aplicativo, cujo controle é diferenciado, virtual, remoto, telemático.

No que toca ao controle sobre o trabalhador, há que se compreender o fenômeno em estudo a partir da utilização das *tecnologias disruptivas* no desdobramento da relação capital-trabalho, significando *disrupção* exatamente a ruptura, ou transformação, na forma tradicional de produção em razão do emprego da tecnologia, o que implica na quebra de padrões no modo das relações de trabalho e de como as pessoas interagem com as empresas<sup>8</sup>. O modelo tradicional do trabalho na fábrica, presencial, do registro de ponto, está sendo quebrado na nova dinâmica imposta pela tecnologia. Os meios *telemáticos* (*e-mails*, mensagens, videoconferência, *login/logout*, aplicativos, internet) e *informatizados* (programas e sistemas para computador, celular, *tablets*) se constituem como novas formas de *comando*, *controle* e *supervisão* sobre o trabalho e que se equiparam aos meios presenciais e diretos de controle no modelo da era industrial.

O motorista trabalha remotamente, obedecendo a *comandos* do aplicativo, já que a empresa exige o cadastro prévio do trabalhador e o controla pelo sistema de *login* e *logout*; estabelece verdadeiro *controle* do trabalho realizado, uma vez que dele também é exigido regularidade na prestação dos serviços, sob pena de exclusão do cadastro; ocorrendo ainda *fiscalização* ostensiva sobre o serviço prestado, uma vez que é a empresa que estabelece a rota a ser percorrida e promove a avaliação do trabalhador por meio dos clientes usuários do serviço.

A casuística demonstra que há inúmeras atividades em que os trabalhadores utilizam seus próprios instrumentos de trabalho, a exemplo de *motoboys*, vendedores motorizados, motoqueiros entregadores, empregados em teletrabalho, etc., não se mostrando incompatível com o vínculo de emprego,

---

8 Neste sentido as lições de: GAIA, Fausto. Alteração nas formas de prestação de serviços por meio de implantação de novas tecnologias representa o que se denomina de “inovações disruptivas”. In: *Uberização do trabalho*. São Paulo: Lumen Juris, 2019. p. 217.

por exemplo, o fato do motorista de transporte por aplicativo laborar usando o seu próprio veículo. Não é o fato de ter veículo próprio que o caracteriza como empregado ou autônomo, mas a dinâmica do seu trabalho, principalmente no tocante ao “comando”, “controle” e “fiscalização” exercidos pela empresa sobre o trabalhador e o modo como este exerce o seu trabalho.

As empresas estabelecem, portanto, comando, controle e fiscalização sobre o trabalho dos motoristas, elementos que caracterizam o trabalho subordinado, nos termos estabelecidos no art. 6º da CLT, de forma que resta questionável a liberdade atribuída aos trabalhadores no modo como exercem as atividades, assim como a sua classificação como “parceiros comerciais”, que se caracterizam pela autonomia e independência.

Chega-se à conclusão, à luz do comando do art. 6º da CLT, que contempla os conceitos de subordinação objetiva, estrutural e disruptiva, de que há controle ostensivo das empresas sobre os motoristas, na qualidade de empregados, e o modo como estes executam o seu labor, e que a liberdade de trabalho alegada não se materializa de fato, ante a presença, por todos os matizes analisados, do elemento fático-jurídico relativo à subordinação.

### 3.5 – Alienidade (ou alheabilidade)

O termo vem da palavra “ajenidad”, da doutrina clássica espanhola, referindo-se, na esfera jurídica, ao conceito de alienação, ou transferência do resultado do trabalho por parte do trabalhador em favor da empresa<sup>9</sup>.

Na análise da relação de trabalho dos motoristas por aplicativo, tomando-se como parâmetro a alienidade, verifica-se que o resultado do trabalho pertence à pessoa diversa de quem o produziu, concretamente à empresa, não sendo o obreiro reconhecido como o possuidor direto dos frutos do seu trabalho. O empregador se apropria dos frutos do trabalho alheio ao vender no mercado um serviço que somente com intervenção direta do motorista pode ser efetivamente prestado, embolsando pelo serviço diretamente realizado pelo trabalhador. A empresa não vende no mercado o aplicativo, vende serviço de transporte realizado por trabalhador/motorista utilizando como ferramenta tecnológica o seu aplicativo.

Sob o prisma da alienidade fica mais fácil compreender o aspecto da subordinação disruptiva, mesmo que levando em conta o fato do obreiro exercer o seu trabalho com veículo próprio, ou alugado junto a terceiro. Os fins do empreendimento, no caso da Uber, se materializam no fato da transferência ao

---

9 Vide, a respeito, a abalizada lição de: CHAVES Jr., *op. cit.*, p. 45.

trabalhador da propriedade ou responsabilidade pelos instrumentos de trabalho, que no caso é o veículo e os insumos necessários (combustível, manutenção, reposição de peças, seguro, impostos, etc.).

Assim, igualmente, não pode prosperar a alegação das empresas de que não há onerosidade e subordinação pelo fato do motorista usar o seu próprio veículo e ser o responsável pela prestação dos serviços. Ocorre que esses novos modos de produção capitalista buscam a redução de custos e provocam o fenômeno da “empresa vazia”, com poucos empregados, desencadeando um processo de desemprego estrutural e utilização de trabalhadores sem quaisquer direitos ou garantias, classificando-os como autônomos ou independentes, em que:

“A utilização de plataformas de transporte privado de passageiros é um exemplo dessa iniciativa. Esse modelo de negócio é concebido a partir de uma visão onde o capitalista é apenas o proprietário do aplicativo de transporte, ao passo que os demais meios de produção e matérias-primas necessárias para a consecução do negócio, tais como os custos envolvidos com a aquisição de automóveis, combustível, contratação de seguros, dentre outros são transferidos para a responsabilidade do próprio executante do serviço. Para o capital, o enxugamento de sua estrutura produtiva representa uma forma a mais de ampliar a produção de mais-valia.” (GAIA, 2019, p. 73-74)

Nessa perspectiva, a subordinação se mostra velada, envolvendo o trabalhador nos fins sociais e econômicos da empresa (ajenidad). Não é pelo fato de ser detentor de algumas ferramentas de trabalho, a exemplo do veículo, que o trabalhador deixa de colocar a sua força de trabalho em favor do empregador. É certo que a responsabilidade pelos riscos do empreendimento encontra-se no eixo entre a empresa e seus clientes, e não da empresa com os empregados ou prestadores de serviços. O fato de usar o próprio veículo para exercer o trabalho não descaracteriza o vínculo de emprego, uma vez que os riscos do empreendimento estão relacionados à realização do objeto social da empresa.

Ora, a casuística demonstra que há inúmeras atividades em que os trabalhadores utilizam seus próprios instrumentos de trabalho, a exemplo de *motoboys*, vendedores motorizados, motoqueiros entregadores, empregados em teletrabalho, etc., não se mostrando incompatível com o vínculo de emprego o fato do motorista laborar usando o seu próprio veículo. Não é o fato de ter veículo próprio que o caracteriza como empregado ou autônomo, mas a dinâmica do seu trabalho, principalmente no tocante ao *comando, controle*

e *fiscalização* (art. 6º da CLT) exercidos pela empresa sobre o trabalhador e o modo como este exerce o seu trabalho<sup>10</sup>.

A ausência da alienidade se configuraria se o motorista pudesse negociar livremente o preço e as condições do serviço prestado, o que nem de longe ocorre no caso dos motoristas por aplicativo de transporte, conforme exaustivamente já se analisou acima.

Assim, por todos os prismas que se analise o vínculo de emprego nessa modalidade de trabalho, encontra-se presente a alienidade, ou o trabalho do motorista exercido por conta alheia, com dispêndio de energia e tempo em favor dessas empresas de tecnologia e transporte, que se apropriam dos frutos do seu labor quando vendem no mercado serviço de transporte somente realizável mediante a contratação de motorista, pouco importando se com veículo próprio ou não.

#### 4 – Conclusão

Chega-se à conclusão de que as empresas de plataformas digitais para transporte de passageiros são também empresas que têm como atividade-fim o transporte de passageiro, e que os motoristas são verdadeiros empregados, sendo totalmente nulas as disposições contidas no “contrato de parceria mercantil” preparados pelas empresas de aplicativo e que considera os motoristas seus clientes, prestadores autônomos, com o fim de descaracterizar a relação jurídica empregatícia que na prática se evidencia, aplicando-se com propriedade os termos previstos no art. 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, sendo certo que no Direito do Trabalho a realidade se sobrepõe à forma – Princípio da Primazia da Realidade.

Por todos os matizes analisados concluímos que se encontram presentes na relação de trabalho firmada entre os motoristas e estas empresas os elementos fático-jurídicos do vínculo empregatício, nos termos dos arts. 3º e 6º da CLT. Ao deixar de reconhecer o vínculo empregatício com os motoristas essas empresas de tecnologia e transporte de passageiros violam as normas da CLT e na Constituição Federal, sendo imperativo ao Judiciário conferir máxima efetividade aos comandos constitucionais acerca do trabalho humano, uma vez

---

10 Diga-se ainda, conforme vem reconhecendo o direito comparado, que o principal instrumento de trabalho do motorista é o aplicativo da Uber, e não o seu veículo. “O aplicativo instalado nos *smartphones* e *tablets* funciona como um dos instrumentos de controle, de gestão e de exercício do poder disciplinar que a plataforma tecnológica mantém sobre a força de trabalho. A atividade do trabalhador é indispensável para a operação regular da atividade empreendida pela Uber” (GAIA, *op. cit.*, p. 290).



que, nos incisos III e IV do art. 1º da Carta Magna, estão estampados como fundamentos da República Federativa do Brasil, a *dignidade da pessoa humana* e *os valores sociais do trabalho*. O art. 3º, I e III, consagra como objetivos da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e o art. 4º, II, destaca como princípio republicano a “prevalência dos direitos humanos”. Dispõe, ainda, o art. 6º da CF/88 que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, havendo violação expressa principalmente aos comandos do art. 7º da Carta Magna.

A falta de registro do vínculo empregatício deixa o trabalhador totalmente à margem do arcabouço protetivo previsto da Constituição Federal. A subjetividade é agredida na medida em que se desvelam as características da precarização do trabalho desses profissionais, pois não há reconhecimento do vínculo de emprego, estabelecimento de ganho mínimo, proteção contra acidentes de trabalho ou afastamentos por doenças ou problemas no veículo, ocorrendo prática de altas jornadas de trabalho, etc.

Percebe-se que a evolução da tecnologia e o surgimento de novas formas de trabalho, a exemplo do que ocorre com os motoristas de transporte por aplicativos, motoqueiros e ciclistas-entregadores, introduzem novos fatos e valores no mundo do trabalho, exigindo nova postura dos operadores do direito e intérpretes da lei e da Constituição da República. O modelo tradicional de disciplina no trabalho está sendo substituído por um modelo de controle ostensivo por meios informatizados e telemáticos, com novas formas de “comando”, “controle” e “fiscalização” (art. 6º da CLT), o que impõe novas posturas hermenêuticas.

O posicionamento aqui exposto está em sintonia com o tratamento dado ao tema pelas Cortes de Justiça internacionais, não havendo espaço aqui para se destacar este movimento da doutrina estrangeira. De qualquer forma, entende-se que o Brasil, diante do desemprego estrutural instalado, e de toda a onda de precarização nas relações de trabalho que enfrenta nos últimos anos, contando atualmente com milhões de brasileiros vinculados ao trabalho por aplicativos, não pode seguir na contramão desse movimento jurídico-legislativo internacional que se impõe no enfretamento dessas novas realidades do mundo do trabalho.

Recebido em: 17/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020



# O FGTS E A REFORMA TRABALHISTA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.467/2017

## *FGTS AND THE LABOR REFORM: MAIN CHANGES INTRODUCED BY LAW Nº 13,467/2017*

**Daniela Vasconcellos Gomes\***

**RESUMO:** O Direito do Trabalho visa proteger o trabalhador, e sua legislação foi alterada diversas vezes nas últimas décadas. Diante do clamor de parte da sociedade, foi editada a Lei nº 13.467/2017, a qual determinou inúmeras alterações na CLT. Nesse sentido, este estudo tem por objetivo identificar as alterações havidas em relação ao FGTS, e as consequências jurídicas para o trabalhador. Para isso, foram analisados aspectos relacionados às características do Direito do Trabalho, do FGTS, e às alterações trazidas pela reforma trabalhista em relação ao FGTS, e os resultados permitem concluir que a Lei nº 13.467/2017 instituiu alterações no Direito do Trabalho, mas não atingiu de forma substancial o FGTS, direito protegido pela Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho. Lei nº 13.467/2017. Reforma Trabalhista. FGTS.

*ABSTRACT: Labor law aims to protect the worker, and its legislation has been amended several times in recent decades. In the face of the clamor from society, Law no. 13,467/2017 was issued, which determined numerous changes to the CLT. In this sense, this study aims to identify the changes in relation to the FGTS, and the legal consequences for the worker. For this, aspects related to the characteristics of the Labor Law, the FGTS, and the changes brought by the labor reform in relation to the FGTS were analyzed, but did not substantially reach the FGTS, a right protected by the Federal Constitution.*

*KEYWORDS: Labor Law. Law no. 13,467/2017. Labor Reform. FGTS.*

### **Introdução**

O Direito do Trabalho regula as relações estabelecidas entre empregados e empregadores, e muitas vezes é criticado por ser pretensamente muito protecionista, por garantir determinados direitos aos trabalhadores, mas seu objetivo é justamente promover maior igualdade material entre partes economicamente desiguais.

Diante do clamor de parte da sociedade brasileira, recentemente foi editada a Lei nº 13.467/2017, chamada de reforma trabalhista, a qual alterou

---

\* *Mestre em Direito (UCS); especialista em Direito Civil Contemporâneo (UCS); advogada e professora universitária.*

mais de uma centena de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, modificando inúmeras normas de ordem material e processual, cujos efeitos práticos ainda não podem ser perfeitamente mensurados.

Dentre os direitos mais importantes dos trabalhadores está o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que ampara o trabalhador nos momentos de maior vulnerabilidade de sua vida. Nesse sentido, este trabalho tem o intuito de analisar as alterações havidas na legislação trabalhista, especialmente em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de forma a verificar suas consequências para o trabalhador brasileiro. Para o desenvolvimento desse raciocínio, o estudo divide-se em três partes.

A primeira parte apresenta as características do Direito do Trabalho e as recentes alterações legislativas ocorridas, abordando o conceito de trabalho, a finalidade do Direito do Trabalho e seu caráter protetivo, a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, a edição da Lei nº 13.467/2017, com seus argumentos contrários e favoráveis, as questões de direito intertemporal e a repercussão da reforma trabalhista no Direito do Trabalho brasileiro.

A segunda parte versa sobre a importância do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na sociedade brasileira, contemplando os temas que podem ou não ser negociados por convenção ou acordo coletivo, o conceito e a previsão legal do FGTS, suas principais características, sua base de cálculo, sua natureza jurídica, as hipóteses de levantamento dos valores depositados nas contas vinculadas, e a Caixa Econômica Federal como agente operador do FGTS.

A terceira parte trata das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 em relação ao FGTS, tais como a criação do trabalho intermitente e da rescisão contratual por acordo entre empregado e empregador, a alteração do prazo de recolhimento das verbas rescisórias e a simplificação do saque dos valores depositados das verbas rescisórias por ocasião da rescisão contratual.

A importância deste trabalho, ressalte-se, é identificar as alterações havidas na legislação trabalhista com o advento da Lei nº 13.467/2017, analisando suas consequências para o cotidiano do trabalhador brasileiro, especialmente em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, direito fundamental do trabalhador, previsto pela Constituição Federal de 1988.

### **1 – Características do Direito do Trabalho e impactos da reforma da CLT nos direitos dos trabalhadores**

O trabalho sempre esteve presente na sociedade, por se tratar de atividade inerente ao homem. Conforme Cassar (2018, p. 3), “trabalho pressupõe ação,

## DOCTRINA

emissão de energia, desprendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado”.

A palavra “trabalho” tem origem etimológica no latim *tripalium*, espécie de instrumento de tortura. Assim, inicialmente, trabalho era considerado uma espécie de castigo, destinado essencialmente a escravos ou servos. Somente com o decorrer do tempo, o significado do trabalho foi sendo modificado, deixando de ser associado a sofrimento para ser fonte de realização pessoal (FERREIRA, 2017, p. 112).

Atualmente, a noção de trabalho é elemento da própria identidade do ser humano, que se insere na sociedade em que vive na medida em que trabalha, se sente útil e tem a atividade desempenhada reconhecida e valorizada pelos demais. O trabalho não significa somente um meio de sobrevivência ao ser humano, mas também uma das principais formas de interação com o meio social, e um importante modo de realização pessoal.

Para Alves (2012, p. 200-201), “é essencialmente por meio do trabalho que toda pessoa busca atingir o pleno desenvolvimento de suas potencialidades e, sobretudo, o sentido de completude. O trabalho, em sua concepção humanista, apresenta-se como referência simbólica fundamental da sociedade contemporânea”.

O Direito do Trabalho é o “sistema de regras, princípios e instituições pertinentes à relação de emprego” (GARCIA, 2018, p. 10), de modo que se trata do ramo do Direito que regula as relações de emprego e outras situações semelhantes.

O Direito do Trabalho deve ser compreendido a partir da necessidade histórica de se proteger o trabalhador, compreendido como o ser humano que necessita vender sua força de trabalho para sobreviver. No entanto, “enquanto as coisas têm preço, a pessoa humana tem dignidade, que é intrínseca a ela e constitui um valor absoluto” (WANDERLEY, 2009, p. 106).

Com a imposição do princípio da dignidade humana em todas as relações, “nenhum trabalhador pode ser colocado, de fato, apenas a serviço dos interesses econômicos de empresas que se preocupam tão somente com o aumento de lucros e a redução de gastos” (GOMES, 2012, p. 284).

Assim, ainda que o Direito do Trabalho muitas vezes seja criticado por seu caráter protecionista, este é justamente seu papel nas relações entre empregados e empregadores: conferir maior proteção jurídica ao trabalhador, por ser a parte economicamente mais fraca da relação, de forma a equilibrar uma relação evidentemente desigual (GARCIA, 2018, p. 10).

## DOCTRINA

Nos termos de Cassar (2018, p. 171): “a finalidade do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário é proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado”.

Para Suzuki (2012, p. 1.040),

“Portanto, a finalidade do Direito Laboral é fazer com que o trabalhador, a parte hipossuficiente na relação de emprego, situe-se no mesmo nível que o empregador através da superioridade jurídica, ou seja, através de uma desigualdade compensatória da sua condição de hipossuficiente.”

Assim,

“Todo o Direito do Trabalho tem origem em um princípio fundamental, que é a proteção de quem trabalha. (...) Aquilo que não proteja o trabalho e, conseqüentemente, o trabalhador, não pode ser considerado como matéria de conteúdo trabalhista” (SIMÕES, 2018, p. 144).

De modo que “a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital” (SEVERO, 2018, p. 53). Para Alves (2012, p. 201), “a valorização do trabalho humano, fora de dúvida, tem por objetivo e fundamento a proteção da existência digna do homem”.

Assim, a ordem jurídica protege o trabalho, e todo e qualquer trabalho deve ser realizado em condições que respeitem a dignidade da pessoa humana. De maneira que “o primado da dignidade da pessoa humana exige, de modo basilar, a concepção da proteção do trabalho” (ALVES, 2012, p. 202).

Considerando ser a dignidade da pessoa humana o fundamento da ordem jurídica, e que possui eficácia não apenas vertical, como também horizontal, não há como afastar sua incidência nas relações entre particulares, especialmente naquelas marcadas pela desigualdade, como ocorre nos contratos de trabalho, em que o desequilíbrio econômico e social aumenta a possibilidade de desrespeito à dignidade da pessoa humana (WANDERLEY, 2009, p. 109-110).

Nesse sentido, entende Gamba (2010, p. 32):

“A dignidade da pessoa humana é o princípio de maior importância axiológica na ordem jurídica contemporânea nacional e internacional, devendo nortear a interpretação e a aplicação das normas, em especial no âmbito do Direito do Trabalho. Somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros e com o respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador.”

## DOCTRINA

A dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual a inclui entre os princípios fundamentais da república. Ao mesmo tempo, o art. 170, *caput*, da Constituição Federal prevê entre os princípios gerais da atividade econômica a valorização do trabalho e da livre iniciativa, de modo que “a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a adequada valorização” (SUZUKI, 2012, p. 1.030).

No entanto, ainda que o caráter protetivo da legislação seja característica do Direito do Trabalho, no Brasil houve, recentemente, uma grande reforma legislativa com a apresentação do Projeto de Lei nº 6.787/2016, em dezembro de 2016, o qual se transformou na Lei nº 13.467/2017, a chamada “reforma trabalhista”, que começou a vigorar em 11 de novembro de 2017.

Um dos principais argumentos utilizados pelos defensores da reforma da CLT foi sua alegada desatualização, por se tratar de uma legislação surgida na década de 1940. A redação original da Consolidação das Leis do Trabalho efetivamente é de 1943, mas muitos direitos considerados atualmente essenciais aos trabalhadores não surgiram a partir de sua promulgação, mas foram reconhecidos no decorrer do século XX (SILVA, 2017, p. 10-11).

De modo que é preciso questionar: a CLT realmente estava tão desatualizada ou houve apenas a preocupação em desconstruir a jurisprudência criada pelos tribunais regionais do trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, em busca de afastar determinados direitos dos trabalhadores reconhecidos ao longo das últimas décadas?

Os principais argumentos a favor da reforma da CLT foram: maior segurança jurídica para o empregador; geração de empregos com a redução do custo do trabalho; maior flexibilidade da jornada; menor intervenção do Estado, com maior poder de negociação entre trabalhadores e empregadores; regulação de situações que já aconteciam na prática, mas sem a devida regulamentação.

Enquanto que os principais argumentos contrários da reforma da CLT eram: retirada de direitos dos trabalhadores; aumento das demandas trabalhistas; empobrecimento do mercado consumidor nacional; a maior negociação entre as partes, em tempos de crise, pode submeter o trabalhador a situações degradantes para garantir seu sustento; e aumento do passivo trabalhista.

Conforme Cassar (2018, p. 217),

“A reforma trabalhista é uma imposição do governo, que começou timidamente com um projeto de poucos artigos e se transformou numa radical alteração da CLT, consubstanciada na Lei nº 13.467/2017. Muitos

dispositivos da referida Lei desconstroem o Direito do Trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, enfatiza a livre autonomia da vontade do empregado, prestigia o negociado coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas) valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.”

Nesse sentido, deve-se destacar que outros países, como Espanha, Alemanha, Itália, Reino Unido e México realizaram reformas semelhantes à reforma feita na legislação brasileira, sob o argumento que a flexibilização das leis trabalhistas seria positiva para o país, ao trazer maior dinâmica ao mercado, criar mais empregos e proporcionar formalização de trabalhadores que atuam na informalidade, mas os estudos feitos nesses países não constatou a confirmação de tais argumentos, evidenciando somente a precarização dos empregos com as mudanças legislativas realizadas (BRAGA; VILLAÇA; BRANDÃO, 2017, p. 57).

A reforma legislativa trazida pela Lei nº 13.467/2017 é tratada correntemente como “reforma trabalhista” ou “modernização trabalhista”, mas na realidade não ocorreu uma verdadeira reforma trabalhista, e sim uma reforma da CLT, mas tal expressão “reforma trabalhista” já está consagrada nos diversos meios, não só nos meios de comunicação, mas até mesmo no meio jurídico.

Nesse sentido, pode-se questionar se há efetiva diferença entre reforma trabalhista e reforma da CLT. Evidentemente as expressões “reforma trabalhista” e “reforma da CLT” não possuem o mesmo significado, já que reforma trabalhista significaria alteração não apenas da legislação, mas também de princípios e direitos fundamentais do trabalho, o que não ocorreu.

O advento da Lei nº 13.467/2017 impôs alteração no conteúdo da Consolidação das Leis do Trabalho, mas não alterou o Direito do Trabalho como um todo, que não é formado somente pela CLT, mas por diversos dispositivos normativos nacionais e internacionais, sentenças normativas, convenções coletivas e acordos coletivos, costumes, jurisprudência, e a própria Constituição Federal de 1988.

A reforma legislativa imposta pela Lei nº 13.467/2017 é considerada polêmica, mal redigida, e conforme Feliciano, “está repleta de inconstitucionalidade e de inconveniências (FELICIANO, 2018, p. 15)”.

É evidente que houve grande pressão por parte do empresariado na aprovação do Projeto de Lei nº 6.787/2016, que foi transformado na lei ordinária

que impôs a reforma da CLT, sob o argumento que se tratava de legislação arcaica, sendo necessária uma reforma urgente.

De forma que tal urgência ocasionou uma alteração legislativa sem o aprofundamento necessário, gerando a atual insegurança jurídica, já que alguns dispositivos alterados são considerados inconstitucionais, e questiona-se sua aplicação, enquanto outros tiveram diferentes conteúdos em curto espaço de tempo, já que foram modificados pela Lei nº 13.467/2017, e, posteriormente, pela Medida Provisória nº 808/2017, a qual vigorou apenas de novembro de 2017 a abril de 2018 (BRAGA; VILLAÇA; BRANDÃO, 2017, p. 46).

Assim, a reforma havida na Consolidação das Leis do Trabalho ocorreu de forma tão apressada, e sem o aprofundamento necessário, que provavelmente não terá a repercussão esperada por seus entusiastas, já que parte da magistratura em diversos níveis já se posicionou no sentido que não irá aplicar a nova legislação de forma literal, diante da inconstitucionalidade de alguns pontos.

Nesse sentido, a Ministra do TST, Delaíde Arantes, afirmou acerca da reforma da Consolidação das Leis do Trabalho: “Fizemos um juramento de julgar e vamos aplicar a lei ordinária que aprovou a reforma trabalhista, mas não vamos aplicá-la isoladamente. É uma lei trabalhista que se insere à luz da proteção constitucional e à luz da legislação internacional” (SIMÕES, 2018, p. 144).

Além disso, no Brasil, grandes reformas legislativas geralmente demoram anos ou até décadas para se efetivar. Um exemplo foi a reforma do Código Civil. O Código Civil anterior era de 1916, e desde a década de 1970 se falava da necessidade de atualização, o que ocorreu somente em 2002. Ou o Código de Processo Civil, que o anterior era de 1973, e sofreu grandes modificações em 1994 e em 2005, mas o Código atual somente foi aprovado em 2015 após cinco anos de tramitação, já que o projeto de lei era de 2010. Ou seja, todas as grandes reformas legislativas tramitam por vários anos até que todas as discussões sejam realizadas, e a reforma da CLT de 2017 ocorreu em cerca de seis meses, sem qualquer discussão, e mesmo se sabendo que diversos pontos teriam que ser ajustados com brevidade.

O Projeto de Lei nº 6.787/2017 foi apresentado em 23 de dezembro de 2016, e em 13 de julho de 2017 foi transformado na Lei nº 13.467/2017, a qual começou a vigorar apenas 120 dias após sua publicação no Diário Oficial da União, não observando o tempo médio de tramitação e até mesmo de *vacatio legis* da legislação brasileira (BRAGA; VILLAÇA; BRANDÃO, 2017, p. 46).

Nesse sentido, observa Silva (2017, p. 10):

## DOCTRINA

“Aliás, o tempo de descanso para mudanças tão profundas na legislação brasileira costuma ser de um ano – como ocorreu com as alterações do processo civil em 2015 e do direito civil em 2002 –, mas a reforma trabalhista concedeu apenas 120 dias para a sociedade se adequar.”

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017, surgiram muitos debates a respeito de sua aplicação no tempo, com o sentido de esclarecer se alteração legislativa seria aplicável somente a contratos firmados após seu advento, ou se seria aplicada também aos contratos anteriormente existentes.

Tal discussão foi aprofundada a partir de 23 de abril de 2018, quando perdeu vigência a Medida Provisória nº 808/2017, que dispunha: “o disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”. Assim, com a perda da eficácia da referida medida provisória, alguns entenderam que teria restado uma lacuna normativa sobre a aplicabilidade da lei – ignorando as regras já estabelecidas pela legislação brasileira a respeito de direito intertemporal.

O ordenamento jurídico brasileiro conta com a Constituição Federal e com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para esclarecer as normas atinentes à aplicabilidade das leis no tempo e no espaço, e não deveria ser diferente com a reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas, estabelecida pela Lei nº 13.467/2017.

Nesse sentido, o Ministério do Trabalho acolheu o Parecer 00248/2018/CONJUR-MTB/CGU/AGU no Despacho de 14 de maio de 2018, e trouxe algumas diretrizes interpretativas que estabelecem a aplicação da nova lei em três diferentes situações: contratos encerrados antes da vigência da nova lei, contratos iniciados após a vigência da nova lei, e contratos iniciados antes da vigência da nova lei e encerrados após o início de sua vigência (BRASIL, 2018, p. 59).

Assim, a primeira situação está relacionada com a aplicação da nova lei em relação aos contratos encerrados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, sobre os quais a modificação legislativa não permite a aplicação retroativa dos novos dispositivos em relação a atos jurídicos perfeitos, que são protegidos não apenas pela legislação infraconstitucional, como pela própria Constituição Federal de 1988.

Não bastasse a previsão contida no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal



determina: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme ressalta Cassar (2018, p. 134): “as leis de proteção ao trabalho (regras imperativas e cogentes) têm aplicação imediata e atingem os contratos de trabalho em curso, mas não modificam os já extintos ou as situações já consumadas sob a égide da lei pretérita”.

Nesse sentido, entende Garcia (2018, p. 45): “no caso da Lei nº 13.467/2017, que instituiu a reforma trabalhista, entende-se que a sua eficácia no tempo deve ocorrer de forma imediata, embora não retroativa”.

De modo que resta claro que a aplicação da Lei nº 13.467/2017 não pode ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, em respeito aos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e da Constituição Federal de 1988, não podendo retroagir em relação aos contratos encerrados antes de sua vigência, iniciada em 11 de novembro de 2017.

A segunda situação diz respeito à aplicação da Lei nº 13.467/2017 em relação aos contratos de trabalho celebrados a partir de 11 de novembro de 2017, sobre os quais não há dúvida quanto a integral aplicação da Lei nº 13.467/2017, diante de sua vigência total e imediata.

A terceira situação está relacionada à aplicação da Lei nº 13.467/2017 aos contratos celebrados antes de sua vigência e que continuaram ativos após 11 de novembro de 2017.

Nesse sentido, o Parecer 00248/2018/CONJUR-MTB/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho de 14 de maio de 2018 do Ministério do Trabalho, esclarece:

“Direito adquirido é aquele que já cumpriu todas as condições para sua aquisição no tempo, fazendo com que o direito objetivo se complete tornando-se direito subjetivo adquirido, portanto, patrimônio jurídico a ser exercido conforme o exercício de vontade do sujeito de direito (o qual pode, inclusive, exercê-lo posteriormente, e não no momento da sua aquisição no tempo). Já a expectativa de direito pode ser entendida como aquela em que não se completaram no tempo as condições para seu exercício. Caso as condições (especialmente, neste caso, as legais) permanecessem as mesmas, no momento certo a expectativa tornar-se-ia direito adquirido subjetivo. Nesse sentido: ‘Não se pode confundir ‘direito adquirido’ com ‘mera expectativa de direito.’” (BRASIL, 2018)

De modo que, em relação aos contratos iniciados antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, e que continuaram ativos após a reforma legislativa havida,

o direito adquirido protege os direitos do trabalhador até 10 de novembro de 2017, mas não pode se projetar para o futuro, pois, nesse caso, não há direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

Mas, se em relação ao direito intertemporal a aplicação da Lei nº 13.467/2017 pode ser esclarecida a partir dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, há, ainda, a questão de sua interpretação pelos operadores do direito.

De modo que, ainda que a Lei nº 13.467/2017 tenha vigência total e imediata, tendo alterado diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, não poderá se sobrepor aos dispositivos constitucionais e aos tratados internacionais sobre a matéria, nem desconstituir princípios essenciais ao Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho tem por objeto a proteção do trabalhador, e deve sempre buscar a ampliação de direitos trabalhistas, “em consonância, ainda, com os ditames da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, incisos III e IV, e 3º, incisos I, III e IV, da CF/88)” (GARCIA, 2018, p. 825).

No entanto, não foi o que ocorreu com o advento da Lei nº 13.467/2017, que buscou suprimir ou limitar diversos direitos antes assegurados aos trabalhadores – mas não alcançou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, direito constitucionalmente garantido, como veremos a seguir.

## **2 – A importância do FGTS na sociedade brasileira**

Ainda que a Lei nº 13.467/2017 tenha realizado diversas alterações na legislação trabalhista, e incluído a possibilidade de negociação de diversos direitos, situação em que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a legislação, há direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos por meio de negociação.

Nesse sentido, de acordo com o art. 611-B da CLT, constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho a supressão ou a redução do valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do FGTS.

De modo que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não pode ser objeto de negociação, diante de sua importância dentre os direitos garantidos aos trabalhadores brasileiros, tendo, inclusive, proteção constitucional desde a Constituição de 1967 (TÁCITO, 2001). Atualmente, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é direito reconhecido pela Constituição Federal de 1988, que prevê no art. 7º, inciso III: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais,

além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) III – fundo de garantia do tempo de serviço”.

Nesse sentido, destaca Garcia (2018, p. 835): “os depósitos do FGTS, mesmo tendo caráter social, com previsão em normas de ordem pública, também configuram importante direito do empregado, com previsão constitucional (art. 7º, inciso III)”.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado a partir da edição da Lei nº 5.107/66, alterado pelo Decreto-Lei nº 20/66 e regulamentado pelo Decreto nº 59.829/66, com objetivo de proteger os trabalhadores demitidos sem justa causa, como uma alternativa à estabilidade decenal, que era prevista nos arts. 492 a 500 da CLT (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 878).

Com a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o trabalhador não poderia mais ser beneficiado pela estabilidade decenal, mas teria direito a depósitos mensais, no valor de 8% de seu salário mensal, os quais poderiam ser levantados no término do contrato, ou em outras hipóteses previstas em lei, de forma a garantir uma espécie de indenização pelo tempo de serviço prestado ao empregador.

Atualmente, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não é mais opcional, respeitado o direito adquirido dos trabalhadores que adquiriram a estabilidade decenal, e é regido pela Lei nº 8.036/90, além de ser direito constitucionalmente reconhecido pelo inciso III do art. 7º da Constituição Federal (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 878).

Em busca de um conceito do instituto, Martins (2010, p. 25) estabelece: “O FGTS é um depósito bancário vinculado, pecuniário, compulsório, realizado pelo empregador em favor do trabalhador, visando formar uma espécie de poupança para este, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas em lei”.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pode ser conceituado como “direito trabalhista, de empregados urbanos e rurais, com a finalidade de estabelecer um fundo de depósitos em pecúnia, com valores destinados a garantir a indenização do tempo de serviço prestado ao empregador” (GARCIA, 2015, p. 517).

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é devido ao trabalhador enquanto durar o contrato de trabalho:

“É devido enquanto durar o contrato de trabalho, salvo nos períodos de suspensão contratual. Quando o contrato estiver suspenso em virtude de acidente de trabalho, licença-maternidade ou serviço militar

## DOCTRINA

o FGTS será devido, por ser uma exceção prevista no art. 4º da CLT c/c o art. 28 do Decreto nº 99.684/90.” (CASSAR, 2018, p. 1.191)

Para Sampaio (2012, p. 286), “o objetivo essencial do Fundo de Garantia é proteger o empregado despedido dos malefícios do desemprego, facilitando ao empregador a possibilidade de despedi-lo”.

Conforme Martins (2010, p. 25),

“Na verdade, o FGTS não garante o tempo de serviço, como determina seu nome, apenas representa uma poupança para o trabalhador, sem ter relação exata com seu tempo de serviço, ao contrário do que ocorria com a indenização, que dependia do número de anos de serviços prestados ao empregador.”

De acordo com o art. 15 da Lei nº 8.036/90, os empregadores são obrigados a depositar, até o dia 7 de cada mês, em conta bancária vinculada junto à Caixa Econômica Federal, o valor correspondente a 8% da remuneração paga ou devida a cada trabalhador no mês anterior, ou 2% no caso do aprendiz (BRASIL, 1990, p. 8.965).

Conforme Silva (2015, p. 414),

“A base de cálculo do fundo de garantia abrange todas as parcelas de natureza salarial e também as gorjetas e gratificações pagas por terceiros, donde ser correto dizer que a base é a remuneração completa. Ficam de fora apenas as parcelas de natureza indenizatória.”

De modo que o recolhimento mensal do FGTS representa a 8% da remuneração do trabalhador, seja ela paga pelo empregador ou por terceiros – como ocorre com as gorjetas, ou seja, toda a parcela que tiver natureza salarial, ainda que eventual, serve de base de cálculo para o FGTS (CASSAR, 2018, p. 1.198).

De acordo com o art. 13 da Lei nº 8.036/90, os depósitos efetuados nas contas vinculadas em nome dos trabalhadores serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização de juros de 3% ao ano (BRASIL, 1990, p. 8.965).

A natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é considerada híbrida, já que diferenciada de acordo com o enfoque utilizado, do empregado ou do empregador (MARTINS, 2010, p. 30).

Conforme Garcia (2015, p. 518), “sob enfoque do empregado, o FGTS apresenta natureza jurídica de direito trabalhista, um direito do trabalhador, com

previsão mesmo na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, inciso III) e regulado pela legislação do trabalho infraconstitucional”.

Já sob o enfoque do empregador, “o entendimento que prevalece, inclusive na jurisprudência, é no sentido de que a contribuição do FGTS, a ser depositada pelo empregador, não possui natureza tributária, mas de contribuição social, especial, com natureza trabalhista” (GARCIA, 2015, p. 519).

Segundo Martins (2010, p. 36),

“Na verdade, o FGTS vem a ser um depósito realizado na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito, ou até um prêmio pelo número de anos trabalhados na empresa. Visa esse depósito reparar a dispensa injusta por parte do empregador, relativamente ao período de serviço do operário na empresa. Assim, tem natureza compensatória, no sentido de compensar o tempo de serviço do empregado na empresa. Proporciona, ainda, recursos ao Poder Público para a realização de sua política habitacional.”

Os valores depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço podem ser total ou parcialmente levantados nos casos determinados pela legislação, no término do contrato de trabalho sem justa causa ou nos outros casos previstos no art. 20 da Lei nº 8.036/90 – aposentadoria, falecimento, entre outros.

Assim, o levantamento dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS não está relacionado necessariamente ao encerramento do contrato de trabalho, pois há hipóteses em que o saldo do FGTS pode ser utilizado pelo trabalhador durante o contrato, tais como: a utilização do FGTS em garantia nas operações de empréstimos consignados, pagamento de prestações do financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, casos de doenças graves do trabalhador ou seus dependentes, e outras previstas pela Circular Caixa nº 839/2019 (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2019, p. 316).

Os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço devem ser aplicados em habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, segundo os critérios fixados pelo Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (MARTINS, 2010, p. 74).

Conforme o art. 3º da Lei nº 8.036/90, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo (BRASIL, 1990, p. 8.965).

O Conselho Curador do FGTS, composto por representantes dos trabalhadores e dos empregadores – indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social – determina as diretrizes e os programas gerais para o sistema do FGTS (CASSAR, 2018, p. 1.195).

A Lei nº 11.491/07 instituiu o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, caracterizado pela aplicação de recursos do FGTS, destinado a investimentos em empreendimentos dos setores de aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovia, porto e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS (BRASIL 2007, p. 6).

A gestão da aplicação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é realizada pela Caixa Econômica Federal, seu agente operador, conforme o art. 4º da Lei nº 8.036/90 (BRASIL, 1990, p. 8.965).

A responsabilidade da Caixa Econômica Federal sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço está inserida no Estatuto da Caixa Econômica Federal, aprovado pelo Decreto nº 7.973/2013, que estabelece em seu art. 5º: “A CEF tem por objetivos: (...) XIII – atuar como agente operador e financeiro do FGTS” (BRASIL, 2013, p. 5).

Assim, a Caixa Econômica Federal demonstra sua importância na vida dos brasileiros, não apenas pela sua tradição, estando presente desde o século XIX em nosso país, mas pela sua constante renovação, de forma a adaptar-se às novas realidades e novas necessidades, como ocorreu com a reforma legislativa imposta pela Lei nº 13.467/2017, como veremos a seguir.

### **3 – Alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 em relação ao FGTS**

A reforma legislativa imposta pela Lei nº 13.467/2017 – a denominada reforma trabalhista – alterou diversos dispositivos normativos da Consolidação das Leis do Trabalho, e alguns deles relacionados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Dentre as alterações ocorridas que estão relacionadas ao FGTS, é possível citar a criação do trabalho intermitente, a criação da rescisão contratual por acordo entre empregado e empregador, a alteração do prazo de recolhimento das verbas rescisórias, e simplificação do saque dos valores depositados no FGTS por ocasião da rescisão contratual.

## DOCTRINA

O contrato de trabalho intermitente foi inserido na CLT com a inclusão do § 3º do art. 443, que assim dispõe:

“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.”

O trabalho intermitente não era previsto anteriormente na legislação brasileira, e, para Silva (2017, p. 72), “representa uma das grandes inovações da reforma de 2017, certamente a ser inserida na lista das quatro ou cinco maiores quebras de paradigma”.

Apesar de ser novidade na legislação trabalhista brasileira, o contrato intermitente não é inovação do legislador pátrio, sendo previsto em diversos países. No entanto, na maioria dos países em que o contrato de trabalho intermitente é possível, são estabelecidas condições mínimas de trabalho e de remuneração dos trabalhadores, ou é limitada sua utilização para situações específicas, como ocorre em Portugal e na Itália. Já no Brasil, não foi estabelecida garantia de mínimo de horas ou de remuneração, se aproximando do modelo inglês, o chamado *zero-hour contracts* (AUTUORI, 2018, p. 33).

De acordo com o *caput* do art. 452-A da CLT, o contrato de trabalho intermitente deve ser necessariamente celebrado por escrito – constituindo exceção à regra geral de se poder estabelecer contrato de trabalho de modo expresso ou tácito, de forma escrita ou verbal –, sob pena de não ser reconhecida como tal (CASSAR, 2018, p. 1.198).

De modo que o contrato de trabalho intermitente deve ser formalizado por escrito, e deve ser constituído já nessa modalidade, não sendo possível alterar um contrato de trabalho iniciado antes de 11 de novembro de 2017 para torná-lo intermitente. Além disso, é possível juridicamente dispensar um trabalhador e recontratá-lo como intermitente, mas tal conduta pode configurar a continuidade da relação de emprego na modalidade anterior, se a realidade fática assim revelar.

Conforme Silva (2017, p. 199),

“Dispensar o empregado veterano e o readmitir como intermitente é uma possibilidade jurídica, mas com enorme barreira fática, ou seja, a aplicação do princípio da continuidade da relação de emprego poderá levar a entendimento judicial ou administrativo de que a readmissão foi

## DOCTRINA

fraudulenta, como ocorre em várias outras figuras jurídicas – empregado para cooperado, empregado para autônomo e assim por diante.”

No chamado trabalho intermitente, o trabalhador é contratado em horas, dias ou meses negociados com o empregador. Trata-se de um contrato de trabalho peculiar, pois a prestação de serviços não é contínua, mas não deixa de ter subordinação. De modo que, atualmente, o contrato de trabalho pode ser estabelecido “para serviços descontínuos, transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade” (CASSAR, 2017, p. 201-202).

Conforme Autori e Burmann (2018, p. 34),

“O conceito do trabalho intermitente brasileiro desafia alguns dos dogmas centrais do Direito do Trabalho: (a) se contrapõe ao princípio da continuidade da relação de emprego; (b) relativiza a importância do elemento fático-jurídico da não eventualidade para a formação do vínculo de emprego; (c) quebra a regra da contratação por tempo à disposição; (d) permite que um empregado seja contratado sem garantia de trabalho ou remuneração mínima; e (e) admite que um trabalhador recuse serviços, sem que isso prejudique a sua condição de subordinado.”

Nessa modalidade de contratação, o trabalhador deverá ser avisado com antecedência pelo empregador sobre a necessidade do serviço, podendo ou não atender à convocação, sem qualquer ônus entre as partes em caso de recusa da oferta (CASSAR, 2017, p. 201-202).

No caso de prestação de serviço nessa modalidade, o pagamento será realizado por período trabalhado, imediatamente após a prestação dos serviços, e o período de inatividade não contempla remuneração, pois não é considerado tempo à disposição do empregador, já que o trabalhador pode prestar serviço a outros contratantes, conforme o disposto no § 5º do art. 452-A da CLT e o art. 4º da Portaria nº 349/2018 do Ministério do Trabalho.

Em defesa dessa forma de contratação, alega-se que é a maneira de formalizar o trabalho de pessoas que normalmente estariam na informalidade, como alguns vendedores, garçons, recepcionistas, entre tantos outros. Os únicos trabalhadores que não podem ser contratados nessa modalidade são os aeronautas, por força de lei, nos termos do § 3º do art. 443 da CLT.

Por outro lado, entende-se que o contrato intermitente injustamente repassa ao trabalhador os riscos do contrato do trabalho, que devem ser sempre suportados pelo empregador (CASSAR, 2017, p. 217). Além disso, o contrato de trabalho intermitente é considerado inconstitucional, por não representar a total proteção dos direitos básicos do trabalhador, e a própria dignidade hu-



mana do trabalhador, já que o “art. 452-A da CLT só atende aos interesses dos empresários e não dos trabalhadores” (CASSAR, 2017, p. 217).

Outra crítica realizada a essa modalidade de contrato de trabalho diz respeito a uma possível precarização do trabalho, por ser uma forma de manter inúmeros trabalhadores subempregados, que formalmente estão empregados, mas que não possuem remuneração. Tal questão possui grande relevância social, já que o contrato intermitente, além de mascarar os reais índices de desemprego, afasta o direito ao trabalhador ao seguro-desemprego (SILVA, 2017, p. 73).

Em relação ao depósito do FGTS, o § 8º do art. 452-A CLT e o art. 6º da Portaria nº 349/2018 preveem a obrigatoriedade do empregador em fornecer ao trabalhador intermitente o comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária do depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CASSAR, 2017, p. 202).

Além da possibilidade de contratação na modalidade intermitente, a Lei nº 13.467/2017 trouxe a possibilidade de rescisão contratual por acordo entre empregado e empregador, com a inclusão do art. 484-A da CLT.

A inclusão da rescisão de contrato de trabalho por acordo formalizou uma prática antes corriqueira no mercado de trabalho, mas que ocorria de forma simulada, totalmente à margem do sistema, quando o trabalhador solicitava ao seu empregador para ser dispensado, mas que a rescisão fosse realizada como se fosse de iniciativa do empregador, se comprometendo o trabalhador a devolver a indenização de 40% do fundo de garantia.

A simulação ocorrida até então onerava duplamente os cofres públicos, já que possibilitava ao trabalhador o acesso ao seguro-desemprego de forma indevida, uma vez que seu desemprego não era involuntário, e o também indevido saque dos recursos depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, privando o FGTS de contar com os recursos indevidamente levantados pelo trabalhador.

Nesse sentido, ressaltam Lima e Peressin (2018, p. 81):

“Vale notar que, embora passível de punição, inclusive na esfera criminal, em função da prática de crime de estelionato, com pena aumentada por tratar-se de crime praticado em detrimento de entidade de direito público e de assistência social, conforme previsto pelo art. 171, § 3º, do CP, esta prática não raras vezes é constatada no ambiente laboral, principalmente de pequenas empresas, com sistema pouco desenvolvido de rotinas trabalhistas e de *compliance* laboral.”

## DOCTRINA

Quanto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a inclusão do art. 484-A na CLT trouxe duas importantes alterações ao direito do trabalho brasileiro. A extinção do contrato de trabalho por comum acordo determina que o trabalhador faz jus ao recebimento de metade da indenização adicional do FGTS, e que possa movimentar até 80% do valor depositado em sua conta vinculada no FGTS.

Assim, no caso de extinção do contrato de trabalho por comum acordo, o trabalhador receberá metade da indenização adicional do FGTS e do aviso prévio, se indenizado. As demais verbas trabalhistas – saldo de salário, férias e 13º salário – são devidas integralmente, com exceção do direito ao seguro-desemprego, e da limitação a movimentação da conta do FGTS.

Conforme Silva (2017, p. 88),

“A rescisão por mútuo consentimento assegura ao empregado o direito de sacar 80% dos depósitos do fundo de garantia – impondo-se adaptação dos órgãos gestores a essa nova modalidade, com a devida brevidade para não frustrar os trabalhadores ao exercício desse direito – mas não assegura o direito ao acesso ao seguro-desemprego, por se entender que, de uma forma ou de outra, não se trata do desemprego voluntário, como requer o art. 7º, III, da CF.”

Nesse sentido, a Caixa Econômica Federal já está adaptada à alteração imposta pela Lei nº 13.467/2017, já que seus normativos internos simplificaram os documentos necessários para a movimentação da conta vinculada do FGTS em caso de rescisão de contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2018, p. 61).

Em relação ao FGTS, a Lei nº 13.467/2017 alterou também o prazo de recolhimento das verbas rescisórias, independentemente do tipo de aviso prévio, com a nova redação do § 6º do art. 477 da CLT, que determina que referido pagamento deverá ser efetuado em até dez dias a partir do término do contrato.

Antes, com a redação anterior do § 6º do art. 477, o prazo para pagamento das parcelas rescisórias era distinto dependendo da forma de término do contrato de trabalho, sendo de um dia útil nos casos de cumprimento de aviso prévio, e de 10 dias, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

Nesse sentido, esclarece Silva (2017, p. 73):

“Doravante, todos recebem as verbas rescisórias no mesmo prazo, de 10 dias após o término do contrato. Prefira interpretar esse dispositivo

com 10 dias após a cessação da prestação de serviços, não se projetando o aviso prévio indenizado para, ao depois, computar o prazo, sob pena de frustração do procedimento rescisório e do acesso ao trabalhador do dinheiro necessário para fazer frente ao período de desemprego.”

Com a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho também houve a simplificação da documentação exigida por ocasião da rescisão contratual, com a inclusão do § 10º no art. 477 da CLT, que possibilita a movimentação da conta vinculada no FGTS e o requerimento do seguro-desemprego com a apresentação da anotação da baixa do contrato de trabalho na CTPS, desde que o empregador tenha realizado a comunicação da dispensa aos órgãos competentes.

De modo que não é mais necessária a apresentação junto à Caixa Econômica Federal dos termos de quitação da rescisão do contrato de trabalho, do termo de homologação do contrato de trabalho pelo sindicato ou mesmo do termo de rescisão do contrato de trabalho para realizar o saque dos valores depositados nas contas vinculadas do FGTS para as rescisões realizadas sob a égide da nova lei. De modo que a Caixa Econômica Federal não é apenas mais uma instituição financeira dentre as diversas existentes no país, pois além de agente operador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, é instituição muito presente no cotidiano dos brasileiros, e que está constantemente se adaptando às novas necessidades, prestando bom atendimento à população em geral e garantindo o acesso dos trabalhadores a seus direitos estabelecidos pela legislação.

### **Considerações finais**

O Direito pode ser definido como o conjunto de normas que regula a vida em sociedade. Por determinar o comportamento humano, o Direito nunca está isento de críticas, seja por segmentos isolados ou por parcelas mais significativas da população.

Assim ocorre com o Direito do Trabalho, que muitas vezes é objeto de crítica por parte do empresariado, que reclama do alto custo de manutenção de qualquer atividade produtiva no país, e atribui a maior parte de seus desafios à legislação trabalhista, sob a alegação que se trata de legislação demasiadamente protetiva, onerando de forma excessiva os empregadores.

Diante de tal descontentamento por parte dos empresários, em dezembro de 2016 foi apresentado o Projeto de Lei nº 6.787/2016 que, sem maior discussão entre os diversos segmentos da sociedade, foi aprovado e transformado na Lei nº 13.467/2017, que passou a vigorar em novembro de 2017, alterando mais de uma centena de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, e ignorando

## DOCTRINA

a jurisprudência criada nas últimas décadas, ou seja, entre a apresentação da proposição legislativa e o início da vigência da chamada “reforma trabalhista”, se passou menos de um ano, evidenciando que não houve a discussão e o aprofundamento necessários, situação que ocasionou não apenas uma reforma legislativa apressada e, em alguns pontos, até mesmo contraditória, mas uma sensação de incerteza sobre o alcance de sua aplicação.

A incerteza ocasionada pela reforma legislativa imposta pela Lei nº 13.467/2017 atinge empregados e empregadores. Os trabalhadores estão apreensivos em relação à supressão e à limitação de determinados direitos, previstos anteriormente na legislação, ou construídos ao longo das últimas décadas pela jurisprudência. Os empresários estão divididos, pois, ora parecem aliviados por entenderem que seus custos foram reduzidos, ora ficam ainda mais inseguros, por não saberem com certeza a forma de aplicação das novas normas, ou a maneira que o Poder Judiciário interpretará tais regras.

Diante do pouco tempo de vigência da nova legislação, ainda não é possível determinar o alcance das novas regras, ocasionando grande insegurança jurídica entre empregados, empregadores e até mesmo entre os operadores do Direito.

Ainda restam muitas dúvidas sobre a reforma havida na Consolidação das Leis do Trabalho, mas não há dificuldade em perceber que somente a alteração legislativa imposta pela Lei nº 13.467/2017 não solucionará os problemas enfrentados pelos empresários – que muitas vezes reclamam somente da legislação trabalhista, mas efetivamente são sufocados pela alta carga tributária que sobrecarrega todas as atividades, além das crises social, política e econômica hoje existentes no Brasil, e que necessitam ser enfrentadas com a maior brevidade possível.

No entanto, apesar de muitos direitos terem sido suprimidos ou limitados, os chamados direitos fundamentais dos trabalhadores não foram atingidos pela reforma da Consolidação das Leis do Trabalho, já que se trata de direitos elencados e protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Assim ocorreu com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que é direito protegido pelo art. 7º, inciso III, da Constituição Federal, e que não sofreu significativas alterações com a reforma legislativa, fato altamente positivo, já que se trata de importante direito do trabalhador, que se socorre dos valores depositados nas contas vinculadas em situações muitas vezes de necessidade em sua vida.

As transformações impostas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pela Lei nº 13.467/2017 foram a criação da extinção do contrato de trabalho por comum acordo, a criação do contrato de trabalho na modalidade intermitente, a alteração do prazo para recolhimento das verbas rescisórias e a simplificação do saque dos valores depositados nas contas vinculadas por ocasião da rescisão contratual.

A Caixa Econômica Federal, como agente operador e financeiro do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, executa sua atribuição legal com excelência, e já efetivou as alterações necessárias para possibilitar o cumprimento das novas regras estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017 em relação ao FGTS, reafirmando não apenas seu compromisso com a sociedade brasileira, como também seu papel de uma das instituições mais importantes para o Brasil e para os brasileiros.

### Referências bibliográficas

ALVES, Marcos César Amador. A afirmação dos direitos fundamentais no trabalho como pressuposto primeiro da responsabilidade social empresarial. In: DELBONI, Denise Paiani; JOÃO, Paulo Sérgio. *Direito, gestão e prática: direito empresarial do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.

AUTUORI, Maria Helena; BURMANN, Marcia Sanz. Contrato de trabalho intermitente. In: MARTINEZ NETO, Aldo Augusto; BURMANN, Marcia Sanz; LACERDA, Nadia Demoliner; GALO, Thais (Coord.). *Reforma trabalhista brasileira em debate*. São Paulo: LTr, 2018.

BRAGA, Isabel; VILLAÇA, Carolina; BRANDÃO, Rogério. O pão nosso: em menos de 7 meses, sem o debate necessário com a sociedade, reforma muda mais de 100 artigos da CLT e precariza emprego no Brasil. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho*, p. 44-57, ano IV, n. 8, 2017.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. *Circular Caixa nº 839, de 20 de dezembro de 2018*. Publica o Manual FGTS Movimentação da conta vinculada, como instrumento disciplinador do saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Diário Oficial da União. Brasília, 28 dez. 2018, Seção 1, p. 316.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.973, de 28 de março de 2013*. Aprova o Estatuto da Caixa Econômica Federal – CEF, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1º abr. 2013. Seção 1, p. 5.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 14 maio 1990, Seção 1, p. 8.965.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.491, de 20 de junho de 2007*. Institui o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS, altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 21 jun. 2007, Seção 1, p. 6.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho. *Despacho de 14 de maio de 2018*. Aprova o Parecer nº 00248/2018/CONJUR-MTB/CGU/AGU para efeitos do art. 42 da Lei Complementar nº 73/1993, tendo em vista a relevância da matéria versada. Diário Oficial da União. Brasília, 15 maio 2018, Seção 1, p. 59.

## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Instrução Normativa da Secretaria de Inspeção do Trabalho nº 145, de 15 de junho de 2018*. Altera a Instrução Normativa nº 144, de 18 de maio de 2018, que dispõe sobre a fiscalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e das Contribuições Sociais instituídas pela Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001. Diário Oficial da União. Brasília, 18 jun. 2018, Seção 1, p. 138.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018*. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, 24 maio 2018, Seção 1, p. 92.

CASSAR, Vólia Bomfim (Org.). *CLT comparada e atualizada com a reforma trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista – Lei nº 13.467/2017*. 15. ed. São Paulo: Método, 2018.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novo enigma da esfinge: como os juízes do trabalho tratarão a reforma trabalhista? In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira (Coord.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro: homenagem a Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé*. São Paulo: LTr, 2018.

FERREIRA, Patricia Itala. *Clima organizacional e qualidade de vida no trabalho*. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Org.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A constitucionalização do direito do trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Doutrinas essenciais direito do trabalho e direito da seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: RT, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Aloizio; PERESSIN, Paulo. Extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregador e empregado: provocações sob a ótica da inovação legislativa e tendências futuras. In: MARTINEZ NETO, Aldo Augusto; BURMANN, Marcia Sanz; LACERDA, Nadia Demoliner; GALO, Thais (Coord.). *Reforma trabalhista brasileira em debate*. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Manual do FGTS*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

## DOUTRINA

SAMPAIO, Aluysio. Equivalência entre os dois regimes: CLT e FGTS – constitucionalidade da Lei nº 5.107. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Direito do trabalho e da seguridade social: contrato de trabalho*. São Paulo: RT, 2012. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2).

SEVERO, Valeté Souto. A proteção no princípio: elementos para a resistência à reforma. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira (Coord.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro: homenagem a Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé*. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

SIMÕES, Renato Mário Borges. O negociado (individual e coletivo) sobre o legislado. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira (Coord.). *Interpretação e aplicação da reforma trabalhista no direito brasileiro: homenagem a Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé*. São Paulo: LTr, 2018.

SUZUKI, Fábio Hiroshi. Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Doutrinas essenciais: direito do trabalho e direito da seguridade social – contrato de trabalho*. RT: São Paulo, 2012.

TÁCITO, Caio Sá Viana de Vasconcelos. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

WANDERLEY, Maria do Perpétuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 106-115, jul./set. 2009.

Recebido em: 18/08/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# A PREVALÊNCIA DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO QUANTO À FIXAÇÃO DO GRAU DE INSALUBRIDADE E A PRORROGAÇÃO DA JORNADA INSALUBRE

## *THE PREVALENCE OF THE AGREEMENTS AND LABOR COLLECTIVE CONVENTIONS AS TO THE FIXATION OF THE UNHEALTHINESS AND THE EXTENSION OF THE UNHEALTHY WORKDAY*

Salus Henrique Silveira Ferro\*

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho quanto à fixação do grau de insalubridade e prorrogação da jornada insalubre, conforme a nova redação do art. 611-A da CLT. Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista pela Lei nº 13.467 modificando de modo cirúrgico a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sobretudo, em determinados pontos de fundamental importância ao direito do trabalhador, tem-se uma maior preocupação acerca do instituto da insalubridade nas relações de trabalho. Tal relação de trabalho insalubre pode ser hoje barganhada através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, podendo ser fixado até mesmo o grau de insalubridade sem a presença de perícia realizada pelo Ministério do Trabalho. O método de abordagem é dedutivo, tendo em vista os riscos evidentes de uma jornada de trabalho insalubre, devem-se analisar os riscos e consequências tanto em âmbito jurídico quanto social ao trabalhador exposto a essas medidas arbitradas.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Insalubridade. Acordo Coletivo. Convenção Coletiva.

*ABSTRACT: The present work deals with the prevalence of agreements and collective work conventions with regard to the determination of the degree of unhealthiness and the extension of unhealthy journey, according the new writing of the Article 611 of the CLT. With the validity of the Labor Reform by the law number 13.467, there is a greater concert about the institute of the unhealthiness in the labor relations. Such an unhealthy working relationship can now be bargained through an agreement or collective bargaining agreement, and even the degree of unhealthiness can be fixed without the presence of expertise performed by the Ministry of Labor. The method of approach is deductive, in view of the obvious risks of an unhealthy working day, one*

---

\* Advogado; graduado em Direito pela Universidade Franciscana – UFN e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM; mestrando em Direito e Ciência Jurídica na Universidade de Lisboa –ULisboa.



*should analyze the risks and consequences both in the legal and social spheres of the worker exposed to these arbitrated measures.*

*KEYWORDS: Labor Reform. Unhealthy. Agreements Collective. Conventions Collective.*

## 1 – Introdução

A reforma trabalhista advinda da Lei nº 13.467/2017 modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em um efeito cirúrgico nas relações de trabalho e nos objetos que podem ser alvos da convenção e acordo coletivo. A pesquisa destina-se ao estudo da prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho quanto à fixação do grau de insalubridade e da possibilidade de prorrogação da jornada insalubre, conforme os incisos XII e XIII da nova redação do art. 611-A da CLT.

Os objetivos do trabalho dizem respeito não só as consequências jurídicas, mas também sociais dessa mudança, tendo como base de análise os princípios do direito do trabalho, sobretudo, o princípio da prevalência da norma mais favorável. Dito isso, a análise pretende responder não só a estas perguntas, mas também a possível mitigação dos direitos trabalhistas, a partir de uma análise mais aprofundada sobre o tema, pois perpassa o âmbito jurídico e tangencia o social, afetando diretamente a saúde dos trabalhadores nessa condição.

A insalubridade é um instituto sensível e um direito histórico para os trabalhadores, remunerados de acordo com o grau de insalubridade fixado. A nova redação dá brechas para o enquadramento de grau inferior ao legislado e a possibilidade de uma prorrogação da jornada em ambiente insalubre, sendo uma afronta aos direitos trabalhistas e caracterizando uma ausência de preocupação aos efeitos de longo prazo dessa medida.

Os riscos dos agentes nocivos à saúde são presumidos, encontrando-se descritos na Norma Regulamentadora NR-15, aprovada pela Portaria nº 3.214/78, com alterações posteriores. Por conta desses riscos, a jornada diária desses trabalhadores era menor, de acordo com o grau de insalubridade que se encontra, variando entre mínimo, médio e máximo, o que com a nova redação poderão ter seus valores alterados. Desse modo, o trabalhador se coloca em uma situação duplamente maléfica, o de prorrogar a sua jornada de trabalho em ambiente insalubre e de receber uma remuneração menor por isso, sem contar as consequências futuras para este trabalhador.

Dito isso, o método de abordagem é dedutivo, fazendo-se necessário analisar todas as questões que permeiam o enquadramento e fixação do grau de insalubridade pelas formas de negociação coletiva, pois em uma análise

prévia é possível evidenciar que os prejuízos não se fazem presente só ao trabalhador em ambiente insalubre, mas ao próprio Estado que deve lidar com tais problemas futuros, consequência de uma reforma precipitada e apressada por parte de seus legisladores.

## **2 – As negociações coletivas de trabalho – alterações e sua importância na nova redação da Lei nº 13.467 de 2017**

As relações de trabalho, em um primeiro momento, foram a principal pauta do novo governo, com o fito de diminuir o desemprego e aumentar a concorrência de mercado dando-lhe produtividade. Consagrada pela Lei nº 13.467, de 2017, tais objetivos geraram uma redução significativa no número de demandas judiciais acerca das relações de trabalho, constituída por uma reforma que inseriu 96 disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>1</sup>.

Dentre tais alterações e acréscimos ocorridos com a entrada em vigor da lei, tem-se uma enorme importância acerca das negociações coletivas, conferindo-lhe sua prevalência à lei em diversos aspectos, elencados nos objetos dos incisos no art. 611-A inserido na CLT<sup>2</sup>.

Ao se tratar de negociações coletivas, que visam um interesse da coletividade com o fito de garantir a própria existência, o papel de uma entidade representativa tem-se força ao equilibrar o poder de barganha das relações de trabalho, norteadas por princípios fundamentais do direito trabalhista como o princípio da proteção, surgem a partir daí os sindicatos<sup>3</sup>.

Os sindicatos possuem a legitimidade privativa para representar os integrantes dessas categorias profissionais previstas no art. 8º, inciso III, da CF/88. A partir daí as negociações coletivas fizeram-se cada vez mais presentes, resultando-se em dois distintos institutos, a convenção coletiva e, posteriormente, o acordo coletivo.

Em um breve panorama histórico, o surgimento das convenções coletivas no ordenamento jurídico brasileiro deu-se através do Decreto nº 21.761, de 1932,

---

1 PORTAL STF. *PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça*. Agosto, 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 14 set. 2019.

2 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*, 2017. Alterada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, Brasil. Aprovada alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República. *Diário oficial*. Brasil, 2017.

3 SILVA, Ruy E. Reforma trabalhista e o adicional de insalubridade. *Migalhas*, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272303,51045Reforma+Trabalhista+e+o+adicional+de+insalubridade>>. Acesso em: 20 set. 2019.

no qual possuía um caráter amplo que incluía todas as categorias profissionais e econômicas e, posteriormente, tendo caráter constitucional ao ser positivada na Constituição de 1934<sup>4</sup>.

Com a criação e o desenvolvimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>5</sup>, passou a existir em âmbito mundial uma preocupação com as relações de trabalho, tendo em vista que não havia uma harmonização nas normas e regras trabalhistas. Os países-membros começaram a pautar-se pelas recomendações e regulamentações da organização, realizando suas próprias normas internas. A própria natureza da convenção coletiva é um dos exemplos de recomendação da organização que foi incorporada na legislação brasileira, evidenciada na Recomendação de nº 91 da OIT<sup>6</sup>.

Tendo em vista a forte influência das convenções e recomendações da OIT e sua natureza *erga omnes* para a caracterização do negócio jurídico, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reproduziu redação condizente com a definição da recomendação da OIT acerca das convenções coletivas, evidenciada no *caput* do art. 611 da CLT.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), advinda do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, é fruto das convenções da OIT, tendo como fito satisfazer a necessidade de uma sistematização do Direito do Trabalho brasileiro, em que anteriormente era formado somente por leis esparsas acerca do tema<sup>7</sup>.

Já o acordo coletivo, que embora tenha sido implementado pelo Decreto-Lei nº 229, de 1967, fora somente constitucionalizado em 1988<sup>8</sup>, com o fito de estreitar as relações entre empregadores e empregados das normas pactuadas dentro da própria empresa, passando a existir no ordenamento jurídico trabalhista dois instrumentos legais de negociação coletiva, a convenção coletiva e o acordo coletivo.

---

4 CARDOSO, Jucelino. *Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho: aspectos destacados*. 2006. 81 f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

5 A Organização Internacional do Trabalho foi instituída em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes, faz parte da Organização das Nações Unidas e é especializada também em questões referentes às causas trabalhistas.

6 OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Portarias e convenções da OIT*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_3.8.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_3.8.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2019.

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99.

8 A Constituição de 1988 foi um marco aos direitos dos cidadãos brasileiros, ao garantir liberdades civis e deveres do Estado, por seu caráter histórico e de promulgação pós-regime militar, fora apelidada também de constituição cidadã.

## DOCTRINA

Diferentemente da convenção coletiva de trabalho, que vale para toda a categoria representada, o acordo coletivo se limita às empresas acordantes e seus respectivos empregados, visando à manutenção do bem-estar social das relações de trabalho. A ideia principal desse novo instrumento jurídico é dirimir dúvidas e propor uma amenização de determinadas regras deliberadas acerca de uma categoria econômica específica, aplicáveis e estabelecidas dentro do âmbito da empresa. A celebração desse novo acordo dá-se através do art. 611, § 1º, conforme dispõe a CLT:

“É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem as condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.”<sup>9</sup>

Em termos gerais, os acordos coletivos de trabalho buscam estipular regras específicas a cada uma das partes envolvidas, flexibilizando-as e racionalizando as normas legais, mediante suas minutas<sup>10</sup>. Uma das características do acordo coletivo de trabalho é justamente a possibilidade de pactuar regras que necessariamente não possuem o amparo jurídico nas leis, ou seja, àquelas que não poderiam ser celebradas em um contrato individual, suprimindo e validando essa lacuna, cuja normatização aufere segurança jurídica.

Diante de seu caráter *inter partes*, identificado pela restrição de seus efeitos aos sujeitos acordantes do ato jurídico, o acordo coletivo de trabalho, em um primeiro momento, passa a ser um acordo que apesar de ser restrito, impõe regras mais condizentes com a realidade do trabalhador, haja vista que tais determinações têm sua validade para as relações de trabalho dentro de sua própria empresa<sup>11</sup>.

Consoante com o conceito, diante de uma reforma trabalhista que visa uma maior autonomia nas relações de trabalho com o mínimo de influências e burocracias externas, deu-se aos objetos tratados em negociação coletiva

9 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *op. cit.*

10 CARDOSO, Jucelino. *Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho: aspectos destacados*. 2006. 81 f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

11 Nesse ponto, é importante destacar o princípio desenvolvido pela autora Maria Cecília Máximo Teodoro em seu livro *O Princípio da Adequação Setorial Negociada No Direito do Trabalho*. O princípio trata das possibilidades e limites da negociação coletiva, estabelecendo critérios de harmonização entre as normas advindas da negociação coletiva e da legislação. Por esse princípio, as negociações coletivas por serem autônomas e constituídas para determinada categoria prevalecem sobre a lei, que possui um caráter externo e que muitas vezes não condiz com a realidade do trabalhador.

a prevalência dos acordados em acordo coletivo, tratando de hierarquizar os instrumentos de negociação.

## 2.1 – Uma análise acerca da prevalência do acordo coletivo de trabalho e o princípio da norma mais favorável

Essa maior aproximação das relações trabalhistas, estabelecendo as condições de trabalho pelo acordo coletivo, torna-se alvo de uma importante alteração com a reforma trabalhista, por garantir a sua prevalência ante o estipulado nas convenções coletivas, conforme a nova redação do art. 620 da CLT: “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Ocorre que, apesar da existência de hierarquia das formas de negociação coletiva, identificada na redação do referido artigo, este altera a compreensão de seus efeitos nas relações de trabalho ao adicionar a expressão “sempre” à redação, podendo estipular determinadas condições em acordo coletivo que podem prejudicar o trabalhador ante o estipulado em convenção coletiva.

Além disso, o art. 620 anterior à reforma trabalhista, dada pela redação do Decreto-lei nº 229, deixava claro a sua preocupação quanto às condições que estavam estipuladas nas convenções e acordos coletivos, deixando clara a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador. O novo art. 620 da CLT vai de encontro ao princípio da norma mais favorável nas relações de trabalho, em que havendo conflito entre duas ou mais normas vigentes aplicáveis à mesma situação, vale a mais vantajosa ao trabalhador<sup>12</sup>.

Deve-se levar em conta, que a legislação brasileira, para qualquer ramo do Direito, pauta-se nos princípios como fontes basilares, influenciando tanto na formação como na aplicação. No que tange aos princípios fundamentais de Direito do Trabalho: “São os que norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento”<sup>13</sup>.

Tendo isso em vista, o princípio da norma mais favorável pode ser compreendido onde “havendo pluralidade de normas, com vigência simultânea,

---

12 MATOS, Larissa Lopes. O princípio da proteção e da norma mais favorável no direito do trabalho, diante das alterações promovidas pela Lei 13.467/17: uma análise à luz do direito constitucional e internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5545, 2018, p. 80. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67527>>. Acesso em: 22 set. 2019.

13 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 64-65.

aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se optar pela norma mais favorável ao trabalhador”<sup>14</sup>. Ademais, Silva, ao fazer uma análise mais aprofundada, evidencia que é o princípio com maior amplitude em termos de proteção ao trabalhador.

O conflito entre regras e princípios é objeto de discussão por muitos doutrinadores ao longo do tempo. De um modo geral, são os princípios que regem as regras, tendo em sua natureza uma norma essencial às estruturas basilares à interpretação e sistematização do direito positivado, ou seja, constituem-se parâmetros para a interpretação das lacunas jurídicas, como bem esclarece Miguel Reale:

“O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a este não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação.”<sup>15</sup>

Os princípios não são apenas meros preceitos da ordem moral ou social, mas possuem a natureza de se inserir na experiência jurídica, de acordo com Alberto do Amaral: “os princípios são comandos genéricos que estabelecem um planejamento para o legislador como para o intérprete”<sup>16</sup>. Nesse sentido, os princípios dão base às normas, garantindo a segurança jurídica e viabilizando os valores existentes.

Ao analisar os efeitos dos princípios no direito trabalhista, pode-se dizer que se constituem como guardiões do direito do trabalho, garantindo a essência do ordenamento jurídico em caso de alteração ou revogação de leis. Outrossim, é o ponto mais forte para coroar as conquistas sociais, a fim de afastar artifícios que podem macular direitos positivados. Assim, pode-se afirmar que quando as regras não alcançarem os princípios basilares e norteadores do Direito do Trabalho, deverão por ser afastadas, pois o ideal da justiça trabalhista não pode ser atingido sem a incidência dos princípios, pela própria garantia e instituto que compensam uma eventual desigualdade econômica entre os sujeitos.

---

14 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 65.

15 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 304.

16 AMARAL, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993. p. 27.

Diante de tais pressupostos, surge a possibilidade de aplicar o referido princípio da norma mais favorável, mesmo que não haja autorização legal expressa na legislação laboral. Em tal caso, países como França e Itália aplicam o princípio da norma mais favorável, mesmo não existindo preceito legal exposto, pois o referido princípio subsiste na Constituição da OIT do qual o Brasil também é signatário<sup>17</sup>.

Por se tratar de uma alteração recente, a aplicação dos arts. 611-A e 620 da CLT ainda é uma incógnita<sup>18</sup>, de qualquer modo, estando a lei em vigência, faz-se necessário uma análise acerca dos possíveis desdobramentos jurídicos e sociais da nova redação, tratados no capítulo seguinte.

### **3 – A prorrogação da jornada insalubre e o enquadramento do grau de insalubridade elencados nos incisos XII e XIII do art. 611-A da CLT**

A discriminação dos agentes considerados nocivos à saúde, tanto na sua utilização como em sua operação é descrita nos anexos da Norma Regulamentadora nº 15, sendo de extrema importância e de uma grande conquista social ao longo do tempo, em que não existiam parâmetros para a fixação de insalubridade e sequer legislações específicas para o tema, deixando o trabalhador a mercê do acordado com o empregador e de todos os riscos sem a mínima proteção. A partir do surgimento de movimentos coletivos, acompanhados de revoltas sociais, propiciou-se uma importante mudança de paradigma no cenário produtivo daquela época, sendo desenvolvida e consolidada ao longo do tempo.

Após anos de conquistas sociais, a OIT, em 1919, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, deram base para uma estrutura mais humanista das relações de trabalho<sup>19</sup>, influenciando o sistema jurídico trabalhista brasileiro. Razão que em 14 de janeiro de 1936 surge no Brasil, através da Lei nº 185, o adicional de insalubridade e em 1955 o adicional de periculosidade.

---

17 MATOS, Larissa Lopes. O princípio da proteção e da norma mais favorável no direito do trabalho, diante das alterações promovidas pela Lei 13.467/17: uma análise à luz do direito constitucional e internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5545, 2018, p. 80. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67527>>. Acesso em: 22 set. 2019.

18 Por se tratar de uma reforma que modificou significativamente o Direito do Trabalho, a reforma trabalhista é alvo de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que estão tramitando no Supremo Tribunal Federal (STF), por considerar a inconstitucionalidade de diversos artigos, porém muitas ainda sem a previsão de decisão, inexistindo garantia jurídica nesses quesitos.

19 Cabe ainda destacar, o importante papel da encíclica *Rerum Novarum* escrita em 1891 pelo Papa Leão XIII, debatendo as condições das classes trabalhadoras acerca de questões levantadas durante a revolução industrial e as sociedades democráticas, influenciando em um novo pensamento e movimento político, a Democracia Cristã.

Importante salientar que para o trabalho insalubre, por se tratar de um trabalho que exige uma exposição direta e de limite superior de exposição a um agente nocivo, o adicional de insalubridade surge como uma natureza de assegurar a subsistência do trabalhador em ambiente insalubre, pois se compreendia que uma alimentação mais saudável evitaria as doenças ocupacionais<sup>20</sup>.

Atualmente, por conta do art. 166 da CLT e NR nº 06, busca-se uma minimização dos riscos ao fornecer Equipamento de Proteção Individual (EPI) gratuitos aos empregados, que, por vezes, podem eliminar ou até neutralizar o pagamento do adicional.

Por se tratar de agentes nocivos, o art. 192 da CLT assegura o adicional de insalubridade ao trabalhador exposto acima dos limites de tolerância, sendo remunerado de acordo com o grau fixado que varia entre mínimo 10%, médio 20% e máximo 40%, da porcentagem definida sobre a base do salário-mínimo<sup>21</sup>.

Ocorre que, apesar de existir todo um critério específico para a fixação e o enquadramento do grau de insalubridade, realizada através de perícia, com o fito de resguardar o direito do trabalhador e a segurança jurídica de tais decisões periciais, a reforma trabalhista interveio em tais regulamentos legais, estabelecendo o enquadramento do grau e a prorrogação da jornada insalubre no rol do art. 611-A da CLT:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.”

---

20 SILVA, Bruno Ferreira Viana. *Evolução histórica das negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico brasileiro*. 2013. 61 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ceará, Fortaleza, 2013.

21 A questão da base de cálculo da insalubridade já foi alvo de questionamento e contradição na área jurídica, a base de cálculo desde 1977 era o salário mínimo, porém, em 2008, o STF editou Súmula Vinculante nº4 abrindo precedentes de base de cálculo sobre o salário base, ao por entender que o salário mínimo não poderia ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem ao empregado. O próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST), na Súmula nº 228, já havia disposto que o salário-mínimo seria a base de cálculo, porém, devido às controvérsias com a Súmula nº 04 do STF, alterou sua súmula para que o cálculo se faça pela base de cálculo mais vantajosa ao empregado. Diante disso, o trecho editado pela Súmula nº 228 fora liminarmente suspenso e posteriormente cassado de forma definitiva pelo STF, estabelecendo jurisprudencialmente o salário mínimo como o critério para a base de cálculo.



## DOCTRINA

Por conta da exposição de tais riscos, é evidente que a jornada de trabalho deveria ser menor. Entretanto, a nova redação dá a possibilidade de que seja estabelecida a porcentagem do grau de insalubridade mínimo (10%) para o que anteriormente detinha o grau máximo (40%), interferindo diretamente na renda do trabalhador e nos procedimentos periciais estabelecidos.

Já em outro momento, de acordo com o inciso XIII, a jornada em ambiente insalubre poderá ser prorrogada, ou seja, há a possibilidade de estabelecer jornadas diárias maiores sob o efeito de tais agentes nocivos à saúde, como é o exemplo do parágrafo único do art. 60 da CLT, ao dispensar a exigência da licença prévia no regime de 12x36, jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

O trabalhador nessa situação se vê na iminência de uma conclusão lógica: poderá ganhar menos e trabalhar mais em um ambiente precário à sua saúde. Nesse mesmo sentido, conclui-se que para ganhar o salário determinado anteriormente pela porcentagem em grau máximo e estabelecido o atual em mínimo, deverá trabalhar mais horas em um ambiente que lhe prejudica para obter o mesmo ganho, tem-se aí a lógica da produtividade com que a reforma se obrigou a fazer.

Diante de uma reforma trabalhista que envolveu muitas redações problemáticas e de pouca segurança jurídica, foram ajuizadas com o decorrer do tempo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), para reverter certos artigos identificados como inconstitucionais.

No que tange ao instituto da insalubridade, recentemente houve uma decisão acerca da ADI, em relação à prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre por gestantes e lactantes, prática que fora positivada com a reforma. Em um primeiro momento, em caráter liminar na ADI 5.938 foi suspenso o referido artigo e, posteriormente, em votação definitiva foi vetado, tornando o trecho inconstitucional. O argumento utilizado e a problemática em questão vão muito além do âmbito jurídico, embora haja uma legislação que garanta o direito à vida e a proteção das gestantes e lactantes. Ao encontro de uma análise social de caráter humanista, o próprio relator do caso, Ministro Alexandre de Moraes, questionou em seu voto<sup>22</sup>: “quem de nós gostaria que nossas filhas, irmãs, netas, grávidas ou lactantes continuassem a trabalhar em ambientes insalubres?”.

---

22 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/stf-confirma-proibicao-de-trabalho-insalubre-de-gestantes-e-lactantes>>. Acesso em: 5 set. 2019.

Assim, surge a necessidade de verificar as consequências dos efeitos proporcionados ao trabalhador brasileiro, pela nova redação do art. 611-A, pois a análise perpassa o âmbito jurídico e apresenta-se como uma análise de cunho social, ao caracterizar a inconstitucionalidade não só restrita no campo jurídico de princípios e regras, mas também ao social, pois as consequências dos efeitos transmitidos pela nova redação proporcionam danos ao trabalhador que devem ser combatidos.

### **3.1 – Dos efeitos e consequências ao trabalhador em ambiente insalubre – a problemática nas relações de trabalho em sua nova redação**

De forma sucinta, percebe-se nesse contexto que há uma condição duplamente maléfica ao trabalhador. O enquadramento do grau de insalubridade que é diretamente um ganho monetário ao trabalhador, realizada através de perícia especializada, que por exercer seu labor em ambiente cujos limites de tolerância são superiores e que passa a afetar a sua saúde, pode ser agora enquadrado em porcentagem de ganho monetário diverso do legislado e do concluído pelos agentes credenciados.

Já a prorrogação da jornada de trabalho sem a licença prévia impõe ao trabalhador a condição de realizar o seu labor em ambiente insalubre, permitindo o contato com os agentes nocivos em sua saúde por mais tempo, sendo diretamente afetado por não existir a perícia adequada à prorrogação laboral pelos profissionais credenciados que atuam sob a personalidade jurídica do próprio Estado.

Assim, dá-se a seguinte e possível consequência jurídica da nova redação: o trabalhador irá ter uma remuneração menor mesmo exercendo o seu labor em condições de agentes nocivos superiores ao estabelecido e ficará mais tempo em contato direto com os agentes ao prorrogar o trabalho sem a devida perícia adequada ao labor, afetando duplamente a sua saúde.

Ninguém em plena consciência quer ter o seu ganho mensal afetado de alguma forma, ainda mais quando se trata de profissões com baixo grau de escolaridade e, por conseguinte, base salarial, como é a grande realidade das fábricas e das pessoas que desempenham funções insalubres. Portanto, conclui-se que os incisos XII e XIII do art. 611-A comunicam-se entre si, pois de um lado retira direitos e remuneração antes garantida e, de outro, abre a possibilidade para, ao exercer maior produtividade, auferir a mesma renda que anteriormente detinha. Nesse sentido, como poderia ser dada essa diferença salarial na prática?

Com o enquadramento do grau de insalubridade inferior, o trabalhador ficará dependendo da prorrogação da jornada de trabalho insalubre, agora permitida, para poder adquirir o ganho que anteriormente auferia nas mesmas condições pelo enquadramento que lhe era assegurado.

Apesar de o risco para o trabalhador em ambiente insalubre ser ainda obscuro, é necessário alertar que desde o primeiro contato com o agente nocivo, o trabalhador sofre repercussões em sua saúde física, podendo gerar sequelas por toda a sua vida<sup>23</sup>.

Tais repercussões estão longe do alcance humano, em que por mais que se previna dos possíveis eventos, sempre serão incertos, pois existe a probabilidade. Nesse ponto, vale destacar o próprio princípio da precaução, consistindo em uma adoção antecipada de medidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável no ambiente do trabalho. Contudo, há o fator psicológico da exposição a esse risco presente na insalubridade, cujo trabalhador segue sofrendo e tendo a consciência dos efeitos danosos a sua saúde, desde o primeiro dia de trabalho com o agente nocivo<sup>24</sup>.

Faz-se necessário que as pessoas físicas e jurídicas atentem ao meio ambiente laboral, conforme o art. 7º, XXII e XXIII, da própria Constituição Federal, em que prevê a redução dos riscos inerentes do trabalho, por meio das normas, a fim de que tenham a garantia de um meio ambiente de trabalho saudável e o adicional de remuneração para essas pessoas. Porém, o adicional de insalubridade não deve ser compreendido como uma remuneração mensal por perda de parte de sua saúde, haja vista que o empregador deve ter meios para adotar as medidas de proteção aos trabalhadores<sup>25</sup>. Ocorre que na lógica brasileira, segundo Sebastião de Oliveira:

“Em vez de eliminar a insalubridade na fonte ou de adotar medidas coletivas de neutralização, o empresário prefere a solução mais cômoda, mais barata, porém a menos eficiente: fornecer o equipamento de proteção individual – EPI. Para o trabalhador, muitas vezes, o EPI é

---

23 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

24 ALMEIDA Jr., J. T. M.; MENDES. R. L. Insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho: uma análise dos riscos à saúde do empregado. *Revista Eletrônica OAB/RJ*. Edição Especial – Direito Ambiental. 2017. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br>>. Acesso em: 15 set. 2019.

25 Em uma análise extensiva, pode-se verificar uma aproximação com o princípio do poluidor-pagador no direito ambiental, onde se imputa a responsabilidade do poluidor em arcar com os custos resultantes de uma atividade poluente.

sinônimo de desconforto, incômodo que limita as percepções, causando, algumas vezes, até mesmo a sensação de insegurança.”<sup>26</sup>

Destarte, existem medidas individuais para fenômenos que envolvem toda uma coletividade, em que pela ignorância dos trabalhadores em relação aos riscos à saúde levam a preferir o pagamento irrisório, ou seja, de forma inconsciente os trabalhadores preferem vender a sua saúde por um preço mínimo do que lutar por melhores condições<sup>27</sup>. Como evidenciado, os resultados de sua negligência aparecem de forma lenta e gradual, porém, diante de tal escolha, contenta-se com um ganho salarial maior.

Tal é a problemática acerca da insalubridade, que por serem submissos, os trabalhadores realizam a atividade insalubre para garantir um adicional mensal que necessitam por geralmente serem de classes mais baixas da sociedade, com salários menores. Outro argumento deve-se ao fato de que com a minimização da insalubridade e o aparelhamento de equipamentos coletivos ao combate dos agentes nocivos, o empregador não seja obrigado a pagar o adicional, nesse contexto, as normas coletivas seriam prejudiciais ao ganho do trabalhador, preferindo vender a sua saúde ao estar intimamente ligada ao fator monetário.

#### 4 – Conclusão

Ao hierarquizar o acordo coletivo e a convenção coletiva, estabelecendo a prevalência sobre a lei, diante do art. 611-A da CLT, a nova redação possibilita uma interpretação prejudicial para o trabalhador, ao mitigar, em um primeiro momento, os efeitos de uma condição mais favorável ao trabalhador. Essa importante alteração pode ser compreendida pelo objetivo da reforma trabalhista em obter uma maior autonomia nas relações de trabalho, visto que o acordo coletivo, por ser um instrumento que estabelece condutas de acordo com as especificidades de um ambiente específico, qual seja a própria empresa, se sobressai ao acordado em convenção coletiva e a própria lei, conforme o art. 620 da CLT.

Resta evidente que a reforma trabalhista não observou por integrais muitas disposições acrescentadas, desencadeando em discussões que vão além do âmbito jurídico, para promover um cenário mais atrativo de produtividade e emprego à indústria. O instituto da insalubridade, que detinha uma jornada limitada e

---

26 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 164.

27 FARIAS, Rafael Donaldio de. A saúde do trabalho frente às condições insalubres que o trabalho proporciona. *Jusbrasil*. Artigo eletrônico. 2015. Disponível em: <<https://rafaelsenado.jusbrasil.com.br/artigos/245215601/a-saude-do-trabalhador-frente-as-condicoes-insalubres-que-o-trabalho-proporciona>>. Acesso em: 20 set. 2019.

com garantias fixadas, passa a ser um instrumento de destaque, viabilizando a produtividade desejada em locais de agentes nocivos, possibilitando uma remuneração inferior pelo enquadramento do grau e devendo supri-la através de uma prorrogação laboral no ambiente, que poderá lhe prejudicar futuramente.

Ainda, o labor em ambiente insalubre fica geralmente destinado a pessoas diretamente ligadas à produção, que geralmente não necessitaria de uma mão de obra qualificada para isso, refletindo em um baixo salário. O adicional de insalubridade mostra-se de extrema importância para esses trabalhadores, ao venderem a sua saúde a um provável risco futuro, sendo afetados monetariamente pelo enquadramento de grau diverso, eclodindo em um exercício da prorrogação da jornada em ambiente insalubre, agora permitido. Vale destacar que a reforma trabalhista proporcionou uma mitigação nos poderes e contribuições das entidades sindicais, cuja função histórica foi a defesa dos trabalhadores e a consolidação de um eventual maior poder de barganha, tornando possível um maior ganho nas eventuais negociações, ou seja, facilitando acordos em negociações coletivas que prejudiquem o trabalhador.

O princípio da norma mais favorável ao trabalhador passa a ser uma problemática, havendo consequências visíveis e apresentadas no decorrer do trabalho, presenciando uma insegurança jurídica não só aos efeitos do enquadramento e prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre, mas em toda a principiologia da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, há um grande número de disposições legais alvos de ADI no Supremo Tribunal Federal que ainda não foram julgados e que provavelmente pela problematização e discussão em questão não serão julgados a um curto prazo, proporcionando uma insegurança jurídica desde a entrada em vigor das novas redações.

A legislação trabalhista brasileira é fruto das convenções da OIT, sendo o Brasil um país signatário, é obrigado a pautar-se pelas recomendações e convenções do órgão, como é o próprio caso do princípio da norma mais favorável, que mesmo não estando presente expressamente em sua legislação, deve-se pautar pelas jurisprudências e doutrinas em prol do trabalhador. Embora não esteja expressamente na legislação brasileira, por decorrer de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de supralegal, a Lei nº 13.467/2017 tem o dever de observá-lo.

Outro argumento que corrobora com a inconstitucionalidade dos temas tratados pelo trabalho, dá-se de cunho constitucional, ao entender que o *caput* do art. 7º da Constituição Federal preceitua garantias mínimas aos trabalhadores, podendo ser estendido para as relações de trabalho insalubre e a possibilidade de o trabalhador ser prejudicado pela negociação coletiva.

Essa insegurança jurídica em um país periférico como o Brasil, permite inúmeras consequências que, inclusive, podem agravar uma crise ao vislumbrar um ambiente de incertezas, proporcionando desemprego e falta de investimento em setores industriais. De outro modo, as questões abordadas continuam a produzir os efeitos, fornecendo para o trabalhador em ambiente insalubre um risco maior aos agentes nocivos ao prorrogar o seu trabalho, e diminuindo-lhe o salário ao enquadramento inferior.

Por fim, há uma consequência estatal futura, pelo eventual agravamento na saúde do trabalhador ao longo do tempo, podendo ter a capacidade laboral limitada e recorrendo-se ao Estado para garantir o seu auxílio. Outrossim, como a prorrogação da jornada insalubre não era permitida anteriormente, dá-se brecha para a realização diária de jornadas extraordinárias, sem a licença prévia de um órgão fiscalizador estatal.

Isso posto, é passível concluir que a expectativa do exercício laboral em ambiente insalubre pode ser drasticamente diminuída, acarretando um auxílio estatal pelo reconhecimento prematuro de uma incapacidade, permitindo um aumento nos gastos públicos. Diante de todas as problemáticas e consequências evidenciadas pelo trabalho, caberá ao judiciário o devido controle de constitucionalidade para revogá-las o mais rápido possível com o intuito de cessar seus efeitos, ocasionando em segurança não só jurídica, mas à saúde do trabalhador.

### Referências bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. *STF confirma proibição de trabalho insalubre de gestantes e lactantes*. Maio, 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/stf-confirma-proibicao-de-trabalho-insalubre-de-gestantes-e-lactantes>>. Acesso em: 5 set. 2019.

ALMEIDA Jr., J. T. M.; MENDES. R. L. Insalubridade e periculosidade no ambiente de trabalho: uma análise dos riscos à saúde do empregado. *Revista Eletrônica OAB/RJ*. Edição Especial – Direito Ambiental. 2017. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br>>. Acesso em: 15 set. 2019.

AMARAL, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*, 2017. Alterada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, Brasil. Aprovada alteração da Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República. *Diário oficial*. Brasil, 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Revogações das disposições da CLT. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 9 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho. *Norma Regulamentadora Nº 15 (NR-15)*. Atividades e operações insalubres. Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978. Disponível em: <[http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpessoal/1360237303\\_nr15atualizada2011ii.pdf](http://www.ccb.usp.br/arquivos/arqpessoal/1360237303_nr15atualizada2011ii.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2019.

## DOCTRINA

CARDOSO, Jucelino. *Convenção coletiva na proteção do direito do trabalho: aspectos destacados*. 2006. 81 f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2006.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FARIAS, Rafael Donaldo de. A saúde do trabalho frente às condições insalubres que o trabalho proporciona. *Jusbrasil*. Artigo eletrônico. 2015. Disponível em: <<https://rafaelsenado.jusbrasil.com.br/artigos/245215601/a-saude-do-trabalhador-frente-as-condicoes-insalubres-que-o-trabalho-proporciona>>. Acesso em: 20 set. 2019.

LITHOLDO, Viviane Patrícia Scucuglia. *Os princípios de direito do trabalho: diretrizes para uma decisão justa e dinâmica*. São Paulo: LTr, 2013.

MATOS, Larissa Lopes. O princípio da proteção e da norma mais favorável no direito do trabalho, diante das alterações promovidas pela Lei 13.467/17: uma análise à luz do direito constitucional e internacional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5545, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67527>>. Acesso em: 22 set. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Portarias e convenções da OIT*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_3.8.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_3.8.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PORTAL STF. *PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça*. Agosto, 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 14 set. 2019.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Bruno Ferreira Viana. *Evolução histórica das negociações coletivas de trabalho e sua inocuidade ante o ordenamento jurídico brasileiro*. 2013. 61 f. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ceará, Fortaleza, 2013.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Ruy E. Reforma trabalhista e o adicional de insalubridade. *Migalhas*, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272303,51045Reforma+Trabalhista+e+o+adicional+de+insalubridade>>. Acesso em: 20 set. 2019.

SOUZA, Freire Cleidilene. Reforma trabalhista: análise sobre a possibilidade do enquadramento do grau de insalubridade via convenção coletiva de trabalho. *JusBrasil*. Publicado em 9 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60478/reforma-trabalhista>>. Acesso em: 11 set. 2019.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# APONTAMENTOS SOBRE O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E AS NOVAS FORMAS DE PRESTAÇÃO DO TRABALHO

## NOTES ON THE LABOR ENVIRONMENT AND NEW WAYS OF WORK

Luciana de Araujo Grillo Schaefer\*

**RESUMO:** Desde o surgimento do Direito do Trabalho até os dias atuais, avançou-se na proteção à saúde e à segurança do trabalhador, chegando-se ao conceito de meio ambiente do trabalho, que abrange a saúde física e mental do trabalhador, além do ambiente seguro onde desenvolve seu labor. Entretanto, o avanço da tecnologia trouxe novas formas de prestação do trabalho, como o teletrabalho e o trabalho através de plataformas digitais e com elas novos desafios. O presente artigo procura demonstrar que, diante dessas novas formas de trabalho, há que se buscar novas maneiras de proteger juridicamente o meio ambiente do trabalho, abrangendo todos os trabalhadores, e não apenas aqueles inseridos nos moldes da relação de emprego.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente do Trabalho. Teletrabalho. Novas Formas de Prestação do Trabalho. Saúde do Trabalhador.

**ABSTRACT:** From the emergence of labor law to the present day, progress has been made in protecting the health and safety of the worker, reaching the concept of the labor environment, which encompasses the physical and mental health of the worker, as well as the safe environment where he develops his work. However, the advancement of technology has brought new ways of work, such as home office and working through digital platforms and with them new challenges. The present article seeks to demonstrate that, in the face of these new forms of work, we must look for new ways to legally protect the work environment, encompassing all workers.

**KEYWORDS:** Labor Environment. Home Office. New Ways of Labor Providing. Worker Health.

### 1 – Introdução

O presente artigo pretende ser uma contribuição singela ao debate sobre o meio ambiente do trabalho e a proteção da saúde e da segurança do trabalhador inserido nas chamadas novas formas de prestação do trabalho, surgidas com o desenvolvimento tecnológico.

Para tanto, busca-se resumir, inicialmente, a evolução do Direito do Trabalho e da proteção jurídica da saúde e segurança do trabalhador. Em seguida,

---

\* Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí-Univali; mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí; advogada.



abordam-se as novas formas de trabalho, com foco no teletrabalho – recentemente regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho – e no trabalho via plataformas digitais, considerando a proteção jurídica da lei ordinária e da Constituição Federal.

Ao final, são traçadas algumas ideias relativas à necessidade de uma nova visão jurídica sobre o meio ambiente do trabalho e a proteção da saúde do trabalhador.

## **2 – A evolução do Direito do Trabalho e da proteção jurídica da saúde e da segurança do trabalhador**

O Direito do Trabalho foi construído a partir do paradigma de uma sociedade industrial, tendo como principal modelo de relação de trabalho a relação de emprego. Pode-se dizer que a Revolução Industrial trouxe o trabalho subordinado e assalariado como protagonista da então nova era de desenvolvimento, alavancada pela utilização da máquina na produção de bens.

Distinguem-se três grupos de fatores cuja combinação levou ao surgimento do Direito do Trabalho: fatores econômicos, fatores sociais e fatores políticos (DELGADO, 2018, p. 100). Os fatores econômicos são justamente a relação de emprego e a nova modalidade de organização do processo produtivo por meio da “grande indústria”, que se sobrepôs ao trabalho manufaturado. Através da relação de emprego, segundo Delgado, combinou-se a liberdade pessoal do trabalhador com a direção empresarial pelo empreendedor, resultando em uma fórmula então inovadora de organização do modo produtivo (DELGADO, 2018, p. 100). Já o modelo da “grande indústria” trouxe a utilização intensa da máquina, a especialização e a mecanização das tarefas, permitindo a fabricação em série, além de acentuar a formação de grandes contingentes urbanos de trabalhadores assalariados (DELGADO, 2018, p. 100-101).

Já do ponto de vista social, o Direito do Trabalho foi impulsionado pela concentração dos trabalhadores nas cidades industriais e sua identificação profissional a partir do fenômeno da prestação do trabalho subordinado no âmbito do estabelecimento empresarial (DELGADO, 2018, p. 101).

Por fim, considerando o ponto de vista político, identifica Delgado ações tanto da sociedade civil como do Estado que contribuíram para o surgimento do Direito do Trabalho. A sociedade civil, pela primeira vez, organiza-se em torno da ação coletiva como instrumento de pressão política e profissional, o que acabou por criar novas modalidades de normatização jurídica geradas pelos próprios destinatários das normas. E o Estado, a partir do século XIX, responde

às pressões e ações coletivas organizadas dos trabalhadores em prol de direitos relacionados ao trabalho, incorporando a normatização autônoma, ao lado da legislação estatal vigente, como ocorreu na Grã-Bretanha (DELGADO, 2018, p. 101-102).

A partir da segunda metade do século XIX, a ação coletiva dos trabalhadores acaba por se tornar um forte elemento de pressão no sentido de se contrapor à ideia liberal, do Direito Civil, centrada no sujeito individual (DELGADO, 2018, p. 103). Nascia, assim, a noção de que a relação de trabalho subordinada não poderia ter como suporte jurídico o Direito Civil, já que as partes nela envolvidas não se encontravam num patamar de igualdade. Ao contrário, enquanto o empregador era um “ser coletivo”, cujas ações alcançavam uma maior expressão, o empregado era um ser individual, que dependia do seu trabalho para sobreviver.

Com efeito, a ação dos próprios trabalhadores, aliada a uma série de outros movimentos com ideias de cunho socialista, como as do industrial britânico Robert Owen<sup>1</sup>, bem como a publicação do Manifesto Comunista (1848) de Marx e Engels; as leis esparsas, na Inglaterra e na França, regulamentando alguns aspectos da prestação do trabalho nas fábricas; e, ainda, a Encíclica *Rerum Novarum* (1891)<sup>2</sup>, culminaram no nascimento do Direito do Trabalho como um instrumento de regulamentação dessa nova relação entre empregado e empregador, que passou a existir a partir da Revolução Industrial. A característica marcante desse novo direito seria a intervenção estatal na relação privada entre empregador e empregado. Nesse sentido:

“Assinala-se que o Direito do Trabalho aparece como reação contra o ideário da doutrina liberal, que tinha como paradigma o abstencionismo estatal nas relações laborais. O princípio da autonomia da vontade e a liberdade das partes no processo de celebração contratual condiziam com a transposição, no plano jurídico, do liberalismo econômico, hegemônico no século XVIII e no início do século XIX.

Não obstante, progressivamente, substituiu-se o princípio liberal da primeira fase capitalista, consubstanciado na abstenção estatal, pelo princípio intervencionista, compreendido por uma ampla atividade do

---

1 Segundo Vólia Bomfim Cassar, o industrial promoveu, em 1800, profundas mudanças na sua fábrica de tecidos, como a não admissão de menores de 10 anos, jornada de 10 horas e meia de trabalho, medidas de higiene. Posteriormente, seria conhecido como pai do Direito do Trabalho e estabeleceu a criação do *Trade Union* (CASSAR, 2015, p. 15).

2 O documento papal apresenta preocupação com a questão social, sobretudo a exploração do ser humano no trabalho.

setor público no domínio econômico: o Estado-Providência (Estado do Bem Estar Social). Por essa forma, o aparelho estatal fez-se polícia, transformou-se em produtos e, finalmente, em administrador e planejador da atividade econômica.” (ROCHA, 2013, p. 43)

Além dos marcos importantes já mencionados na formação do Direito do Trabalho, destaca-se a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o Tratado de Versailles (1919), após a Primeira Guerra Mundial, e a introdução, pela primeira vez, de normas sociais na Constituição do México (1917) e na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919). Esses marcos históricos, como se vê, ocorreram já no início do século XX.

É curioso observar que essa evolução histórica em direção à formação do Direito do Trabalho inicia-se justamente com a revolta dos trabalhadores contra as más condições de trabalho, consubstanciadas no ambiente inseguro em que se desenvolvia, nas extensas jornadas e nos baixos salários, situação resumida no bordão inglês *eight hours to work, eight hours to sleep, eight hours to play, eight shillings a day*<sup>3</sup>.

Entretanto, o conceito de meio ambiente do trabalho equilibrado só surgiria bem mais tarde, com a preocupação acerca da saúde do trabalhador.

Como ensina Geraldo Sebastião de Oliveira, a preocupação com a saúde do trabalhador, ao longo da história, considerando-se como marco inicial a Revolução Industrial, passou por quatro fases, cujas datas apontam apenas um início aproximado: a etapa da medicina do trabalho (1830), a etapa da saúde ocupacional (1950), a etapa da saúde do trabalhador (1970) e a etapa da qualidade de vida do trabalhador (1985) (OLIVEIRA, 2001, p. 65). Tais etapas, explica o autor, não significam uma evolução cronológica, em que a etapa anterior foi substituída pela posterior; a compreensão mais adequada seria a de que tais etapas não se excluíram, tendo se complementado ou “estão sendo implantadas em épocas diferentes, de acordo com o desenvolvimento de cada país” (OLIVEIRA, 2001, p. 64). De forma didática:

“Utilizando-se da linguagem corrente na informática, pode-se dizer que a medicina do trabalho foi expandida para uma versão mais atualizada, denominada saúde ocupacional, e esta foi enriquecida para nova versão intitulada saúde dos trabalhadores. Mais recentemente vislumbra-se o esboço de uma outra etapa, mais avançada, que vem sendo denominada qualidade de vida do trabalhador.” (OLIVEIRA, 2001, p. 64)

---

3 Oito horas de trabalho, oito horas de sono, oito horas de lazer, oito *shillings* por dia.

## DOCTRINA

A primeira etapa – medicina do trabalho – tem raiz em 1830, mas sua expansão só viria a ocorrer na primeira metade do século XX, com a necessidade de trabalhadores sadios para atender à demanda do capitalismo, agora influenciado pelos métodos taylorista e fordista de produção em série. O médico se restringia apenas a atender ao empregado doente, sem avançar na direção de um programa de prevenção (OLIVEIRA, 2001, p. 65-66).

A etapa da saúde ocupacional começa com o fim da Segunda Guerra Mundial e a sensibilização para as questões humanitárias suscitadas a partir daquele momento crucial na história da humanidade. Na esteira da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, emergem com força princípios humanitários que refletirão na modificação da mentalidade então vigente, voltada apenas para dar a assistência médica ao trabalhador, mas não intervir no meio ambiente do trabalho, deixando, assim, de prevenir a causa das doenças e acidentes do trabalho (OLIVEIRA, 2001, p. 66-68).

Como marco dessa nova etapa, segundo Geraldo Sebastião de Oliveira, tem-se, em 1957, a criação de um comitê misto da OIT e OMS, que estabeleceu a definição dos objetivos da saúde ocupacional. A proteção da saúde do trabalhador passava a ser vista de forma mais ampla, dentro da ideia de que era necessário atuar na prevenção das doenças e acidentes, intervindo no meio ambiente do trabalho através de uma equipe multidisciplinar (OLIVEIRA, 2001, p. 68-69). Entretanto, a nova visão da saúde ocupacional não surtiu o efeito desejado e os trabalhadores passaram a ser os propulsores de um novo movimento em prol da prevenção dos danos advindos de doenças e acidentes de trabalho, através de mobilizações que exigem a melhoria das condições de trabalho (OLIVEIRA, 2001, p. 71).

Em sintonia com esse movimento, a OIT aprovou o PIACT, sigla para o nome, em francês, do Programa internacional para a melhoria das condições e do meio ambiente de trabalho, com o propósito de “prestar assistência para impulsionar programas locais de melhoria das condições e do meio ambiente de trabalho, assessorando trabalhadores, governos e empregadores” (OLIVEIRA, 2001, p. 72). Em 1979, a Assembleia Geral da ONU aprovou a meta social da Organização Mundial da Saúde (OMS) de saúde para todos no ano 2000 e respaldou a Declaração Ama-ATA, cujo primeiro item tratava da conceituação de saúde como direito humano fundamental (OLIVEIRA, 2001, p. 74).

Ressalta-se, como avanço em relação à percepção da importância da saúde e da necessidade de boas condições do meio ambiente do trabalho, a

aprovação da Convenção nº 155, em junho de 1981, pela Conferência Geral da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores, e da Convenção nº 161, em 1985, voltada aos serviços de saúde dos trabalhadores. Ambas foram ratificadas pelo Brasil no início dos anos 1990.

Por fim, a etapa seguinte na evolução da proteção jurídica da saúde do trabalhador vem com a ideia de “qualidade de vida”. Tal ideia, segundo Sebastião Geraldo de Oliveira, surge em artigos doutrinários nos anos 1970, e busca avançar nas concepções até então desenvolvidas:

“Agora, pretende-se avançar além da saúde do trabalhador: buscase a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida.” (OLIVEIRA, 2001, p. 79)

Percebe-se, portanto, que a proteção da saúde do trabalhador na forma de uma acanhada assistência médica dentro da fábrica evoluiu para uma concepção bem mais ampla e que hoje alcança um entrelaçamento com o Direito Ambiental, resultando na ideia de direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

O meio ambiente do trabalho, segundo Julio César de Sá da Rocha:

“não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ao ambiente urbano. Mais do que isso, o meio ambiente do trabalho representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no *locus* do trabalho.” (ROCHA, 2013, p. 99)

Para o autor, o conceito de meio ambiente do trabalho tem a característica de somar todas as influências que afetam o ser humano no desempenho do trabalho, constituindo-se no “*pano de fundo* das complexas relações biológicas, psicológicas e sociais a que o trabalhador está submetido”. E acrescenta que tal conceito não deve ser compreendido como algo estático, mas, sim, como um “*locus* dinâmico, formado por todos os *componentes* que integram as relações de trabalho e que tomam uma forma no dia a dia laboral (...)” (ROCHA, 2013, p. 99).

Padilha recupera a ideia de meio ambiente, de uma forma geral, para chegar à concepção de meio ambiente do trabalho:

“Ao transportarmos tal concepção [de meio ambiente] para o meio ambiente do trabalho, podemos então vislumbrá-lo como o *ecossistema* que envolve as inter-relações da força do trabalho com os meios e formas

de produção, e sua afetação no meio ambiente em que é gerada. O meio ambiente do trabalho compreenderia, assim, a inter-relação da força de trabalho humano (energia) e sua atividade no plano econômico através da produção (matéria), afetando o seu meio (ecossistema).” (PADILHA, 2010, p. 377)

E mais, considerando-se que a lesão ao meio ambiente do trabalho pode, como muitas vezes de fato ocorre, extrapolar o local da prestação laboral, conclui a autora que

“a real dimensão do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado não se limita, em absoluto, à relação obrigacional, nem tampouco aos limites físicos dos empreendimentos industriais, uma vez que se está apenas pontuando um dos múltiplos aspectos do meio ambiente e, meio ambiente equilibrado é, por natureza, um direito difuso.” (PADILHA, 2010, p. 377)

Reforça-se, portanto, que o direito ao meio ambiente saudável – nele inserido o meio ambiente do trabalho – tem natureza de direito difuso, abrangendo, portanto, um número de pessoas (trabalhadores e não trabalhadores) impossível de quantificar.

### **3 – As novas formas de prestação do trabalho**

São notórias as profundas alterações trazidas ao mundo do trabalho pelo desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação a partir do final do século passado. Além de substituir a atuação humana pela máquina em várias atividades, a tecnologia permitiu que o trabalhador exercesse o seu labor em local diverso do tradicional – o estabelecimento do empregador. Mas avançou-se ainda mais: a tecnologia proporcionou o nascimento da intermediação do trabalho pelas chamadas plataformas digitais, responsáveis pela conexão entre a demanda do cliente e o serviço prestado pelo trabalhador.

Recentemente, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, introduziu a normatização sobre o teletrabalho, nos arts. 62, inciso III, e 75-A a 75-E, da CLT.

Assim, no art. 62 da CLT foi acrescido o inciso III, com o objetivo de excluir os empregados em regime de teletrabalho do Capítulo II (Título II), que trata da Duração do Trabalho, a exemplo do que já acontecia com os empregados externos (inciso I) e os gerentes (inciso II), elencados no mesmo dispositivo legal. E os arts. 75-A a 75-E, que formam o novo Capítulo II-A, trouxeram

regras para a prestação do teletrabalho, modalidade que vem crescendo com o desenvolvimento da internet nos últimos anos.

A CLT, no seu art. 6<sup>o</sup><sup>4</sup>, já continha a previsão do trabalho executado no domicílio do empregado. A ideia era não deixar de reconhecer a relação de emprego se presentes os seus requisitos, evitando qualquer discriminação.

Em 2011, a redação do artigo celetista foi atualizada pela Lei nº 12.551/2011 para sedimentar a possibilidade de reconhecimento da existência de subordinação jurídica através de “meios telemáticos e informatizados”, nos seguintes termos:

“Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro já reconhecia desde muito tempo a possibilidade de o trabalho ser realizado em domicílio, fora do estabelecimento do empregador, sem que isso significasse a ausência de relação de emprego, uma vez comprovados os requisitos dessa relação. Entretanto, nada era previsto quanto ao meio ambiente de trabalho e quanto às normas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador. Com a atual redação do artigo, avançou-se no sentido de relacionar a subordinação jurídica ao controle por meios telemáticos e informatizados.

Já o novo art. 75-E da CLT traz a questão da saúde e segurança do trabalho nos seguintes termos:

“Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.”

---

4 Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Observa-se que a preocupação do legislador foi muito mais isentar o empregador de qualquer responsabilidade originada pelo meio ambiente inadequado de trabalho que propriamente trazer parâmetros para que o trabalho se desenvolva de forma saudável e equilibrada, embora seja o empregador o responsável pelo risco do negócio, conforme o art. 2º da CLT<sup>5</sup>.

A redação do artigo transcrito e do seu único parágrafo dá a entender que, instruindo o empregado de forma “expressa e ostensiva” e tendo este assinado o termo de responsabilidade, não há mais obrigações do empregador. Nesse sentido, as observações de Homero Batista Mateus da Silva, para quem o art. 75-E utiliza uma linguagem patriarcal superada no âmbito da saúde e segurança do trabalho. Considera o autor, no entanto, que o mérito do novo capítulo da CLT está em reconhecer o teletrabalho como forma de relação de emprego e admitir que acidentes de trabalho possam ocorrer fora das dependências do empregador (SILVA, 2017, p. 56).

De fato, o art. 75-B da CLT define teletrabalho como uma espécie de prestação de serviços “preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”, trazendo ao ordenamento jurídico situação já presente na realidade do mundo do trabalho, mas que pela primeira vez aparece expressa na legislação brasileira.

Com efeito, hoje é cada vez mais comum que empregados desenvolvam suas atividades em outro lugar que não seja a sede física da empresa – em sua casa, em um ambiente de *coworking*, em cafês, durante os deslocamentos, em transportes coletivos, em aviões, etc.

Paralelamente a esse alargamento da possibilidade de execução do trabalho pelo empregado longe do ambiente da empresa, outras formas de trabalho que não configuram relação de emprego – ou que, ao menos, suscitam dúvidas quanto à sua existência ou não – vêm surgindo, na esteira dessa revolução tecnológica.

Assim é a prestação do trabalho por meio das plataformas digitais e aplicativos para *smartphones*, a exemplo da conhecida empresa *Uber*. Como é notório, a *Uber* oferece uma plataforma digital, através da qual o cliente e o motorista são conectados. O motorista utiliza seu próprio veículo privado para o trabalho; o passageiro realiza o pagamento para a empresa, que repassa uma parcela ao motorista.

---

5 “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”



A *Uber* é o exemplo mais vistoso desse novo mundo em que o trabalho passa a ser intermediado pela tecnologia, deixando inúmeros questionamentos sobre a existência ou não de vínculo de emprego, e as responsabilidades civis e trabalhistas em relação ao cliente e ao trabalhador. Assim como a *Uber*, multiplicam-se as empresas que viabilizam serviços através de plataformas digitais. Tal fenômeno vem sendo chamado por muitos como *crowdworking*, termo que agrega as palavras inglesas correspondentes a “multidão” (*crowd*) e trabalho (*working*).

Cada vez mais as novas formas de trabalho, seja a relação de emprego via teletrabalho, ou outras relações de trabalho não necessariamente subordinadas, não mais se encaixam no modelo tradicional do mundo do trabalho concebido a partir da Revolução Industrial, em que serviços e produtos eram gerados em um estabelecimento comercial ou industrial. Para esse novo mundo digital que se desenha, com o trabalho sendo realizado em diversos locais, intermediado pela tecnologia, resta saber como será possível proteger juridicamente o meio ambiente do trabalho. Como fazer para garantir o meio ambiente do trabalho saudável para o trabalhador que exerce suas atividades em diversos locais e, ainda, que nem sequer possui vínculo empregatício, mas trabalha vinculado a uma plataforma digital?

#### **4 – A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho e as novas formas de prestação do trabalho – algumas ideias**

A proteção jurídica do meio ambiente do trabalho na atual legislação ordinária trabalhista parece ser insuficiente para abarcar a nova situação. A Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo V – Da Segurança e Da Medicina do Trabalho de seu Título II – Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho, traz regras importantes de proteção e prevenção no âmbito da saúde e da segurança do trabalho, mas ainda sem a visão mais moderna, ampliada, do meio ambiente de trabalho. Coube à Constituição da República Federativa de 1988 avançar nesse aspecto.

Conforme Norma Sueli Padilha, a Constituição Federal dispensa ao meio ambiente do trabalho uma tutela mediata e outra imediata. A tutela mediata está no art. 225<sup>6</sup> do texto constitucional, já que a expressão “meio ambiente”, segundo a autora, abrange também o meio ambiente do trabalho; e a tutela imediata

---

6 “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.”

é encontrada no art. 200<sup>7</sup>, que faz referência específica ao meio ambiente do trabalho (PADILHA, 2010, p. 380).

Além disso, ressalta Padilha que o legislador constitucional trouxe a saúde pública como uma “interface” do meio ambiente do trabalho, lembrando que saúde não é apenas a ausência de doença, e sim um estado de completo bem-estar físico e mental, segundo conceito da Organização Mundial da Saúde. No mesmo sentido, a Lei Orgânica da Saúde<sup>8</sup> dispõe no seu art. 3º, como “fatores determinantes e condicionantes” da saúde o meio ambiente e o trabalho, dentre outros, além de estabelecer que “os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país” (PADILHA, 2010, p. 380-381). Alia-se a isso o fato de o trabalho estar arrolado no artigo primeiro da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e constar em várias partes do texto constitucional como pilar essencial da sociedade brasileira. Vê-se, portanto, que há uma proteção constitucional do meio ambiente do trabalho, seja porque ele integra o meio ambiente, seja porque a saúde, também protegida constitucionalmente, é um dos aspectos integrantes do meio ambiente do trabalho.

Assim, para os modelos de prestação do trabalho que se desenham a partir das novas tecnologias de comunicação faz-se necessário adotar o paradigma constitucional em relação à proteção ao meio ambiente do trabalho. Conforme bem resume Rocha, após analisar a tutela do meio ambiente do trabalho em vários países do mundo:

“Com efeito, ultrapassa-se a hipótese de neutralização dos agentes agressivos e dos riscos com o uso primordial de equipamentos de proteção individual, exigindo-se ‘bem-estar’, ‘vida saudável’, ‘métodos salutarres de organização do trabalho’, ‘adaptação do trabalho ao homem’, ‘condições humanas de trabalho’, e ‘meio ambiente do trabalho saudável.’” (ROCHA, 2013, p. 197)

Se as exigências da sociedade levaram à evolução da antiga ideia de “medicina do trabalho” para o “meio ambiente do trabalho saudável”, importa verificar como o direito ao meio ambiente do trabalho saudável pode alcançar todos os trabalhadores: os que laboram nos estabelecimentos de seus empregadores, os que não laboram no ambiente empresarial, mas são teletrabalhadores, bem como aqueles que não são considerados empregados e oferecem seus serviços através de plataformas digitais.

---

7 “Art. 220. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido *o do trabalho*.” (grifou-se)

8 Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

## DOCTRINA

A nova forma de prestação do trabalho, através das tecnologias modernas, exige por certo uma nova configuração da prevenção e da ação em prol de um meio ambiente do trabalho saudável. Afinal, como já mencionado, este pode ser considerado um direito difuso, isto é, abrange uma coletividade indeterminada de pessoas e, apesar de ter uma relação muito próxima com o Direito do Trabalho, sua abrangência, por definição, não está limitada aos trabalhadores com vínculo empregatício.

Como esclarece Rocha, o Direito Ambiental do Trabalho tem uma natureza jurídica que não está ligada a uma situação subjetiva individual, não objetivando interesse particular, e sim uma “proteção metaindividual”. Assim, segundo o autor, a legitimidade para a defesa desses interesses difusos e coletivos fica a cargo, prioritariamente, de associações, sindicatos, centrais sindicais e órgãos governamentais, uma vez que “quando se está diante de interesses difusos e coletivos, via de regra emerge uma solidariedade diferenciada e dificilmente encontrada no patamar de defesa dos interesses individuais” (ROCHA, 2013, p. 233-234).

Ocorre que, tradicionalmente, a proteção desses direitos relativos ao meio ambiente de trabalho através das medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico dá-se responsabilizando o empregador, uma vez que o trabalho ocorre no estabelecimento deste. Entretanto, considerando que nos novos modelos de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, não há mais o padrão do trabalho realizado no estabelecimento empresarial, resta a questão fundamental acerca de quem deve ser responsabilizado por situações que representem risco ao trabalhador, oriundas de um meio ambiente de trabalho não saudável.

Em relação ao teletrabalho, embora a legislação atual, como assinalado, procure retirar a responsabilidade do empregador, um simples cotejo e interpretação dos conteúdos do art. 75-E com o *caput* do art. 6º da CLT seria suficiente para afastar tal pretensão, uma vez que há a determinação expressa contra a discriminação entre o trabalho realizado no local da empresa e o realizado a distância. Assim, na hipótese do teletrabalho, uma das soluções para as questões que envolvem o meio ambiente do trabalho pode ser a utilização do instituto da *concausa*, com a distribuição do ônus da responsabilidade pelo ambiente laboral seguro de forma proporcional entre empregado e empregador, uma vez que, trabalhando fora do âmbito do estabelecimento, é certo que o empregador não tem a possibilidade de fiscalização frequente. Contudo, tem a obrigação de orientar o empregado, nos termos do art. 157 da CLT:

## DOCTRINA

“Art. 157. Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

*II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;*

III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.” (grifou-se)

Como observa Denise Fincato, o dever do empregador de orientar e instruir o empregado em relação à higiene, saúde e segurança do trabalho não se resume à entrega de um manual:

“Ao revés, a instrução a que alude o dispositivo deve ser entendida de forma mais abrangente e protetiva à relação, gerando garantias ao empregado e ao empregador. Assim, instruir deve ser compreendido como um conceito dinâmico e constante, de conteúdo mutante, tanto quanto o ambiente e os métodos de trabalho.” (FINCATO, 2018, p. 63)

No mesmo sentido, Talita Camila Gonçalves Nunes:

“Cabe ressaltar que, no teletrabalho, o risco de acidente e de doenças ocupacionais poderá recair sobre o empregado, quando este agir de modo contrário às instruções e treinamentos – imprescindíveis – para a execução do labor. Todavia, o empregador não se exime da responsabilidade quando incorre na falta de fornecimento as instruções básicas para a realização do trabalho.” (NUNES, 2018, p. 265)

Ainda que não haja solução simples para uma questão complexa como a da manutenção de um meio ambiente do trabalho saudável no teletrabalho, o grande desafio parece estar principalmente em relação ao trabalhador sem vínculo empregatício, porém conectado a plataformas digitais. Para esse novo tipo de trabalho, que se pensava ser apenas uma forma de complementação de renda ou “bico”, mas que acabou por se tornar para muitos a única possibilidade de renda, não há previsão legal de orientação ou instrução em relação à manutenção de um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado.

Urge, portanto, enfrentar esse desafio, uma vez que a questão do meio ambiente do trabalho tem em sua raiz uma perspectiva coletiva e difusa.

Tratando-se de interesse difuso, este tem relação direta com toda a sociedade. Assim, há que se buscar uma solução diferente daquela até então utilizada, uma vez que se trata de uma nova forma de prestação do trabalho, ainda que sem vínculo empregatício. Como assevera Celso Antonio Pacheco Fiorillo, “o que interessa é a proteção ao meio ambiente *onde o trabalho humano é prestado*, seja em que condição for” (FIORILLO, 2009, p. 394).

A concepção de um novo direito a partir do paradigma sistêmico-ecológico, desenvolvida por Fritjof Capra e Ugo Mattei, em contraponto com o paradigma mecanicista, traz em seu bojo ideias que podem ser o suporte para esse imenso desafio. Destaca-se, de forma breve, duas: a realidade social é composta de redes e comunidades sociais; e o novo ordenamento jurídico-ecológico deve ser usado por cidadãos ecoalfabetizados com o objetivo de proteger e gerar os *commons*<sup>9</sup> (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 42).

A noção de realidade social composta por redes e comunidades sociais parte da biologia e da física, em que o padrão de rede significa interdependência e interligação. Na ecologia, tal concepção há muito é o seu próprio fundamento, através da ideia de “ecossistema”. Trazendo-a para o meio ambiente do trabalho, busca-se a ideia de que a necessidade de se preservar o meio ambiente do trabalho é crucial para que todo o meio ambiente possa ser saudável e, por consequência, para a saúde da sociedade como um todo. Como bem pontua Rocha:

“Com efeito, a proteção ao meio ambiente do trabalho carrega caracteres essencialmente difusos e coletivos. Em vista disso, quando se objetiva a melhoria das condições de um meio ambiente de trabalho, seu resultado atinge todos aqueles que trabalham naquele local.

(...)

Mais uma justificativa em relacionar o tema do meio ambiente do trabalho em uma perspectiva coletiva pode ser encontrada na noção de que os custos com os acidentes e doenças ocupacionais são assumidos não somente pelo empregador, mas também pela sociedade como um todo, através do sistema de seguridade social. Portanto, a sociedade organizada tem todo o direito de prevenir o dano ocupacional e garantir a salubridade dos ambientes de trabalho.” (ROCHA, 2013, p. 234)

---

9 O tradutor da obra referida, em nota de rodapé na página 32, assim explica o significado de *commons*: “A palavra *commons*, que em bem poucos casos aparece no singular (*common*) no original deste livro, significa “bens, recursos ou espaços comuns a todos” e também remete ao direito ou à liberdade de usar irrestritamente esses bens e espaços comuns, como vegetação, bosques, florestas, terras cultiváveis, pastagens (*commons of pasturage*) animais, águas (*commons of piscary*), ou “direito de pescar em águas alheias mediante acordo prévio”, etc., em oposição aos que pretendiam usá-los exclusivamente para seus interesses privados”.

De outro lado, o ordenamento jurídico baseado nessa visão ecológica exige que os indivíduos – principais vetores da transformação – sejam ecoalfabetizados, ou seja, tenham uma compreensão da natureza e do funcionamento do direito no mundo atual (CAPRA; MATTEI, 2018, p. 44). A informação, portanto, é um bem valioso e fundamental, sendo primordial a atuação das várias instituições que já são responsáveis pela prevenção e defesa do meio ambiente do trabalho saudável, no sentido de promover o acesso à informação para *todos* os trabalhadores. Aqui se tem a questão que pode fazer a diferença: o protagonismo de instituições, como sindicatos e associações profissionais, na educação ambiental dos trabalhadores, empregados ou não, empregadores e tomadores de serviços, voltada para a construção de um meio ambiente do trabalho saudável.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sindicato aparece como principal órgão de representação dos interesses dos empregados e dos empregadores. Ainda que no atual momento o sistema sindical esteja enfrentando várias dificuldades (crise econômica com desemprego em alta e a retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical pela Lei nº 13.467/2017, sua principal fonte de financiamento), o papel de defesa de interesses profissionais e econômicos também de “agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais”, descrito na própria definição do art. 511 da CLT<sup>10</sup>, indica a possibilidade de atuação do sindicato para as novas formas de trabalho, ainda que sem o tradicional vínculo empregatício.

### 5 – Considerações finais

Um novo mundo do trabalho está surgindo, a exigir novas formas de pensar o Direito do Trabalho. O modelo da relação de emprego em que o trabalho do empregado se desenvolve exclusivamente no estabelecimento do empregador, sob controle quase total deste, não é mais o preponderante.

Além de a própria relação de emprego ter se modificado ao longo do tempo, novas formas de prestação de trabalho surgiram, que não se enquadram no modelo originário da sociedade industrial.

E a manutenção de um meio ambiente do trabalho saudável é um dos maiores desafios desse novo mundo, com consequências para toda a sociedade,

---

10 “Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.”

## DOCTRINA

e não apenas para os trabalhadores. Portanto, é imprescindível avançar na forma de pensar o Direito do Trabalho para além da ideia de um modelo vertical de empresa e de trabalho subordinado.

A Constituição Federal já sinaliza a importância do meio ambiente do trabalho saudável para todos os trabalhadores, sejam aqueles com vínculo de emprego ou não; resta buscar elementos para que a legislação ordinária avance e os atores do mundo do trabalho, como os sindicatos e associações profissionais, possam assumir novos papéis na direção de uma sociedade que se preocupa com o ser humano e o ambiente que o rodeia.

### Referências bibliográficas

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, ano XIV, n. 82, p. 51-65, jan./fev. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo, Saraiva: 2009.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2017.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# PRESUNÇÃO DE CULPA DO EMPREGADOR NA DOENÇA DO TRABALHO: MODALIDADE INTERMEDIÁRIA DE RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

## *PRESUMPTION OF EMPLOYER'S GUILTY IN WORK DISEASE: INTERMEDIATE LABOR RESPONSIBILITY*

**Marcelo Braghini\***

RESUMO: Não obstante o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário tenham raiz constitucional comum dentro do espectro do Constitucionalismo Social, ainda há muito espaço para o avanço da proteção social efetiva intencionada pelo Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido alcançável pela interlocução dos seus institutos, de cada uma dessas disciplinas jurídicas, a exemplo do limbo jurídico previdenciário reconhecido pela incipiente jurisprudência construída em torno da Súmula nº 31 do TRT da 5ª Região, extraída da conclusão de que as hipóteses de suspensão do contrato de trabalho não estão subjugadas à autonomia individual da vontade, motivo pelo qual negativa da concessão do auxílio-doença (art. 59 da Lei nº 8.213/91) com a inviabilidade do retorno por diagnóstico médico particular acarreta a responsabilidade do empregador a quem a lei imputa a assunção do risco do empreendimento (art. 2º da CLT). As doenças contemporâneas de “fundo” emocional, que atingem, em especial, o setor bancário, encontram respaldo na legislação previdenciária que fortalece a diretriz constitucional do meio ambiente equilibrado de que trata o art. 7º, inciso XXII, da CF, uma vez que essas condições de trabalho, não reconhecidas apenas na percepção física, doenças silenciosas, com a dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade, fortalecido pelo Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário introduzido no ordenamento pela nova redação do art. 21-A da Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 11.430/06, com a inclusão do empregador doméstico com a LC nº 150/2015. Através desse fundamento legal, passamos a sustentar a tese de uma modalidade intermediária de modalidade de responsabilidade do empregador, a presunção de culpa, posicionada entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, e igualmente a esta última, lastreada na boa-fé objetiva que dê respaldo principiológico às avenças contratuais, e em especial, aquela formada entre empregado e empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Doença do Trabalho. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Presunção de Culpa. Responsabilidade do Empregador.

*ABSTRACT: Although labor law and social security law have a common constitutional root within the spectrum of social constitutionalism, there is still much room for the advancement of effective social protection intended by the Constitutional Regime of Socially Protected Employment achievable by the interlocution of its institutes, each of them. these legal disciplines, as in the case of the social security limitation*

---

\* Mestre em Direito pela UNAERP; professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP; advogado, e autor dos livros: “Reforma Trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho” (LTr, 2017) e “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho” (JH Mizuno, 2019).



*recognized by the incipient jurisprudence built around the 5<sup>th</sup> TRT Precedent no. 31, taken from the conclusion that the hypotheses of suspension of the employment contract are not subject to individual autonomy of will, reason whereby the negation of the granting of the sick pay (art. 5 of Law no. 8.213/91) with the unfeasibility of the return by private medical diagnosis entails the responsibility of the employer to whom the law imputes the assumption of the risk of the enterprise (art. 2 CLT). The contemporary diseases of emotional “background”, which affect in particular the banking sector, are supported by social security legislation that strengthens the constitutional directive of the balanced environment dealt with in art. 7, item XXII, of the CF, since these working conditions, not only recognized in physical perception, silent diseases, with the difficulty of establishing the causal link, strengthened by the Social Security Epidemiological Technical Nexus introduced in the organization by the new wording of art. 21-A of Law no. 8.213/91 by Law no. 11,430/06, with the inclusion of the domestic employer with LC no. 150/15. Through this legal foundation we come to support the thesis of an intermediate modality of employer responsibility modality, the presumption of guilt, positioned between subjective and objective responsibility, and also to the latter, based on objective good faith that gives principled support to covenants and especially that formed between employee and employer.*

*KEYWORDS: Occupational Disease. Social Security Epidemiological Technical Nexus. Guilt Presumption. Employer Responsibility.*

### Introdução

A contextualização atual do Direito do Trabalho denota a necessidade de novas soluções para uma regulamentação mais eficiente da relação de poder estabelecida entre capital e trabalho, em especial pela crescente e inexorável informalidade do mercado do trabalho, pela crise de identidade vivenciada pelos Sindicatos, não havendo articulação institucional capaz de reverter os níveis de ocupação que decorrem do desemprego estrutural, sem deixar de considerar um movimento tecnológico sem precedentes com profundos reflexos nas estruturas econômicas já tradicionais, modelos de negócios que tradicionalmente sempre empregaram grandes contingentes de trabalhadores, e que passam a estar com os dias contados, dentro da dinâmica apresentada por uma economia disruptiva no contexto de uma 4<sup>a</sup> Revolução Industrial.

No plano político, com o fim da Guerra Fria, representada pela simbologia por detrás da queda do muro de Berlim, não há mais a polarização ideológica entre o socialismo e o capitalismo, a inviabilidade prática do primeiro o relegou ao campo da utopia, e o segundo passa a estar renovado pela vertente neoliberal, diante dos desequilíbrios orçamentários provocados pelo Estado Social (*Welfare State*), motivo pelo qual reforça a tese de desregulamentação no sentido da desarticulação do Direito do Trabalho, discutindo-se a necessidade de Estado suficiente forte para fazer prevalecer os direitos mínimos de proteção do trabalho, atrelados a fundamentalidade principiológica e valorativa construídos em torno da dignidade da pessoa humana, sem descuidar da força normativa dos princípios constitucionais.

## DOCTRINA

Com o sepultamento da tese socialista, e como corolário direto da função social da propriedade, há o triunfo da socialidade, prevalência dos interesses sociais da coletividade sobre aqueles meramente individuais, possibilitando, dentro de alguns limites, a ampliação do espaço da negociação coletiva no sentido da privatização do direito do trabalho, passando a exigir uma conduta ética no ambiente corporativo, que perpassa pela Teoria da Nova Empresariabilidade, alinhada com uma maior responsabilidade social das empresas quanto ao equilíbrio da relação de trabalho, apresentando novas diretrizes, que rompem com a tendência paternalista decorrente da hipertrofia da legislação estatal de proteção social do trabalhador, o que para alguns permitiria uma reformulação dogmática a partir da disfuncionalidade do sistema de proteção, exigindo uma releitura da teoria da hipossuficiência, com a maior aproximação ao modelo de regulamentação justralhista autônoma.

Todavia, não devemos nos descuidar da perspectiva histórica responsável pela construção do nosso atual modelo de proteção social, refletir a respeito dos erros e acertos, e compreender o próprio processo cultural responsável pela construção de nosso tecido social, não há fórmula mágica a ser imposta por organismos internacionais dentro da perspectiva neoliberal do consenso de *Washington* (equilíbrio orçamentário, direito do trabalho mínimo, privatizações, regimes previdenciários autossustentáveis, etc.), devemos ser intérpretes capazes de assegurar a efetividade da norma de proteção social, norma jurídica a ser extraída do texto prescritivo e frio da lei, uma justa compatibilidade com a efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial pela visão pós-positivista, bem como captar a essência da reforma do Código Civil de 2002, admitindo a construção doutrinária do Direito Civil Constitucional, uma vez que a guinada promovida nessa seara do direito esteve sustentada nos preceitos da: eticidade, socialidade e operabilidade.

Em nossa ótica, a interpretação sistemática do conjunto normativo de regulamentação social, levada a efeito de forma consistente com os preceitos fundamentais do Constitucionalismo Social, deve reafirmar os valores essenciais do *caput* do art. 170 da CF/88, preservando na ordem econômica as dimensões do capitalismo idealizado no contexto do Estado Social, percepções admitidas no sentido de que a ação interventiva do Estado na seara da livre iniciativa deve ir até o ponto de resguardar as condições mínimas de trabalho digno, e pelo viés do moderno Direito Econômico, devemos abandonar por completo a visão obtusa de que um progresso social represente um obstáculo, um entrave, ao desenvolvimento econômico, devemos admitir o avanço deste sem o preço de anularmos o primeiro.

Essas são as diretrizes do modelo constitucional a ser preservado: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

No aspecto da responsabilidade do empregador pelos eventuais subprodutos do meio ambiente do trabalho desequilibrado, representado pelo acidente, ou para nós a doença do trabalho, e devemos fortalecer a interpretação constitucional fundamental representada pelo “Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido”.

## 1 – Responsabilidade do empregador

Devemos analisar os contornos jurídicos da responsabilidade no âmbito do contrato de trabalho, e parece-nos que o legislador constitucional, no contexto da relação de emprego, fez a opção política pela responsabilidade subjetiva do empregador segundo disposição textual do art. 7º, XXVIII, da CF<sup>1</sup>, sempre que por ato próprio ou de preposto por ele credenciado (art. 932, III, do CC<sup>2</sup>) venha incorrer em dolo ou culpa, sem a exclusão da responsabilidade objetiva do INSS (Previdência Social) em relação à concessão dos benefícios previdenciários disciplinados na Lei nº 8.213/91. Não há divergência na doutrina e jurisprudência no tocante à cumulação das prestações previdenciárias e da responsabilidade civil por acidente do trabalho; para Marco Fridolin Sommer Santos (2008, p. 70), o “argumento central dessa teoria repousa na assertiva de que aquele que ilícitamente causa dano à vítima segurada não pode eximir-se da própria obrigação de indenizar com base no crédito da vítima frente ao segurador”. Nesse mesmo sentido, aplicação da Súmula nº 68 do TRT da 1ª Região:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. PENSÃO DEVIDA AO TRABALHADOR ACIDENTADO. CUMULAÇÃO DA PENSÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DISTINTA DAS PRESTAÇÕES. A pensão prevista no artigo 950 do Código Civil e o benefício previdenciário pago pelo INSS ao segurado, em razão da sua incapacidade laborativa por acidente de trabalho, não se confundem, tampouco se excluem, ante a natureza jurídica distinta das prestações, sendo possível sua cumulação.”

- 
- 1 “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;”
  - 2 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Diante da discussão doutrinária e jurisprudencial no sentido de comportar outras modalidades de responsabilidade civil, o novo texto do art. 223-B da CLT<sup>3</sup>, pela Lei nº 13.467/2017, que trata da Reforma Trabalhista, reafirma a responsabilidade subjetiva do empregador na hipótese da configuração do dano de natureza extrapatrimonial, no sentido de restringir as obrigações patronais e, ao mesmo tempo, franquear maior previsibilidade aos custos de mão de obra, segurança jurídica com flagrante precarização dos níveis sociais de proteção, exigir-se-á a configuração e caracterização de ação ou omissão que ofenda a esfera moral e existencial de pessoa física e jurídica, bem como o art. 223-E da CLT<sup>4</sup> reforça a tese de que os responsáveis pelo dano extrapatrimonial serão apenas aquele que com a sua conduta tenham “colaborado para a ofensa do bem jurídico tutelado”, o que poderá obstar a tese da responsabilidade objetiva do empregador, não obstante o seu fundamento eminentemente constitucional.

Todavia, chama-nos a atenção o texto do art. 611-B da CLT que tem a pretensão de repetir o rol de condições fundamentais mínimas do art. 7º da CF, e definir o objeto ilícito das tratativas realizadas no contexto da negociação coletiva, posição alinhada com a nova redação do art. 8º, § 3º, da CLT, que impinge ao Magistrado a análise cartorial e burocrática do objeto dos Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho, representando a ideia do Juiz “*boca da lei*”, viés formal-individualista que referencia os requisitos formais do art. 104 do CC, que negaria validade ao negócio jurídico, no inciso II, diante da caracterização do objeto ilícito. Na transcrição do texto constitucional, o legislador infraconstitucional, talvez, propositalmente, mantém redação descasada no inciso XX do artigo em comentário<sup>5</sup>, com aquela do inciso XVIII do art. 7º da CF<sup>6</sup>, permanecendo silente diante da modalidade da responsabilidade do empregador, o que poderia inviabilizar o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

No Direito do Trabalho, a doutrina e jurisprudência reconhecem a compatibilidade da estrutura do contrato de trabalho com a teoria do risco consagrada no art. 927, parágrafo único, do CC, fixada em perfeita comunhão com as exigências de uma sociedade de consumo, em total consonância com o princípio da norma mais favorável consagrado no *caput* do art. 7º da CF,

---

3 “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”

4 “Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”

5 CLT: “Art. 611-B. (...) XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador”.

6 CF: “Art. 7º (...) 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”.

ao expressar na sua parte final, além de um mero arrolamento de condições mínimas de trabalho, a prevalência de outras fontes de direito; vejamos o teor do texto em destaque: “(...) além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

No contexto da culpabilidade de conduta, ter-se-á a configuração da culpa todas as vezes que o empregador descumprir o dever legal sedimentado através dos programas de gestão de risco previstos na Portaria nº 3.214/78 do MTE (atual Secretaria de Previdência e Trabalho no Ministério da Economia) c/c o art. 157, I e III, da CLT<sup>7</sup>, bem como não houver treinamento adequado ao risco inerente ao serviço a ser desempenhado pelo trabalhador; quanto maior o risco ao qual este esteja exposto, maior rigor no detalhamento das instruções de execução do serviço que deverão estar descritas na ordem de serviço emitida para essa finalidade, rigor legal exigido na realização de trabalho perigoso, aplicação das exigências do art. 157, inciso II, da CLT, já que é dever do empregador: “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, ou, ainda, o art. 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91: “A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”.

São esses os principais parâmetros legais que permitem ao operador do direito delimitar a efetiva ocorrência da culpa.

Conforme detalhado acima, devemos observar que o art. 7º, *caput*, da CF<sup>8</sup> contempla o princípio da norma mais favorável, prescrevendo apenas e tão somente um rol mínimo de direitos fundamentais relacionados ao trabalhador, sem excluir na parte final do dispositivo outros direitos que “(...) visem à melhoria de sua condição social”. Na esteira desse raciocínio, e por força do art. 8º, § 1º, da CLT, que permite a aplicação subsidiária do Código Civil, admitir-se-á a aplicação da teoria do risco disposta no art. 927, parágrafo único, do CC, que trata da responsabilidade objetiva, que não mais exige, para efeito da responsabilidade do empregador, a efetiva comprovação do dolo ou culpa, que deixam de ser elementos estruturais do arquétipo legal. Nesse sentido, o Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito e Processo do Trabalho:

“Responsabilidade civil objetiva no acidente do trabalho. Atividade de Risco. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos

---

7 “Art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (...) III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;”

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

acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.”

Nesse sentido, merece destaque para a tendência moderna da objetivação da responsabilidade no contexto da atividade de risco, preceito jurídico indeterminado (cláusula aberta) a admitir uma janela no ordenamento infraconstitucional para a aplicação de conceitos éticos e princípios constitucionais fundamentais, diante da ampla margem de discricionariedade que define o próprio contorno normativo em questão, e o Enunciado nº 38 da 1ª Jornada de Direito Civil (art. 927) reconhece que: “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil<sup>9</sup>, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”, posicionamento admitindo a solidarização do dano experimentado pelo integrante da comunidade, independentemente do ilícito, suficiente à comprovação de um dano anormal e específico por ele experimentado na atividade, que não tenha sido extensível para os demais membros da comunidade.

Diante da possibilidade interpretativa da extensão da responsabilidade objetiva no contrato de trabalho, caberia a nós indagarmos quais os limites do preceito jurídico indeterminado da atividade de risco no contexto do contrato de trabalho, e, em primeiro lugar, por uma coerência interna do ordenamento, a interpretação sistemática dos dispositivos celetistas nos permite a conclusão de que a atividade de risco restará caracterizada quando presentes quaisquer das circunstâncias contratuais que autorizam e admitem a incidência do adicional de periculosidade, nos termos do art. 193 da CLT, como na: manipulação de explosivos e inflamáveis; contato direto com sistema elétrico de potência; vigilância pessoal e patrimonial<sup>10</sup>; bem como utilização de motocicleta em ati-

---

9 “Art. 927. (...) 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.”

10 Súmula nº 29 do TRT da 13ª Região: “É objetiva a responsabilidade civil da instituição bancária pela reparação dos danos morais e materiais em razão de assalto sofrido por exercente de atividade bancária e em razão dela, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

Súmula nº 34 do TRT da 13ª Região: “É objetiva a responsabilidade civil da ECT pela reparação por danos morais e materiais sofridos pelos seus empregados em razão de assalto ocorrido nas dependências de agência que atue como correspondente bancário (banco postal). Incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

vidades funcionais exercidas externamente<sup>11</sup>. A teoria do risco foi reconhecida jurisprudencialmente, no âmbito do contrato de trabalho, através da Súmula nº 25 do TRT da 1ª Região<sup>12</sup> e Súmula nº 10 do TRT da 13ª Região<sup>13</sup>.

Poderíamos acrescentar todas as situações-tipo consagradas na jurisprudência do TST que permitem a extensão da teoria do risco no âmbito do Direito do Trabalho, como no transporte rodoviário de cargas<sup>14</sup>, de passageiros; ou, ainda, pelo mesmo rigor da atração dos fatos geradores da periculosidade, seria igualmente extensível, a responsabilidade objetiva a todas aquelas atividades enquadradas, legalmente, para efeito da concessão de aposentadoria especial (art. 57 da Lei nº 8.213/91 c/c o Anexo IV do Decreto nº 3.048/99), como na exposição aos agentes biológicos em atividades desenvolvidas em hospitais, sua essência estaria por evidenciar um dano anormal e específico, que não correspondente perfeitamente ao ato ilícito, mas estaria em consonância com a boa-fé objetiva e maior concretude do princípio da solidariedade prevista no texto constitucional (art. 3º, I, da CF).

Para Sebastião Geraldo de Oliveira (2016, p. 122), a tendência de objetivação da responsabilidade, tornando a responsabilidade subjetiva uma modalidade residual, estará centrada na necessidade de realização no plano infraconstitucional do objetivo constitucional de realização da solidariedade social, permitindo concluir em síntese que:

“Na atividade de risco, o empregador indeniza o acidentado porque violou o dever de segurança dos trabalhadores, que ficaram expostos a uma maior probabilidade de sofrer danos (...). Na sociedade atual, os riscos são crescentes e alguns danos praticamente inevitáveis ou mesmo

---

11 Súmula nº 35 do TRT da 23ª Região (TRT-IUJ-0000026-12.2015.5.23.0000): “APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM CASO DE ACIDENTE DE TRABALHO SOFRIDO POR EMPREGADO QUE SE UTILIZA DE MOTOCICLETA EM SUAS FUNÇÕES. Em se tratando de danos decorrentes de acidente de trabalho sofrido por empregado que se utiliza de motocicleta para o desempenho de sua função, aplica-se a responsabilidade civil objetiva do empregador, nos moldes previstos no art. 927, parágrafo único, do Código Civil”.

12 Súmula nº 25 do TRT da 1ª Região: “ACIDENTE DO TRABALHO. DANO MORAL. TEORIA DO RISCO. Quando a atividade exercida pelo empregador implicar, por sua própria natureza, risco acentuado para o empregado, a obrigação patronal de indenizar o dano moral decorrente de acidente do trabalho depende, exclusivamente, da comprovação do dano e do nexo de causalidade com o trabalho desenvolvido. Art. 927 do Código Civil”.

13 Súmula nº 10 do TRT da 13ª Região: “I) É objetiva a responsabilidade de empresa que exerça atividade de risco diferenciado, nos casos de acidente de trabalho”.

14 Súmula nº 44 do TRT da 18ª Região: “ACIDENTE DE TRABALHO. MOTORISTA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. O motorista do transporte rodoviário executa atividade de risco acentuado, incidindo a responsabilidade objetiva do empregador, em caso de acidente de trabalho”.



previsíveis, é necessário, pelo menos, assegurar aos prejudicados que não lhes faltarão a solidariedade, a cooperação e a reposição dos prejuízos.”

Para nós, não há motivos e espaço para o recrudescimento dos níveis de proteção, em matéria de acidente do trabalho; a saúde e a integridade física do trabalhador não podem ser tratadas como moeda de troca, como meros insumos da produção, a visão constitucional contemporânea aposta na ideia da solidarização dos riscos sociais, em contraposição da ideia formal-individualista da monetarização do risco, e a acuidade das hipóteses de indenização, que, nas palavras de Gustavo Tepedino (citado por Sebastião Geraldo de Oliveira, p. 122), deve reverberar na técnica contemporânea da “securitização das atividades produtivas”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 828.040 de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em 05.09.2019, reconheceu a constitucionalidade da aplicação subsidiária do Código Civil (art. 927, parágrafo único), para efeito do reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador em atividade de risco; para o Ministro Gilmar Mendes, referida possibilidade deveria estar restrita à previsão do art. 193 da CLT, que trata dos fatos geradores do adicional de periculosidade. Em voto vencido, os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux entendem que referida modalidade de responsabilidade oneram em demasia o empregador, uma vez que contribui com adicional de alíquota das contribuições sociais para sustentar a concessão dos benefícios de natureza acidentária. Repercussão geral reconhecida no Tema nº 932.

Para esse efeito, a exclusão da responsabilidade, por não ter sido pelo legislador observada a extremada teoria do risco integral, será admitida na dependência da comprovação das seguintes circunstâncias: (i) culpa exclusiva da vítima: desenvolvida no âmbito do Direito do Trabalho a partir da caracterização do ato inseguro do empregado, especialmente quando o empregado esteja realizando atividade fora de suas atribuições funcionais, sem qualquer determinação que decorra de um superior hierárquico; (ii) culpa exclusiva de terceiro: hipótese na qual a ocorrência do evento tenha nexos de causalidade exclusivo quando a conduta praticada por terceiro, sem que as condições de trabalho tenham concorrido para o resultado; (iii) caso fortuito ou força maior: (fatos imprevisíveis, mas mesmo que previsíveis, inevitáveis, decorrentes de ato humano ou espontâneo da natureza, respectivamente), hipóteses contempladas no art. 936 do CC<sup>15</sup>, que trata diretamente da exclusão da responsabilidade. Por tratar-se de fato extintivo do direito alegado em juízo, haverá a atração do ônus

---

15 “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”



da prova nos termos do art. 818, inciso II, da CLT, entendimento consubstanciado no posicionamento jurisprudencial da Súmula nº 38 do TRT da 15ª Região<sup>16</sup>.

Questão tormentosa em processo judicial trabalhista estaria na harmonização da regra relativa à responsabilidade objetiva com a alegação da culpa exclusiva de terceiro, uma vez que o acidente, mesmo que por culpa de terceiro, estaria naturalmente integrado a atividade econômica explorada pelo empregador, justificando a atração integral do risco do empreendimento/negócio previsto no art. 2º da CLT, solucionando a responsabilidade de terceiro por meio de ação de regresso, sem excluir o dever de indenizar do empregador. Neste sentido, registramos o posicionamento de Sebastião Geraldo de Oliveira (2016, p. 198), na obra clássica “Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional”, vejamos:

“Importa registrar, no entanto, que o entendimento tradicional, de que a interveniência de terceiro exclui a responsabilidade civil, vem recebendo ressalvas e atenuações, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Tem-se cogitado, em determinados casos, que a possibilidade de sofrer acidente, mesmo causado por terceiros, foi aumentada em razão do exercício do trabalho da vítima, pelo que seria cabível aplicar a responsabilidade objetiva do empregador, com apoio na teoria do risco criada. A maior vulnerabilidade do acidentado estaria no campo do risco conexo daquela atividade econômica, pelo que não se exclui o nexo pela caracterização do fortuito interno. (...) É certo, porém, que o empregador, se for o caso, pode acionar o terceiro causador do acidente para reembolsar o valor da indenização.”

Ainda quanto à possibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva no âmbito do contrato de trabalho, especialmente pela ampliação irrestrita da terceirização no âmbito do poder público, e a tendência de exploração de serviços públicos no contexto das concessões, discute-se qual seria a modalidade da responsabilidade do empregador público, ou, ainda, nos contratos de trabalho diretamente relacionados às atividades exploradas no contexto da concessão do serviço público, diante da previsão expressa do art. 37, § 6º, da CF c/c o art. 43 do CCB/02<sup>17</sup>, não havendo plausibilidade jurídica na distinção da respon-

16 Súmula nº 38 do TRT da 15ª Região: “ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus de provar a alegação de culpa exclusiva da vítima em acidente de trabalho”.

17 CF: “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

CC/02: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

sabilidade do Estado diante dos seus súditos, respondendo objetivamente os administrados, e, por outro lado, ter uma responsabilidade meramente subjetiva diante daqueles que lhes prestem serviços, somos frontalmente contrários a essa possibilidade de distinção como forma de relativizar os substratos e justificativas éticas do sistema para com o trabalhador, como uma subclasse a ser protegida precariamente. Nosso entendimento vai ao encontro com o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 793), que não apenas reconhece a responsabilidade extracontratual do Estado diante da prática do ato ilícito, mas principalmente pelo dano anormal e específico, não discernível em contexto de responsabilidade civil contratual. Vejamos:

“Segundo alguns doutrinadores, o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para os fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato lícito e ato lícito que cause dano anormal e específico.”

Logo, o dano anormal e específico suportado por apenas um membro da sociedade, diante da indivisibilidade dos demais destinatários do serviço, de natureza pública, mesmo que não individualizados, ressalta o dever de solidarização do prejuízo suportado individualmente no interesse de toda a coletividade (art. 3º, I, da CF). Esse posicionamento foi reconhecido no plano doutrinário através do Enunciado nº 40 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF e do art. 43 do CC”. Talvez, a aplicação da regra encontre mais coerência no contexto de terceirização do serviço, o que não ocorreria na concessão do serviço, pois, nesse caso, ainda que a titularidade do serviço permaneça com o poder concedente, a execução seria integralmente transferida por contrato, o que não ocorre na mesma intensidade na terceirização, o que poderia ser observado através do posicionamento adotado com a edição da Súmula nº 114 do TRT 15ª Região:

“TRANSPORTE COLETIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A concessão de serviço público de transporte coletivo não configura prestação de serviços terceirizados, o que exclui a responsabilidade subsidiária do ente concedente pelos créditos dos empregados da concessionária.”

Ademais, destacamos a possibilidade de alcançar o efeito da responsabilidade objetiva, por intermédio da modalidade da presunção legal da culpa, em razão do dever legal de reconhecer o nexo de causalidade através do NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário), previsto no art. 21-A da Lei nº 8.213/91<sup>18</sup>, que prevê a associação estatística a ser realizada pela perícia do INSS entre o CNAE da empresa (Classificação Nacional de Atividade Econômica) e CID da doença (Catálogo Internacional de Doença/morbidade), que implica na inversão do ônus da prova quanto à existência do nexo de causalidade (§ 1º), com a contraprova a ser produzida pelo empregador no âmbito dos programas de gestão de risco (337, § 11, do Decreto nº 3.048/99). Entendimento consagrado através do Enunciado nº 42 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho: “ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei 8.213/1991”. Para efeito de indenização por danos morais, o acidente do trabalho *in re ipsa* gera o dever de indenizar, despicando a demonstração efetiva do abalo sofrido pelo obreiro, com inversão do ônus da prova<sup>19</sup>.

## 2 – Teoria do abuso do direito

Diante do novo capítulo do “dano extrapatrimonial”, de natureza excludente em relação ao contrato de trabalho, não permitindo a aplicação das fontes subsidiárias relativas à regulamentação do dano moral nos demais campos do Direito, uma vez que a regra do art. 223-A da CLT restringe a regulamentação para “apenas os dispositivos deste Título”, verdadeiro obstáculo à aplicação do

---

18 “Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento. § 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o caput deste artigo.”

19 Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

art. 8º, § 1º, da CLT, trata-se de uma normatização com evidente conteúdo de retrocesso social, e que, por esse efeito, não estaria por alcançar continuidade e expansão da aplicação da teoria do abuso do direito na seara do Direito do Trabalho, não obstante a viabilidade do desenvolvimento de jurisprudência forjada a partir do parâmetro de segurança jurídica disseminado pela Lei nº 13.467/2017, especialmente pela natureza de fundamentalidade alcançada pelo suporte ético conferido pela boa-fé objetiva no contexto dos contratos em geral, e do contrato de trabalho em particular, *ethos* permeado por todo o ordenamento jurídico, sem distinções, e com maior força nos ramos do direito privado que tenham por suporte a relação contratual, estabelecida entre os sujeitos de direito, que tenham suas posições jurídicas preservadas por um equilíbrio, com maior acuidade no Direito do Trabalho pela natural vulnerabilidade do trabalhador.

Ao tratarmos da Responsabilidade do Empregador lastreada nas condições ambientais do trabalho proporcionadas pelo empregador, e sua relação direta com o infortúnio do trabalhador, devemos forjar uma construção judicial pelas perspectivas normativas alcançadas através da expressão contemporânea assumida pela função social da propriedade, com respostas normativas customizáveis diante dos novos desafios, com destaque especial a extensão da teoria do abuso de direito, ato abusivo equiparado ao ato ilícito nos efeitos jurídicos, reconhecido pelo texto do art. 187 do CC: “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”, evidente hipótese de *standard* jurídico<sup>20</sup> revelado através de um preceito jurídico indeterminado (cláusula aberta), e sintonizado com o pilar da

---

20 Para Thiago Rodovalho, na coluna do *site* Conjur do dia 22.01.2018, com o título “O caso Pickles e a rejeição da doutrina do abuso de direito na Inglaterra”, a doutrina do abuso de direito não foi acatada na Inglaterra durante o liberalismo reconhecido no transcorrer da Revolução Industrial, vertente política também adotada na França, diante do absolutismo do exercício do direito de propriedade do seu Code Civil (art. 544), mas que foi superada diante da contemporaneidade da teoria do abuso do direito, entremeada com a função social da propriedade, com o registro de que outros países de *Common Law*, a exemplo dos Estados Unidos, absorveram a teoria em destaque. O ponto central da discussão, ou melhor, contraponto, está na percepção extraída da obra monográfica de Michael Taggart sobre o tema, que apresenta um interessante ponto de vista: “A vagueza e a incerteza do que seria agir maliciosamente comprometeriam a certeza do direito e a segurança jurídica, valores que ganharam muita força na época – e ainda são sólidos princípios do direito inglês, inclusive da teoria dos precedentes –, especialmente sob a influência de Jeremy Bentham. Deste modo, citando Arthur Goodhart, um cidadão deveria poder saber exatamente quais são seus direitos e seus deveres, sem a subjetiva opinião de outro, mesmo que esse outro seja um juiz. Assim, a abstração do que seria exercitar um direito de forma antissocial conspirou contra a aceitação e o desenvolvimento da teoria do abuso de direito na Inglaterra, a qual poderia, em última análise, transformar-se em um perigoso instrumento nas mãos de demagogos e derevolucionários, nas palavras de H. C. Gutteridge”. Para nós, a resistência ganhará ainda mais destaque na sua aplicação no Direito do Trabalho, diante do “choque” de legalidade e segurança jurídica promovido pela Reforma Trabalhista.

eticidade trazida pelo Código Civil de 2002, aplicável no âmbito trabalhista por força do art. 8º, § 1º, da CLT, o que não estaria por encontrar barreira interpretativa na disposição limitativa do art. 223-A da CLT, com o qual não se confunde. A proteção normativa prevista na norma geral excede os contornos do bem jurídico disciplinado pela nova roupagem do “dano extrapatrimonial”, traduzindo em hipótese de antijuridicidade autônoma daquela prevista no art. 186 do CC, sendo dispensável o ato ilícito e comprovação do dano, não obstante a construção jurisprudencial, também trabalhista, da presunção (*in re ipsa*) da violação do direito de personalidade pela caracterização do dano extrapatrimonial, objetivação de sua disciplina pelas características do dano configurado pelas próprias condições factuais. A codificação civil na Alemanha, em 1896, representada pelo BGB (Código Civil Alemão)<sup>21</sup>, ainda que resultado da evidência das vertentes do liberalismo e do positivismo, admite amplo espaço para a construção jurisprudencial através da ampliação, no seu texto, do recurso a técnica das “cláusulas abertas”.

Ter-se-á a obrigação de reparar o dano pela mera configuração do ato abusivo identificada no seu exercício, já que os atos abusivos são equiparados nos seus efeitos, e por força de lei, ao ato ilícito. Nesse sentido, o art. 927 do CC dispõe: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A raiz da antijuridicidade autônoma proposta pelo legislador consiste na conduta abusiva que subverte o fim social e econômico da regra jurídica, disposição concreta prevista em lei, sem afastar o alcance objetivo-finalístico proposto, de acordo com o Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito Civil: “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Da forma como destacado, o Enunciado nº 539 da 6ª Jornada de Direito Civil reconhece que: “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Como antecedente histórico, o art. 160 do Código Civil de 1916 já deixava entrever a assunção dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio, ao prescrever: “não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

A doutrina vem reconhecendo os efeitos práticos da teoria, para Vólia Bomfim Cassar, citando Heloísa Carpena, o instituto seria plenamente compatível com o contrato de trabalho (2013, p. 34), para a última:

---

21 Franz Wieacker (1977), analisando o parágrafo 242 do BGB alemão, assegura densidade normativa do princípio da boa-fé objetiva em sua tríplice dimensão: (i) Cãnone hermenêutico-interpretativo; (ii) norma criadora de deveres jurídicos anexos; e, (iii) limitação do exercício dos direito subjetivos.

## DOCTRINA

“O ilícito, sendo resultante da violação dos limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso de direito não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais.”

Paulo Eduardo V. de Oliveira (2002, p. 59), citando Caio Mário da Silva Pereira, sintetiza o sentido do abuso do direito, “os direitos existem em razão de uma certa finalidade social e devem ser exercidos na conformidade deste objetivo. Todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. A contravenção a esse poder constitui abuso de direito”. E, por fim, a mesma autora acima citada utiliza-se das lições de Gustavo Tepedino (2013, p. 46), para reconhecer que: “a intenção do legislador foi a de abarcar as diferentes concepções de abuso de direito, impondo limites éticos ao exercício de posições jurídicas, seja por meio do princípio da boa-fé objetiva, da noção dos bons costumes ou da função socioeconômica dos direitos”.

É de suma importância o tratamento dispensado ao princípio da boa-fé nos limites do Direito do Trabalho, especialmente pela alteração de paradigma na direção da prevalência do negociado sobre o legislado. Para Américo Plá Rodriguez (2015, p. 426), “a boa-fé que deve vigorar como princípio do direito do trabalho é a boa-fé lealdade, ou seja, que se refere a comportamento e não uma simples convicção”, sedimentado por uma diretriz de caráter ético que busca impedir o uso abusivo dos direitos, através da construção de uma conduta-padrão aceita como suporte cultural do próprio ordenamento, gerando a obrigação dos contratantes de agir com probidade, comportando-se no negócio privado com cautela e prudência.

Ainda, para Américo Plá Rodriguez (2015, p. 422), o *standard* jurídico da boa-fé foi construído através de um padrão comportamental de inegável maleabilidade, como inegável compatibilidade com o Direito do Trabalho, efeito integrativo da vontade que decorre da legítima expectativa das partes; diante de um grande número de pactos puramente verbais, e mesmo tácitos, a boa-fé constitui-se em um ingrediente de ordem moral indispensável ao adequado cumprimento do direito, que, para nós, viabilizaria os limites e legitimidade da ampliação da negociação coletiva a partir da nova redação do art. 611-A da CLT, e, ao mesmo tempo, passa a estar positivado diante do novo canal de solução de conflitos, por meio do comitê empresarial, nos termos do art. 510-B da CLT: “A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições

(...) II – aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo”.

*Quais as consequências jurídicas de sua violação?* Flávio Tartuce (2016, p. 41), dissertando a respeito da função controle do princípio da boa-fé objetiva, trata da eficácia prática da teoria do abuso de direito do art. 187 do CC, ora estudada, ao permitir ao mesmo tempo a: (i) Responsabilização objetiva: daquele que viola a boa-fé objetiva inerente a qualquer figura contratual, inclusive o contrato de trabalho, ou, ainda, o ato simulado de contratos de trabalho afins com efeito imediato na dissimulação da relação de emprego, atuação fraudulenta, inclusive com efeitos lesivos, não incidência das contribuições sociais que tenham por fato gerador a folha de salários (art. 116, parágrafo único, do CTN), atraindo a aplicação do art. 9º da CLT e a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF – *lesão ou ameaça de lesão a direito*), de acordo com o Enunciado nº 24 da 1ª Jornada de Direito Civil<sup>22</sup> esta responsabilização independe da ideia de culpa pelo Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito Civil; e, (ii) Preservação da ordem pública: os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, gerando a obrigação da parte contrária apenas quanto à demonstração da existência da violação, aplicação do Enunciado nº 363 da 4ª Jornada de Direito Civil, com impactos processuais no seu conhecimento de ofício e intervenção do Ministério Público.

A utilização da boa-fé objetiva como critério jurídico suficiente para a imposição jurídica do dever de reparar o prejuízo causado, na seara da responsabilidade civil, pela perspectiva do dever anexo de lealdade e probidade, encontra seus contornos jurídicos na Teoria da Confiança, ou seja, pela proibição do *venire contra factum proprium*, frustrando por seu próprio comportamento a legítima expectativa que decorre do compromisso assumido no plano da *pacta sunt servanda*; para Valton Dória Pessoa (2016, p. 78), a teoria pretende “impedir comportamentos contraditórios, ainda que tais comportamentos sejam lícitos se isoladamente considerados, quando a atuação de um dos sujeitos da relação jurídica cria expectativas e confiança legítima na parte adversa, que não poderá ser surpreendida pela incoerência”. Pela impossibilidade das partes preverem com exatidão todas as consequências da execução do contrato, as situações inesperadas deverão ser reguladas concretamente pela boa-fé objetiva, e segundo o Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal: “a cláusula geral contida no art. 422 do Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando

22 “Art. 422. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.



necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes”.

### 3 – Responsabilidade civil por acidente do trabalho

Ao tratarmos do acidente do trabalho como consequência factual da aplicação das disposições de Direito do Trabalho relacionadas à responsabilidade contratual do empregador, sempre dentro da concepção constitucional do princípio socioambiental, reconhecemos no art. 7º, XXII, da CF o direito subjetivo do trabalhador a garantia de um meio ambiente do trabalho equilibrado, com destaque para a aplicação de diversos institutos de direito previdenciário, intrinsecamente relacionados com a matéria trabalhista, permitindo a aplicação subsidiária admitida no art. 8º, § 1º, da CLT. Pela perspectiva do perfil constitucional das questões infraconstitucionais delineadas em regras de maior concreção ou densidade normativa, não podemos nos afastar da ideia de que o trabalhador não poder ser visto apenas como insumo de fator de produção, e permitir que o mesmo seja “literalmente” consumido como subproduto do sistema de produção em vigor, conjugado com o fundamento de natureza pública do Direito Previdenciário relativo à elegibilidade do “risco social” protegido, no plano da legalidade, com qualidade de uma responsabilidade independente da culpa, benefícios estritamente atrelados ao conceito da legalidade, com fontes de custeio próprias e direcionadas indiscriminadamente a todos os membros da sociedade.

Indispensável para efeito da reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais a conceituação legal do fato gerador do acidente do trabalho e doença profissional/trabalho. O art. 19, *caput*, da Lei nº 8.213/91<sup>23</sup> conceitua o acidente típico como todo evento que decorre do exercício do trabalho, limite temporal que envolva a efetiva execução das atribuições funcionais pelo trabalhador, independentemente de qualquer critério espacial, já que o meio ambiente do trabalho é um critério dinâmico, de modo a contemplar trabalho externo, teletrabalho e terceirização realizada no estabelecimento do tomador do serviço, *locus* que, pelas especificidades do contrato, pode contemplar diversas realidades, desde que o trabalho executado venha provocar lesão corporal ou perturbação funcional responsável pela morte ou redução, parcial ou total, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho.

---

23 “Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”



Por outro lado, e com dificuldade prática de sua caracterização, pela ausência de evento que permita *prima facie* à caracterização do acidente típico, a legislação absorve o conceito de doença profissional e/ou doença do trabalho, nos incisos I e II do art. 20 da Lei nº 8.213/91<sup>24</sup>, respectivamente, então, manifesta-se através do desencadeamento de fatores atrelados à morbidade, sempre na dependência do fator tempo, tornando-se rara sua manifestação em contratos de trabalho de curta duração (excepcionalmente, admitida a partir da responsabilidade pelo agravamento de uma doença preexistente, reconhecido através do instituto da concausa), o resultado decorrerá do exercício de uma atividade peculiar, no primeiro caso, ou ainda, pelas condições especiais através das quais o trabalho é realizado, no segundo, com a previsão de hipóteses de exceção que promovam o rompimento do nexo de causalidade indispensável à caracterização da responsabilidade do empregador pelo infortúnio, a exemplo da doença degenerativa de que trata a alínea *a* do § 1º do art. 20 da referida Lei.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho vem reconhecendo o dever legal do empregador na indenização do empregado que venha a sofrer acidente do trabalho, por danos morais, através de uma presunção (*in re ipsa*), independentemente da caracterização das consequências dele decorrentes, efeito direto das características naturais do ato faltoso, aplicação da Súmula nº 35 do TRT da 15ª Região<sup>25</sup>.

---

24 “Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

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

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.”

25 Súmula nº 35 do TRT da 15ª Região: “ACIDENTE DE TRABALHO. PROVA DO ATO OU DO FATO. PRESUNÇÃO DE OCORRÊNCIA DO DANO MORAL. Provado o acidente de trabalho, desnecessária a demonstração do dano moral, por ser este presumível e aferível a partir do próprio ato ou fato danoso”.

Destacamos, em função dos fundamentos distintos assumidos pelo Direito do Trabalho e previdenciário, mediante a ocorrência do acidente do trabalho, no primeiro caso ter-se-á responsabilidade complementar, limitada a ideia da culpa do empregador, critério de reparação controlada pela exigência da previsibilidade e segurança jurídica, que recaia sobre a figura jurídica do empregador em uma relação de direito privado, ao tratar-se de responsabilidade de cunho contratual, e, por outro lado, subsiste a responsabilidade da autarquia do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) em relação jurídica de direito público, com responsabilidade objetiva (art. 7º, XVIII, da CF), independente de culpa, mas que, diante da natureza securitária, de conotação orçamentária, e em razão da finitude das fontes de custeio tributária, temos a elegibilidade quantitativa (regime contributivo com equilíbrio financeiro e atuarial), relativa à correspondência do valor dos benefícios com a contribuição realizada, e qualitativa, referente à natureza dos benefícios previstos em lei.

Devida à distinção de fundamentos destacada, haverá, por parte do intérprete, a necessidade de contingenciamento, ou melhor, adequação, na transposição conceitual dos acidentes do trabalho por equiparação para o campo do Direito do Trabalho, mas com toda a certeza, o Direito do Trabalho comporta a absorção do conceito da concausa, tendo por efeito a determinação da responsabilidade civil do empregador no art. 21, I, da Lei nº 8.213/91<sup>26</sup>, quando não

26 “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II – o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
- b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
- c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
- d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º Não é considerada agravamento ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior.”

tenha sido a única causa responsável pelo infortúnio, mas tenha contribuído sensivelmente para o agravamento das condições de saúde do trabalhador, o que não ocorre com o acidente trajeto, pela sua inadequação conceitual com a responsabilidade subjetiva do empregador; como dito, as hipóteses de equiparação estão originalmente relacionadas com a responsabilidade objetiva do INSS, permeada por uma relação de direito público que se forma no instante em que passa a ser devido o pagamento dos benefícios previdenciários eleitos na lei de concessão, acidente trajeto não mais reconhecido como acidente por equiparação, para efeitos previdenciários, por força da MP nº 905/2019. Os Tribunais Regionais do Trabalho vêm pacificando a concausalidade como fato gerador do dever de indenizar, a exemplo da Súmula nº 34 do TRT da 15ª Região<sup>27</sup> e a Súmula nº 44 do TRT da 12ª Região<sup>28</sup>. Como a regra da concausa está prevista na lei previdenciária (Lei nº 8.213/91), que segundo nossa argumentação prevê a construção de institutos jurídicos lastreados no fundamento da responsabilidade objetiva do INSS, quando da transposição ao direito do trabalho, em processo de adequação de seus postulados, apresentar-se-ia o argumento da concausa constitucionalmente inválido, contraproducente (art. 7º, XXVIII, da CF), sem que no caso concreto possamos delinear com segurança a conduta culposa do empregador, independentemente da intensidade, esta solucionada através do *quantum* indenizatório, mas no sentido de autorizar o dever de indenizar que não esteja no campo especulativo de um juízo de mera probabilidade, sustentado em fatos e fundamentos concretos que venham a fundamentar o laudo de perícia médica, sob pena de responsabilização sem conteúdo jurídico, como na situação de responsabilização do empregador por acidente trajeto, quanto seu poder empregatício não tenha qualquer efetividade além dos limites espaciais do estabelecimento da empresa. De qualquer forma, o art. 51, inciso XIX, alínea *b*, da MP nº 905/2019 revogou o acidente trajeto, não mais considerado acidente por equiparação, mas que não altera a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, de natureza previdenciária, diante da incapacidade temporária ou permanente para o trabalho.

Segundo Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 881), citando Cavalieri Filho, “a concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado.

27 Súmula nº 34 do TRT da 15ª Região: “DOENÇA PROFISSIONAL. CONCAUSA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. O nexo concausal entre o trabalho e a doença, nos termos do art. 21, I, da Lei nº 8.213/91, gera direito à indenização por danos moral e material, desde que constatada a responsabilidade do empregador pela sua ocorrência”.

28 Súmula nº 44 do TRT da 12ª Região: “DOENÇA OCUPACIONAL. CONCAUSALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Mesmo que de origem multifatorial, comprovado que o trabalho contribuiu para a eclosão ou agravamento da patologia, o dano é passível de indenização”.

Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal qual o rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”.

Por obviedade, a questão do “elo” de responsabilidade concausal patronal no espectro do instituto da concausa, que infere a responsabilidade mesmo que a conduta da empresa não seja seu principal motivo e determinante ao resultado danoso, é questão tormentosa na prática trabalhista, uma vez que a morbidade, por certo, pode não ser resultado do desencadeamento das condições do trabalho; no plano da subjetividade argumentativa, decorrerá de fatores múltiplos que concorram para a doença laboral, sem que a presunção de culpa fosse aplicada apenas ao empregador, com exclusão de responsabilidade todas as vezes que a atuação coadjuvante do empregador esteja no campo especulativo de um mero juízo de probabilidade, uma vez que para efeito de danos extrapatrimoniais sempre deve observar “o grau de dolo ou culpa”, do inciso VII do art. 223-G da CLT, cuja exclusão, seja a completa negação do dever de indenizar.

Nesse sentido, citamos o entendimento de Wladimir Novaes Martinez (2016, p. 38) quanto à possibilidade de repassar a responsabilidade do acidente trajeto para o empregador, vejamos:

“Analisa-se o acidente trajeto tão somente por se tratar de uma excepcionalidade e por não depender da atuação do empregador. É um acontecimento traumático sucedido no percurso da residência ao trabalho e vice-versa. Não se pode confundir o acidente de trabalho trajeto, uma construção legal, com o acidente de trabalho sucedido dentro do estabelecimento. A empresa não tem responsabilidade alguma no acidente *in itinere* – embora ele possa interessar à Previdência Social – e também no infortúnio não laboral nem ocupacional, ou seja, o que se chama de acidente de qualquer natureza ou causa. O mesmo raciocínio se aplica no caso da concausa: ‘A concausa é idealização jurídica que permeia o Direito. Embora do ponto de vista prático nem sempre os profissionais tenham condições de apurar qual o percentual de participação de mais de um motivo, ela se reporta à combinação de causas efetivas’.”

#### **4 – Nexo técnico epidemiológico previdenciário**

Com impactos significativos na delimitação da responsabilidade do empregador pela doença do trabalho, devemos destacar os reflexos decorrentes da nova metodologia de identificação dos afastamentos de natureza acidentária denominada de Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP), evento com origem no próprio contrato de trabalho, contrariando os efeitos deletérios

da subnotificação de doenças e acidentes do trabalho que sempre dependeram da emissão unilateral da CAT (Comunicado de Acidente do Trabalho) pelo empregador, sistema de fácil manipulação, potencializando a proteção social do trabalhador através da simplificação do procedimento necessário para o reconhecimento dos infortúnios amparados pela Previdência Social a partir do risco social protegido através da Lei nº 8.213/91, responsável pela eleição dos benefícios concedidos no âmbito da Seguridade Social. A metodologia envolve uma associação estatística realizada na perícia do INSS, entre o CNAE (Código Nacional de Atividades Econômicas) da empresa, na qual se deu o afastamento, e a CID (Classificação Internacional de Doenças), diagnosticada pelo Perito do INSS. Para Remígio Todeschini (2009, p. 23): “Eis a grande novidade revolucionária na Previdência Social, que é o reconhecimento das doenças e acidentes mediante o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP). Esse reconhecimento parte da prevalência significativa de doenças (epidemiologia) por meio da Classificação Internacional de Doenças (CID) relacionadas com os mais diversos setores e atividades da empresa”.

Quaisquer dos benefícios previdenciários comportam sempre duas espécies de afastamento, fixadas em razão de sua origem: previdenciária, quando a incapacidade não está diretamente relacionada com o exercício das atribuições funcionais; e acidentária, quando o afastamento por incapacidade decorre de evento ou moléstia que procedam da função exercida no contexto do contrato de trabalho. O reconhecimento da natureza acidentária dos afastamentos por incapacidade laboral repercute diretamente no contrato de trabalho, a partir do reconhecimento dos seguintes direitos do trabalhador: (i) Recolhimento do FGTS pelo empregador: no período de afastamento acidentário (art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90); (ii) Garantia de emprego: nos 12 meses subsequentes do retorno ao trabalho (art. 118 da Lei nº 8.213/91); (iii) Ação regressiva do INSS: para reaver do empregador negligente o valor despendido pelo Erário com o pagamento dos benefícios acidentários (art. 120 da Lei nº 8.213/91); e, por fim, (iv) Reintegração no emprego: após a dispensa do empregado, pela constatação do NTEP no período de graça, em que o empregado mantém a condição de segurado da previdência social (art. 15, II, da Lei nº 8.213/91).

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário foi reconhecido a partir da nova redação do art. 21-A da Lei nº 8.213/91, conferida pela Lei nº 11.430/06, prevendo que “A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional

de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento”. Para esse efeito, tanto a Perícia Técnica do INSS, no âmbito administrativo, quanto o Juiz do Trabalho no judicial (este último para perquirir a presunção de culpa do empregador) utilizar-se-ão da já mencionada associação estatística entre o CNAE e CID, prevista na lista C do anexo II do Decreto nº 3.048/99, que trata do regulamento da Previdência Social. Diante dessa constatação, ter-se-á a inversão do ônus da prova<sup>29</sup> relativo à inexistência do nexos entre o agravo e o ambiente do trabalho (art. 337, § 7º, do RPS), de forma a suplantar a presunção *juris tantum* do nexos técnico, havendo dever legal da Perícia Médica do INSS no reconhecimento da natureza acidentária. Enunciado nº 42 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho: “ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPI-DEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexos técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei nº 8.213/1991”.

Ora, seja pela tentativa de buscar a almejada justiça fiscal ou mesmo pela simplificação do sistema, ante a dificuldade de comprovação do nexos entre a atividade exercida na empresa e o agravo experimentado, há justificativa plausível apta a suportar o expediente utilizado no art. 337, § 7º, do Decreto nº 3.048/99<sup>30</sup>, reconhecendo a inversão do ônus da prova, sob o aspecto da alteridade, considerando que o risco do empreendimento deve ser suportado integralmente pelo empregador, exigindo que a empresa apresente elementos suficientes para afastar o eventual nexos presumido. Os meios de prova disponíveis às empresas estão delimitados no § 11<sup>31</sup> deste mesmo dispositivo normativo, explicitando que as provas deverão ser produzidas no âmbito dos programas de gestão de risco, implantados por profissional habilitado.

Com a análise do art. 7º, XXVIII, da CF<sup>32</sup> é possível identificar a política legislativa albergada pelo legislador Constituinte, que impõe a responsabilidade

---

29 Em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, Wladimir Novaes Martinez (2010, nº 171, p. 148), teceu algumas considerações a respeito da contestação empresarial: “Até mesmo após a concessão do benefício acidentário, se a empresa provar que não deu causa ao infortúnio, que não há nexos causal entre a CID e o ambiente do trabalho, o evento terá de ser eliminado das estatísticas que determinam o FAP”.

30 Dispõe o art. 337, § 7º, do Decreto nº 3.048/99: “A empresa poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexos técnico epidemiológico ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de correspondente nexos entre o trabalho e o agravo”.

31 É o teor do art. 337, § 11, do RPS: “A documentação probatória poderá trazer, entre outros meios de prova, evidências técnicas circunstanciadas e tempestivas à exposição do segurado, podendo ser produzidas no âmbito de programas de gestão de risco a cargo da empresa, que possuam responsável técnico legalmente habilitado”.

32 CF: “Art. 7º (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer com dolo ou culpa”.

objetiva ao INSS, independente da ideia de culpa, bastando a ocorrência da situação de risco social ou contingência protegida pela lei, para fazer surgir a obrigação legal de pagar a prestação pecuniária, igualmente definida em lei. O custeio da referida obrigação legal decorre do seguro obrigatório recolhido pelo próprio empregador, de forma a neutralizar o risco social provocado pela sua iniciativa empreendedora, motivo de um possível contingenciamento da extensão da tese da responsabilidade objetiva, com fundamento no risco social, disposta no parágrafo único do art. 927 do CC<sup>33</sup>, diante da intenção do Constituinte em dar uma solução diversa às questões relativas ao acidente do trabalho, ponderando o valor social do trabalho e a livre iniciativa, vetores basilares da ordem econômica introduzida a partir do *caput* do art. 170 da CF<sup>34</sup>. Referida metodologia permite a aproximação da ideia relacionada à teoria do risco, ou, ainda, “risco-proveito”, que conduz a argumentação jurídica vinculada a reparabilidade do dano com origem na atividade realizada em proveito de outrem.

Diante dos argumentos expendidos, fica muito claro que o arcabouço teórico da Lei nº 8.213/91 está em consonância com a responsabilidade objetiva da entidade gestora do Regime Geral da Previdência Social, motivo pelo qual, além do acidente típico, diversas outras situações de risco social estão protegidas através de equiparação legal, sem qualquer nexo com o meio ambiente do trabalho, de forma a fortalecer a proteção do Estado Social através de *plus* concedido aos benefícios acidentários, em detrimento dos meramente previdenciários. Elegemos algumas situações para demonstrar esse descompasso entre a nova sistemática, que inviabiliza a transposição pura e simples dos seus conceitos ao contrato de trabalho, fundamentado na responsabilidade complementar e subjetiva do empregador, com destaque para: (i) concausalidade (art. 21, I, da PBPS<sup>35</sup>); (ii) ato exclusivo de terceiro (art. 21, II, *c*, do PBPS<sup>36</sup>); e, (iii) acidente trajeto (art. 21, IV, *d*, do PBPS<sup>37</sup>), apenas para que possamos ficar

33 CC: “Art. 927. (...) 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”.

34 CF: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

35 Lei nº 8.213/91: “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para os efeitos desta Lei: I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou a perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação”.

36 “II – o acidente sofrido pelo segurado no local e horário do trabalho, em consequência de: (...) *c*) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho.”

37 “IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho de trabalho: (...) *d*) no percurso da residência para o local de trabalho ou desta para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.”



com exemplos mais gritantes. O próprio *caput* do art. 21 da Lei nº 8.213/91 deixa entrever a conclusão a que chegamos quando afirma textualmente que as hipóteses mencionadas equiparam-se a acidente do trabalho para “(...) *os efeitos desta Lei*”, sem a transposição imediata para o direito do trabalho, sem as devidas adaptações.

Especialmente as doenças do trabalho de “fundo” emocional têm o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário como uma ferramenta altamente eficiente para o reconhecimento da doença associado ao trabalho, o que atualmente ocorre em grande medida nas relações trabalhistas bancárias, a busca incessante por metas e resultados talvez não seja uma causa quando analisado na individualidade do trabalhador, mas quando passa a reproduzir o efeito sistêmico captado pelas associações estatísticas provenientes do Nexo Técnico, permite no contrato de trabalho modalidade de responsabilidade intermediária de presunção de culpa, cuja negativa do ato administrativo permite sua discussão no âmbito dos Juizados Especiais Federais, ou mesmo, em sede de Ação Trabalhista, uma vez que a decisão administrativa não vincula o Poder Judiciário, pelo princípio do amplo acesso a uma ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da CF), construção doutrinária alinhada com os fundamentos da Súmula nº 378, II, do TST, reconhece: “São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego”.

Todavia, ainda que presente essas dificuldades práticas, o NTEP é de suma importância no Direito do Trabalho para definição da responsabilidade do empregador.

### Conclusão

Para concluirmos pela existência de três modalidades de responsabilidade do empregador, quais sejam: (i) subjetiva; (ii) presunção de culpa; (iii) objetiva; e aqui para nós destaque para a categoria intermediária da presunção e culpa, com atração de todas as excludentes da responsabilidade objetiva, pela sua compatibilidade; fato de terceiro, exclusivo do empregado e caso fortuito e força maior; acrescemos aqueles especiais da estrutura do nexo técnico, como a contraprova nos programas de gestão de risco aos quais o empregador é submetido por força de lei.

Reforçamos a ideia de que Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário têm raiz constitucional comum dentro do espectro do Constitucionalismo Social, com espaço para o avanço da proteção social efetiva intencionada pelo



Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido alcançável pela interlocução dos seus institutos, de cada uma dessas disciplinas jurídicas, as doenças contemporâneas de “fundo” emocional, que atingem, em especial, o setor bancário, encontram respaldo na legislação previdenciária que fortalece a diretriz constitucional do meio ambiente equilibrado de que trata o art. 7º, inciso XXII, da CF, uma vez que essas condições de trabalho, não reconhecidas apenas na percepção física, doenças silenciosas, com a dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade, fortalecido pela sistemática estudada.

Dessa forma, sustentamos a tese de uma modalidade intermediária de modalidade de responsabilidade do empregador, a presunção de culpa, posicionada entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, e, igualmente a esta última, lastreada na boa-fé objetiva que dê respaldo principiológico às avenças contratuais, e, em especial, aquela formada entre empregado e empregador. Permitindo que o ideário ético seja obstáculo às posições abusivas assumidas no contrato e que tenham por substrato o adoecimento de um conjunto de trabalhadores.

### Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOMFIM, Vólia Cassar. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CESARINO Jr., Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 1.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2009.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito do trabalho: parte geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1980.
- MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

## DOCTRINA

- \_\_\_\_\_. *A reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana*. São Paulo: LTr, 2010.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1992.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- NAHAS, Thereza. *CLT comparada urgente*. São Paulo: RT, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- PESSOA, Valton Doria. *A incidência da boa-fé objetiva e do venire contra factum proprium nas relações de trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O direito do trabalho na empresa e na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1997.
- SANTOS, Marco Fridolin Sommer dos. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- \_\_\_\_\_. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.
- VIANNA, Claudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- VIANNA, Segadas et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 1.

Recebido em: 22/12/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# O REQUISITO DA TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA

## *THE REQUIRIMENT OF TRANSCENDENCE IN “RECURSO DE REVISTA”*

Ariel Medeiros Gracia Vianna\*

Ana Paula Pavelski\*\*

**RESUMO:** Analisa os critérios específicos do requisito da transcendência regulamentado pela Lei nº 13.467/2017, como forma de processamento do recurso de revista. Apresenta um panorama geral das alterações legislativas no que se refere à transcendência e trata dos pontos mais amplos e genéricos, como a motivação do legislador, suas fontes de direito e sua natureza e adiante enfrenta ainda cada um dos indicadores de forma distinta. Ressalta as consequências do não reconhecimento de matéria transcendente no recurso de revista e os impactos que pode vir a causar à Justiça do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transcendência. Recurso de Revista. Reforma Trabalhista. Direito Processual do Trabalho.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the specific criteria of transcendence imposed by the Law no. 13,467/2017 in processing the Recurso de Revista “Appeal of Review” to the Superior Court of Labor. A summary of the changes brought by the new labor legislation regarding transcendence is presented, dealing with broader and more general points, such as the motivation of the legislator, its sources of the Law and its nature, and then faces each of the indicators differently. It highlights the consequences of not recognizing transcendent matter in the Appeal of Review to the Superior Court of Labor and the impacts it may have on all the Labor Courts throughout the country.*

**KEYWORDS:** *Transcendence. Appeal of Review. Labor Reform. Procedural Labor Law.*

---

\* Especialista, pós-graduado, em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; pós-graduando em Direito Empresarial e graduado em Direito, todos pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba; advogado; secretário da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR (2019/2021).

\*\* Mestre em Direito Empresarial e Cidadania Pelo Unicuritiba; especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Unicuritiba. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – Unicuritiba. Coordenadora da Especialização em Direito e Processo do Trabalho do Unicuritiba; professora da graduação em Direito do Unicuritiba; professora da Escola da Magistratura do Trabalho – Ematra 9ª Região; professora do Curso Jurídico e de outros cursos preparatórios para Exame de Ordem e concursos; advogada; integrante da Diretoria da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná; conselheira estadual da OAB/PR; árbitra da Câmara Nacional de Arbitragem Trabalhista.

## 1 – Introdução

O requisito da transcendência ganhou visibilidade recente no cenário do Processo do Trabalho com o advento da Lei nº 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista. Entretanto, esse requisito está presente na Consolidação das Leis do Trabalho desde 2001, tendo sido incluído pela Medida Provisória nº 2.226 do referido ano, que trouxe a obrigatoriedade de a matéria ventilada em Recurso de Revista ser transcendente para que o apelo ao Tribunal Superior do Trabalho fosse conhecido.

Porém, a MP nº 2.226/01 não surtiu o efeito pretendido, que era, desde aquele momento, represar o número de processos a serem julgados pela corte superior em matéria trabalhista, em razão de o dispositivo legal não ser auto-executório, haja vista que o seu art. 2º determinava que a transcendência deveria ser regulamentada pelo TST em seu regimento interno (TEIXEIRA FILHO, 2019, p. 58), o que jamais ocorreu.

A Reforma Trabalhista pôs fim a qualquer discussão sobre a aplicação da transcendência, revogando expressamente o art. 2º da MP nº 2.226/01, e ditando que a matéria oferece transcendência quando trata, dentre outras, de questões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas, as quais irá se analisar de maneira mais aprofundada em momento oportuno neste artigo.

Assim, não há, até o momento, outra forma de que seja conhecido um recurso de revista, que não passando pelo crivo da transcendência, que nada mais é do que uma análise substancialmente subjetiva, conduzida por aspectos objetivos, que visa à redução do número de processos a serem julgados pelo TST, equiparando-se, nesse quesito, este tribunal superior à nossa Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal, que se utiliza de mecanismo muito parecido, chamado de repercussão geral (MARTINS FILHO, 2018, p. 1).

Sobre os aspectos polêmicos relacionados ao tema passará a se debruçar a seguir, não com o intuito de exauri-lo, que além de muito recente ainda é de extrema vastidão de detalhes, os quais mereceriam artigos específicos para cada um deles, mas se explanará sobre alguns dos principais assuntos, transitando entre posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

## 2 – Discussões preliminares sobre a transcendência

Conforme mencionado, grande parte da doutrina<sup>1</sup> afirma, categoricamente, que a transcendência tem a única função de reduzir o número de processos

---

1 Citam-se como exemplos deste posicionamento: SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. p. 150; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos*. p. 60; LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito processual do trabalho*. p. 1.135.

julgados no Tribunal Superior do Trabalho, para que se torne viável a atuação dessa Corte, ao fim que deveria se destinar, “de uniformizar a interpretação do Direito no âmbito da competência da Justiça do Trabalho”, nas palavras de Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2018, p. 151), ensejando maior celeridade nos julgamentos nesta instância superior.

Ademais, o próprio projeto de Lei que resultou na Reforma Trabalhista, PL nº 6.787/2016, trouxe na justificativa do art. 896-A a informação de que “a taxa de congestionamento de processos no Brasil atinge níveis superiores a 85%” e na justiça do trabalho a taxa de recorribilidade é de 52%, concluindo que há “necessidade de racionalização do sistema recursal”, sendo que “um Tribunal Superior deve ater-se não ao julgamento de casos simplórios, mas à apreciação de matérias que tenham relevância nacional”<sup>2</sup>.

Esse entendimento também já vem se mostrando presente na jurisprudência, conforme se retira de trecho de voto de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: “o critério de transcendência constitui filtro seletor de matérias que mereçam pronunciamento do TST para firmar teses jurídicas pacificadoras da jurisprudência trabalhista” (AIRR 16706-64.2016.5.16.0022, DEJT 26.06.2019).

Contudo, Manoel Antônio Teixeira Filho faz uma forte crítica a essa intenção de se reduzir a todo custo o número de processos que sobem à referida Corte, afirmando que o texto legal da transcendência tratou somente de cuidar dos interesses do TST, não se preocupando com os jurisdicionados, pois mesmo que não devesse se prestar o referido Tribunal a corrigir decisões equivocadas dos Tribunais Regionais em um mundo ideal, não pode se deixar de levar em conta o fato de que milhares de Recursos de Revista foram julgados anualmente nessa Corte, justamente porque havia razão jurídica para serem apreciados no mérito, seja por violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta à Constituição da República, ou, ainda, por existência de divergência jurisprudencial, e que com a transcendência, muitos casos análogos aos que foram julgados, não seguirão a mesma sorte (TEIXEIRA FILHO, 2019, p. 66).

Já Mauro Schiavi minimiza os problemas suscitados por Manoel Antônio Teixeira Filho, fazendo discurso com viés mais legalista, afirmando que em razão da natureza extraordinária do recurso de revista, este tem “objetivos diversos da justiça da decisão” e que “a criação da transcendência não obsta o acesso à Justiça do Trabalho. Além disso, o duplo grau de jurisdição não tem assento constitucional, cumprindo a lei estabelecer os pressupostos e requisitos

---

2 Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)>. Acesso em: 11 out. 2019. p. 78.

do recurso” (SCHIAVI, 2018, p. 150). Em complemento a esse pensamento exposto por Schiavi, vale também transcrever as palavras do Ministro Ives Gandra Martins Filho de “que o direito do cidadão é ao duplo grau de jurisdição (sentença monocrática revista por um colegiado) e que o recurso às Cortes Superiores é um direito do Estado Federado (uniformização do direito federal), ou seja, as Cortes Supremas e Superiores não são uma 3ª ou 4ª instância recursal, mas instâncias extraordinárias” (MARTINS FILHO, 2018, p. 2).

Ainda, os defensores do emprego do mecanismo da transcendência, tais como Ives Gandra Martins Filho<sup>3</sup> e Philippe de Oliveira Nader<sup>4</sup>, utilizam-se do direito comparado, exemplificando o sucesso dos *Judiciary Act* de 1891 e 1925 como meio de redução de processos na Suprema Corte americana, para justificar esse critério de admissibilidade recursal na Corte Superior trabalhista.

Logo, o que se vê é que está se equiparando a Suprema Corte americana, aquela que se destina a julgar matérias constitucionais, ao Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, no sentido do objetivo da Corte e da possibilidade de escolha dos recursos que são de seu interesse, expondo que após a implementação dos *Judiciary Act* na Suprema Corte americana, assim como do requisito da repercussão geral no STF, o número de processos julgados caiu drasticamente, assim devendo seguir a mesma linha o TST, tendo em vista que tanto o recurso extraordinário quanto o recurso de revista têm natureza extraordinária, portanto, podendo um ter requisitos equivalentes ao do outro (SCHIAVI, 2018, p. 152).

Sobre esse ponto, vale a citação do Ministro Ives Gandra Martins Filho (2001, p. 1):

“O TST goza da mesma natureza do STF, de instância extraordinária, atuando por delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, razão pela qual o tratamento a ser dado, em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF, deve ser adotado também para o TST (e-STJ).”

Novamente se opondo a essa parte da doutrina, Manoel Antônio Teixeira Filho (2019, p. 65-66) afirma ser inconstitucional tal equiparação entre recurso extraordinário e recurso de revista, sendo que o STF detém prerrogativas a si concedida por meio de emendas constitucionais para aplicar tal discricionariedade na escolha dos recursos que irá julgar, além de ser a única Corte Suprema do país, diferentemente do TST.

---

3 MARTINS FILHO, Ives Gandra. p. 4-6.

4 NADER. p. 16.

Porém, há que se compreender também que se trata de norma posta e vigente, a qual, enquanto não tiver sua constitucionalidade questionada, seguirá surtindo todos os efeitos jurídicos inerentes ao seu texto, devendo-se, então, interpretar e analisar a sua aplicação na prática. Postas essas questões instrutórias e preliminares sobre o tema, as quais são de grande valia para o aplicador do direito, visto que se faz necessário o conhecimento da origem e das intenções da norma, dar-se-á, a partir desse momento, enfoque maior nas disposições legais e práticas da transcendência.

### 3 – A transcendência na prática e seus indicadores

Conforme aponta Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 1.134), dentro do contexto do recurso de revista, transcendência é algo “de extrema importância, a ponto de merecer um julgamento completo por parte do TST”.

E nesse aspecto se encontra a subjetividade da transcendência, pois apesar de os requisitos serem objetivos e elencados na legislação, ainda se permite ao julgador alto grau interpretativo para determinar o que seria uma matéria de interesse da coletividade.

Reza o *caput* do art. 896-A que “o Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”<sup>5</sup>. No § 1º do mesmo dispositivo, o legislador elencou o que seriam estes indicadores de transcendência. Assim, identifica-se de maneira mais clara o que seria uma matéria que oferece transcendência. Porém, ainda ficará a critério do Ministro Relator, dentro de seu entendimento, a conclusão de se a matéria transcende ou não às partes envolvidas naquele processo.

Afirma-se ficar a critério do Ministro Relator a análise da transcendência, pois, por mais que seja considerada como um pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso de revista, no entendimento de grande parte da doutrina, como Bezerra Leite<sup>6</sup>, Teixeira Filho<sup>7</sup> e Miessa e Correia<sup>8</sup>, o § 6º do art. 896-A da CLT excluiu da apreciação do Presidente do Regional a competência para analisar a existência do requisito da transcendência.

---

5 Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 12 out. 2019.

6 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. 2019. p. 1.134.

7 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. 2019. p. 397.

8 MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique. *Manual da reforma trabalhista*. p. 1.064.



E em razão disso, Mauro Schiavi (2018, p. 151) entende não ser esse requisito um pressuposto intrínseco do recurso de revista, mas, sim, uma prejudicial de mérito, pois ao apreciá-la, “o TST obrigatoriamente está enfrentando o mérito do recurso”. Compreende-se o posicionamento adotado por Mario Schiavi, tendo em vista que pressupostos de admissibilidade, sejam eles extrínsecos ou intrínsecos, são todos aqueles que passam pelo crivo do Presidente do Tribunal Regional, por se tratar de questões objetivas, sem adentrar no mérito do tema discutido no recurso. No entanto, a análise da transcendência carece da análise do Ministro Relator do processo, quem julgará se determinada matéria cumpre o requisito, cabendo somente a ele, e não ao juízo prévio de admissibilidade, decidir pelo conhecimento ou não do recurso, em conformidade com a disposição do art. 932, III, do CPC, que trata da prejudicial de mérito, permitido ao relator que decida monocraticamente o recurso para deixar de conhecê-lo se prejudicado (WABIER; TALAMINE, 2016, p. 525).

Porém, demonstrar-se-á que o momento em que a transcendência vem sendo analisada no TST destoa do sustentado por Schiavi. Diferentemente do defendido, não está se analisando a presença de um indicador de transcendência apenas após o preenchimento de todos os pressupostos específicos e genéricos de admissibilidade, mas, sim, em momento anterior a qualquer outra análise.

E para que venham a ser analisados os demais pressupostos de admissibilidade e o recurso seja conhecido pelo Ministro Relator, à parte de sua subjetividade, deve a revista preencher um dos quatro, ou mais, indicadores de transcendência, não sendo necessário que todos estejam presentes, mas tão somente um será suficiente. Fala-se em mais do que quatro, pois a redação do § 1º do art. 896-A foi arrematada com a frase “entre outros”, que torna o rol não taxativo, e sim exemplificativo, do que são os indicadores de transcendência.

### **3.1 – Indicador econômico**

A transcendência econômica é caracterizada pelo elevado valor da causa, em interpretação literal (inciso I). Nesse inciso se faz imperioso criticar o termo “valor da causa” utilizado, pois, em verdade, ao que nos parece, o valor dado à causa, efetivamente, é irrelevante para se analisar a transcendência econômica, por dois principais motivos. Primeiro, nos processos ajuizados em data pretérita à entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, não era obrigatória a indicação de valor específico para cada um dos pedidos, com exceção do procedimento sumaríssimo, fazendo com que a enorme maioria das ações tivessem seu valor atribuído perto dos 40 salários mínimos, unicamente com o intuito de ser a ação processada pelo rito ordinário, assim, a condenação poderia se dar em



valor inúmeras vezes superior ao dado à causa, não refletindo, na análise da transcendência, o real potencial econômico da ação, quando feita essa interpretação literal do inciso. E a mesma visão míope pode se ter ao se analisar um processo que contenha inicial líquida, com um valor exorbitante, mas que a condenação seja em valor irrisório, fazendo com que uma causa de pequena expressão patrimonial real seja julgada pelo TST.

Logo, entende-se por correta a análise com base na condenação e não no valor da causa, para se verificar a existência do indicador econômico da transcendência.

Ainda, há também divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a interpretação do referido inciso, se a sua aplicabilidade é restrita aos casos de elevada condenação à empresa, justificando o conhecimento do recurso, ou se nos casos de baixa condenação, se comparada com a pretensão do trabalhador, igualmente merece ser julgado o processo pelo TST para majorar a condenação.

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 366-367) defendem que a transcendência econômica deve ser analisada tanto sobre a perspectiva do empregador quanto do empregado. Schiavi (2019, p. 153) entende que se enquadra nesse indicador, quando se refere a recurso da parte trabalhadora, apenas casos de ações coletivas, mas sustentando que principalmente se aplica às demandas cujo valor da condenação possa inviabilizar a atividade do empregador. E de forma mais radical está o entendimento de Manoel Antônio Teixeira Filho (2018, p. 396), que sustenta ser aplicável somente quando houver elevado valor de condenação imposta à empregadora, e quando esse valor for capaz de gerar grave repercussão no desenvolvimento da atividade empresarial, merecendo, portanto, conhecimento o recurso de revista.

Essa interpretação defendida em parte por Schiavi e por Teixeira Filho está baseada no texto do Projeto de Lei nº 3.267/00, o qual tinha como ementa “acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre requisitos de admissibilidade para o recurso de revista”<sup>9</sup>, e conceituava transcendência econômica como “a ressonância de vulto da causa em relação à entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial”<sup>10</sup>.

---

9 Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19377>>. Acesso em: 13 out. 2019.

10 Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22JUN2000.pdf#page=78>>. Acesso em: 13 out. 2019.

## DOCTRINA

Percebe-se que referido projeto que externaliza a intenção do legislador não faz menção ao impacto no valor da causa (condenação) ao trabalhador.

Compactua-se dessa linha interpretativa, pois o valor da condenação somente será capaz de transcender o interesse das partes, quando vir a afetar pessoas alheias à lide, o que só se vislumbra com relação a uma condenação elevada à empresa, que pode não ter condições financeiras de manter suas atividades e se ver obrigada a dispensar diversos funcionários para que possa permanecer atuante no mercado, ou, ainda, em situação pior, até falir, criando enorme impacto em seus empregados e até em demais ramos de atividade que subsistiam em razão daquela atividade empresarial que também serão indiretamente impactados por aquela condenação judicial. Não se vislumbra situação equivalente quando se fala em transcendência econômica a ser reconhecida em recurso do trabalhador, pois por mais deficiente que seja a decisão regional, esta não afetará interesse de terceiros. Nesse sentido também vem decidindo alguns ministros no TST (AIRR 20214-32.2013.5.04.0030, DEJT 11.10.2019)

Porém, também já se encontram decisões no formato defendido por Godinho, de que se aplica o indicador econômico nos casos em que o proveito econômico do trabalhador ficou aquém do merecido (Ag-ARR 801-21.2015.5.09.0322, DEJT 28.06.2019).

Fazendo-se uma interpretação mais legalista do inciso, em consonância e com fulcro na doutrina citada, acredita-se que casos julgados, como o mencionado acima, fazem jus ao conhecimento, por terem transcendência, mas não pelos indicadores expressos, e sim com base na disposição final do § 1º, “entre outros”, como mencionado em tópico anterior. Um caso em que há condenação em valor muito inferior aos padrões comumente fixados pelo TST, faz jus à manifestação dessa Corte para que cumpra seu objetivo de uniformização jurisprudencial e majore determinada condenação.

Arremata-se apenas afirmando que a transcendência econômica é a que comporta o maior grau de subjetividade do Ministro Relator em sua análise, visto que não há qualquer estipulação prévia do que seria esse valor elevado da causa e, conforme a correta interpretação para a aplicação desse indicador, de possibilidade de inviabilização da atividade econômica da empresa, deve cada caso ser analisado isoladamente de acordo com suas peculiaridades. Nesse tocante, com o devido respeito, ousa-se complementar a conclusão de Mauro Schiavi (2018, p. 153) de que “a jurisprudência deverá fixar o conceito de causa de elevado valor”, pois não se deve parametrizar, ou seja, tabelar o que é valor elevado de forma genérica, mas, sim, seus critérios de análise, tendo em vista que para um pequeno comércio de bairro uma condenação de 100

mil reais inviabilizaria a manutenção de sua atividade e para uma montadora de automóveis esta quantia em nada interfere no caixa. Ademais, como bem coloca Jorge Pinheiro Castelo (2018, p. 167), “o Brasil é um país continental, com diferenças regionais abissais e que pode ser elevado valor da causa no Acre pode ser considerado pequeno em São Paulo”. Logo, há que se recordar que o TST julga para o Brasil em sua totalidade, devendo também que se ater às diferenças regionais.

Isso posto, o que se conclui a respeito desse primeiro indicador de transcendência é que o legislador foi infeliz ao afirmar que seria analisado o valor da causa, quando a correta interpretação que deve ser feita é sobre o valor da condenação, como já vem procedendo a Corte Superior trabalhista, além de que tal indicador é aplicável somente ao empregador, quando a condenação puder colocar em risco a manutenção da atividade empresarial do reclamado, e que os critérios para se estipular o que se caracteriza como valor elevado devem ser fixados com o tempo, com base na análise casuística dos processos.

### 3.2 – Indicador político

O inciso II do art. 896-A da CLT traz como segundo indicador de transcendência o político, discriminando como “desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”. Essa disposição se confunde com uma das hipóteses de cabimento do próprio recurso de revista, prevista na alínea *a* do art. 896 da CLT, que prevê o cabimento do mencionado recurso quando a decisão regional contrariar súmula de jurisprudência uniforme do TST ou súmula vinculante do STF.

Na contramão do critério anterior, este é o que a subjetividade do relator fica menos evidente, por se tratar de questão, em princípio, objetiva, que é a análise a respeito de se a decisão *a quo* desrespeitou ou não as súmulas do TST ou do STF (SCHIAVI, 2019, p. 153). Por mais que o inciso seja restritivo e afirme que só se encontra presente o indicador quando houver desrespeito à matéria sumulada, nesse caso há que se fazer interpretação extensiva e afirmar que julgados regionais em afronta a matérias afetadas pelo STF em repercussão geral ou a precedente de IRR do TST, também se trata de tema transcendente (MARTINS FILHO, 2018, p. 9).

E essa interpretação extensiva, de que são temas transcendentos aqueles tratados em repercussão geral no STF, ganhou maior relevo no cenário atual em razão de decisão liminar da Ministra Cármen Lúcia do STF, em reclamação, reconhecendo precariamente a transcendência da matéria suscitada em Recurso

de Revista com fulcro em matéria julgada em sede de repercussão geral no STF, suspendendo, provisoriamente, o trânsito em julgado de agravo de instrumento em recurso de revista denegado monocraticamente pelo relator por ausência de transcendência.

Explica-se. O trabalhador ingressou com a ação em face de seu empregador, que prestava serviços mediante licitação ao município, e também contra o próprio município, requerendo determinadas verbas trabalhistas e a responsabilização do ente estatal. Em primeira instância, o juízo de piso reconheceu a responsabilidade do município sob a fundamentação de que o contrato havia sido desvirtuado, sendo essa decisão mantida pelo Tribunal Regional, ensejando o recurso de revista do município, o qual teve seu seguimento denegado por descumprimento do pressuposto intrínseco de admissibilidade do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, que prevê a transcrição do trecho da controvérsia no corpo de recurso.

Diante desse panorama, interpôs-se agravo de instrumento contra a decisão do juízo de admissibilidade regional, que foi denegado seguimento pelo relator do AIRR no TST sob seguinte fundamento:

“Ressalte-se que a transcrição da ementa e do dispositivo do acórdão regional, trazida à p. 146, revela-se insuficiente à finalidade de consubstanciar o necessário prequestionamento da controvérsia, pois não abrange todos os fundamentos de fato e de direito nos quais o TRT se arrimou para decidir e que se pretende discutir no apelo revisional, notadamente no que tange à tese jurídica regional referente ao ônus da prova, remanescendo desatendido o art. 896, § 1º-A, I, da CLT. Por tratar-se de pressuposto de admissibilidade do apelo, a inobservância da formalidade inviabiliza o seu processamento, na esteira dos precedentes desta Corte (...). Assim, no caso concreto, pelo prisma da transcendência, o recurso de revista não atende aos requisitos do art. 896-A, *caput* e § 1º, da CLT, uma vez que a controvérsia aqui emergente (inobservância do art. 896, § 1º-A, I, da CLT) não é nova no TST e encontra solução na jurisprudência reiterada desta Corte em desfavor do Recorrente (conforme os precedentes suprarreferidos), independentemente da questão jurídica esgrimida no recurso de revista (responsabilidade subsidiária da Administração Pública) ou do valor arbitrado a condenação (R\$ 15.000,00 – p. 85), importância de pouca relevância para a entidade pública.” (AIRR 16706-64.2016.5.16.0022, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 26.06.2019)

## DOCTRINA

Vê-se que não se trata de mero não conhecimento por falta de transcendência, mas, sim, um não conhecimento justificado pelo não cumprimento de pressuposto intrínseco de não indicação de trecho da decisão recorrida que consubstanciaria o prequestionamento da matéria, criando um óbice processual, inviabilizando o exame da matéria de fundo vinculada, acabando por evidenciar, em última análise, a ausência da própria transcendência.

Todavia, a decisão da Ministra Cármen Lúcia deixou às margens os pressupostos para conhecimento do recurso de revista e logo determinou a suspensão da decisão que ordenava o trânsito em julgado da ação, sob o argumento de que se a matéria de fundo foi afetada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, é transcendente, nos seguintes termos:

“A questão jurídica tratada na ação trabalhista que ensejou o recurso de revista tido como destituído de transcendência coincide com aquele objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 e do Recurso Extraordinário 760.931, a impor uma indagação inquietante: Como uma matéria poderia dispor de repercussão geral sob o prisma econômico, político, social e jurídico e exigir sucessivos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e não preencher esse mesmo atributo quando examinada monocraticamente em jurisdição trabalhista?”

Seria compreensível assentar que matéria de natureza estritamente trabalhista não dispusesse de repercussão geral, econômica, política, social e jurídica para galgar a jurisdição constitucional, mas surpreende a constatação de que, não bastassem os dois pronunciamentos vinculantes deste Supremo Tribunal sobre a matéria, aos quais se agregam centenas de decisões em reclamação, a mesma questão possa ser relegada pela Justiça do Trabalho por ausência de transcendência.”

Porém, com a devida vênia, parece-nos equivocada a interpretação da Ministra, pois, em verdade, o juízo de admissibilidade do recurso de revista não afirmou ser o tema intranscendente, discordando da relevância dada ao tema pelo STF, mas, sim, que a ausência da transcrição do trecho do acórdão regional que expõe a controvérsia impossibilitou até mesmo a averiguação de existência de transcendência, concluindo que se impossível a verificação de transcendência, intranscendente é. Mas, deixando um pouco de lado o debate a respeito da interpretação referente ao procedimento, feita pela Ministra, o referido caso serve para exemplificar e consolidar a interpretação de que não só as decisões conflitantes com súmulas, exclusivamente, que são transcendentais politicamente, como também aquelas em conflito com temas já pacificados, por meio de outros instrumentos processuais, no TST ou no STF.

Esse indicador reforça a intenção legislativa que se mostrou muito presente na redação do CPC/2015, de precedentes, reforçando a necessidade de serem seguidos e a possibilidade de serem reformadas em instâncias extraordinárias as decisões que os contrariarem.

### 3.3 – Indicador social

O inciso III do trabalhado artigo delimita, como indicador social de transcendência, a postulação pelo recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado.

Os direitos sociais assegurados pela nossa Carta Magna são, principalmente, aqueles presentes entre os seus arts. 6º e 11, mas, em especial, o art. 7º. E, nesse sentido, importante observar que parece que o inciso vai na contramão da intenção do legislador de reduzir o número de processos, ou não mediu as consequências que viria a ter, pois grande parte dos direitos relacionados aos trabalhadores encontra-se nos incisos do art. 7º da CRFB/88, sendo possível e simples o enquadramento de grande partes desses incisos na esmagadora maioria de processos em tramitação nessa justiça especializada (TEIXEIRA FILHO, 2018, p. 396).

Destaca-se também que além dos direitos sociais previstos no capítulo especificamente destinado a eles na Constituição, há também quem defenda que devem ser incluídos na interpretação desse indicador os direitos sociais derivados dos princípios fundamentais, arts. 1º a 3º da CRFB/88 e os direitos e garantias fundamentais do cidadão, arts. 4º a 6º também da Constituição (CASTELO, 2018, p. 168). E, indo ao encontro desse pensamento, constou-se no Enunciado nº 121, III, da 2ª Jornada Nacional de Direito e Processo do Trabalho que da mesma forma são aplicados os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, na análise do presente requisito de transcendência<sup>11</sup>.

Deve-se analisar que não só o obreiro pode se valer desse requisito, como também as empresas e sindicatos, ao invocarem descumprimento ao art. 7º, XXVI, da CRFB. Portanto, o que vem se consolidando é uma visão ampliativa do que são esses princípios sociais garantidos pela Constituição, quando feita a interpretação da incidência da transcendência social no recurso de revista.

### 3.4 – Indicador jurídico

O quarto indicador elencado no § 1º do art. 896-A se trata de reconhecimento de transcendência quando o tema ventilado no recurso de revista for

---

11 Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 16 out. 2019.

novo, ou seja, quando ainda não tiver uma interpretação pacificada do TST sobre a matéria. Esse inciso é defendido por alguns como sendo o principal eixo de transcendência, que se presta de melhor forma a sedimentar o modo atuação do TST, em razão de ser aquele que possibilita que sejam firmados entendimentos novos às questões trabalhistas, e que devem ser seguidos pelos tribunais regionais (MARTINS FILHO, 2018, p. 9).

Ainda paira dúvida sobre o que seria considerada matéria nova, se aquela não sumulada, sem precedente de IRR, sem pronunciamento da SBDI-1, ou somente sem pronunciamento de nenhuma das turmas. Em breve pesquisa jurisprudencial, no sítio eletrônico do TST, encontram-se julgados de mesma Turma e Relator afirmando haver transcendência jurídica, ou seja, matéria nova, mesmo sendo existente decisão a respeito do mesmo tema:

“RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. CONDENAÇÃO DA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPATIBILIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT COM O ART. 5º, CAPUT, XXXV e LXXIV, DA CF. *TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA*. 1. Nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT, constitui transcendência jurídica da causa a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. 2. *In casu*, o debate jurídico que emerge do presente processo diz respeito à compatibilidade do § 4º do art. 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, que determina o pagamento de honorários advocatícios pelo beneficiário da justiça gratuita, quando sucumbente e tenha obtido em juízo, neste ou em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, frente aos princípios da isonomia, do livre acesso ao Judiciário e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, esculpido no caput e nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, questão que, inclusive, encontra-se pendente de análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.766-DF, Rel. Min. Roberto Barroso).” (RR 119-86.2018.5.12.0028, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 09.10.2019, 4ª Turma, DEJT 11.10.2019)

“RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. CONDENAÇÃO DA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPATIBILIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT COM O ART. 5º, XXXV E LXXIV, DA CF. *TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA*. 1. Nos termos do art. 896-A, § 1º, IV, da CLT, constitui transcendência



jurídica da causa a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. 2. *In casu*, o debate jurídico que emerge do presente processo diz respeito à compatibilidade do § 4º do art. 791-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, que determina o pagamento de honorários advocatícios pelo beneficiário da justiça gratuita, quando sucumbente e tenha obtido em juízo, neste ou em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, frente aos princípios do livre acesso ao Judiciário e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos, esculpido nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, questão que, inclusive, encontra-se pendente de análise pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.766-DF, Rel. Min. Roberto Barroso).” (ARR 1000420-04.2018.5.02.0704, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 18.09.2019, 4ª Turma, DEJT 20.09.2019)

Conclui-se, dessa forma, persistir o tema como novo, mesmo após ter sido objeto de julgamento de recurso pelas turmas do TST, devendo ser reconhecida a transcendência nesses casos. Ademais, seguindo a lógica de precedentes discriminada na Instrução Normativa nº 39 do TST, entende-se que a matéria somente será considerada pacificada quando julgada em sede de recurso repetitivo, decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência, ou após ter entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência<sup>12</sup> (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 670). Logo, após a resolução do tema em um dos meios de julgamento mencionados, a tese não será mais considerada como nova para fins de transcendência.

Portanto, a nosso ver, pouca relevância teria há quanto tempo a matéria está no ordenamento jurídico brasileiro. Matéria nova é ausência de pacificação do TST, ou até mesmo STF, sobre o tema, diferentemente da forma que pensa Teixeira Filho, que entende como matéria nova aquela que é recente na legislação (TEIXEIRA FILHO, 2018, p. 396).

#### 4 – Os efeitos da negativa de transcendência

Quando o Ministro Relator entende que o recurso de revista interposto não preenche nenhum dos pressupostos acima elencados, ou, ainda, outro que fosse capaz de demonstrar que a matéria ultrapassa o interesse individualizado

---

12 Art. 15, I, da IN nº 39 do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 16 out. 2019.



das partes, ele tem o poder de, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista, cabendo agravo dessa decisão (CLT, 896-A, § 2º), devendo o processo ser remetido ao órgão colegiado para que seja proferido julgamento a respeito da transcendência somente em primeiro momento.

Pautado o processo para julgamento colegiado terá direito o advogado da parte recorrente a sustentar oralmente e defender a existência de transcendência na matéria ventilada em recurso (CLT, 896-A, § 3º), e caso mantido o voto do relator em decisão de turma será lavrado acórdão irrecorrível no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, 896-A, § 4º), podendo ainda ser objeto de recurso extraordinário ao STF. Não obstante, se o recurso de revista não sobe ao TST diretamente, sendo necessária a interposição de agravo de instrumento, muda-se um pouco o panorama com relação à recorribilidade da decisão monocrática do Ministro que não reconhecer a transcendência em agravo de instrumento, visto que tal decisão é irrecorrível, e não só no âmbito desse Tribunal (CLT, 896-A, § 5º). Nesse diapasão, torna-se imperioso debater o momento em que deve ser feita a análise da transcendência, pois pode gerar resultados completamente distintos, se analisada antes dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade ou depois, como tornar uma decisão irrecorrível ou não.

Assim, caso seja interposto recurso de revista sem o preenchimento de um pressuposto intrínseco, como o previsto no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, logo na origem o recurso terá seu seguimento denegado, sendo essa decisão agravável ao TST. E a partir desse ponto que se entra na diferenciação do momento da análise da transcendência.

Se a análise for feita em momento pretérito à conferência dos demais pressupostos de admissibilidade previstos no art. 896 da CLT, e não se constatar a transcendência, a decisão que denegar seguimento, monocraticamente, por entender o Ministro ser intrasendente a matéria, será irrecorrível, conforme prevê o supracitado § 5º. Agora, se o momento da análise da transcendência for posterior aos pressupostos de admissibilidade, em primeiro momento o Ministro esbarrará na ausência de indicação do trecho do acórdão que consubstancia a controvérsia e negará seguimento por ausência de preenchimento dos requisitos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, cabendo dessa decisão Agravo Interno, nos termos dos arts. 1.021 do CPC e 265 do Regimento Interno do TST. Logo, o momento da análise será fator determinante entre o trânsito em julgado imediato do processo e a possibilidade de novo recurso.

Como antedito, Mauro Schiavi (2018, p. 151) defende, indiretamente, ao argumentar que o requisito da transcendência se trata de prejudicial de mérito, que sua análise somente se dará após a verificação do preenchimento de todos os

pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. Contrapondo-se a esse entendimento, Teixeira Filho (2019, p. 65) aduz que “a ‘transcendência’ figura, em sede de recurso de revista, como um requisito que antecede o próprio exame dos pressupostos de admissibilidade – subjetivos e objetivos – tradicionais”.

Também nesse sentido está o entendimento de Martins Filho (2018, p. 10), o qual vem se mostrando preponderante da mesma forma na jurisprudência<sup>13</sup>, de em sendo a transcendência um pressuposto intrínseco, “os pressupostos elencados no art. 896 da CLT só serão, em princípio, analisados, se for reconhecida a transcendência do recurso nos termos do art. 896-A da CLT”. Portanto, o que vem sendo delineando por grande parte da doutrina e posto em prática no TST, é que a análise da transcendência deve ocorrer antes da verificação dos demais pressupostos específicos de admissibilidade, devendo não ser conhecido recurso que não apresentar transcendência, sob esse fundamento específico, mesmo que tenha descumprido outros pressupostos.

Esse é um pensamento utilitarista, no sentido de que não há relevância se o recurso trouxe o trecho controvertido, indicou os artigos de lei supostamente infringidos, colacionou jurisprudência divergente, ou não. Se a matéria não for transcendente, independe de outros requisitos, e não vai ser julgado o recurso, até porque a ausência de transcendência não pode ser sanável nos termos do parágrafo único do art. 932 do CPC, pois sequer pode-se considerar a ausência de transcendência como vício, muito menos sanável, dando maior celeridade no julgamento do recurso (TEIXEIRA FILHO, 2018, p. 397).

E sobre essa irrecorribilidade, o STF manifestou-se por algumas vezes, criando um pouco de insegurança jurídica, por decisões conflitantes, mas pela forma que tem decidido na maioria das vezes, podemos ter uma noção do entendimento que se consolidará em alguns casos. Por exemplo, se a matéria do Recurso de Revista não for de repercussão geral, tem se aplicando a Súmula nº 734 do STF, por não ser cabível reclamação contra decisão transitada em julgado, negando seguimento à reclamação. Contudo, se a matéria de fundo for de repercussão geral, está se ignorando eventual óbice processual e deferindo liminares para suspender os efeitos da decisão do TST<sup>14</sup>, visando manter uniforme a jurisprudência nacional em conformidade com a decisão em repercussão geral do STF.

---

13 ARR 1001748-57.2016.5.02.0083, DEJT 09.08.2019; e AIRR 16706-64.2016.5.16.0022, DEJT 26.06.2019.

14 37.809 MC/PE; 37.465/MA; 37.895/RJ.

Assim, o que se percebe é que a Corte Suprema tende a não intervir na irrecorribilidade da decisão do TST, quando não reconheceu a transcendência do tema, exceto se a matéria de fundo for de repercussão geral.

### 5 – Conclusão

A transcendência é requisito necessário à admissibilidade do recurso de revista, posto pelo legislador com o intuito de restringir o número de ações a serem julgadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e possibilitar a escolha dos recursos que serão julgados, assemelhando-se à repercussão geral do STF, impondo o dever de a matéria ser capaz de ultrapassar o interesse das partes para que seja julgada, com base em parâmetros pré-estipulados, mas não taxativos.

Dentre esses indicadores de transcendência, estão o econômico, o político, o social e o jurídico, que se caracterizam pelo elevado valor da condenação, desrespeito aos entendimentos pacificados no TST e STF, violação de direito social garantido na Constituição e ter o recurso como objeto a discussão de matéria nova de interesse do TST a ser pacificada, respectivamente. A redação foi inadequada em diversos momentos, mas a interpretação que vem sendo dada a tais dispositivos tem sido adequada e tende a evoluir para que seja firmado entendimento mais consubstanciado sobre cada um desses indicadores, mesmo que muitas vezes esses entendimentos sejam individualizados de cada um dos julgadores. E, conforme se mencionou, estes não são únicos indicadores.

Ainda, um dos maiores obstáculos está no processamento da transcendência, principalmente quando não conhecida monocraticamente em grau de agravo de instrumento, resultando em uma decisão irrecorrível, correndo-se o risco de resultar em uma desarmonia na jurisprudência nacional. Coaduna-se com a opinião de que a transcendência trouxe ao TST uma redução no número de processos, possibilitando que a Corte Superior em matéria trabalhista, se ocupe de julgar casos de maior relevância e capazes de consolidar entendimentos sobre determinados temas, julgando assim teses e não casos, mas a forma como foi imposta, e que muitas vezes vem sendo aplicada, cria grande angústia, com receio de que o ônus, ao jurisdicionado, seja muito maior do que o bônus.

### Referências bibliográficas

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Panorama geral da reforma trabalhista: aspectos de direito processual*. São Paulo: LTr, 2018. v. II.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.

## DOCTRINA

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

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O critério de transcendência no recurso de revista: Projeto de Lei nº 3.267/00. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, vol. 82, n. 1, jan. 2018.

\_\_\_\_\_. O critério da transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 84, n. 3, jul./set. 2018.

MICHAELIS. *Dicionário Michaelis*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=transcend%C3%Aancia>>. Acesso em: 12 out. 2019.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Manual da reforma trabalhista*. Salvador: Juspodivm, 2018.

NADER, Philippe do Oliveira. A transcendência no recurso de revista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 84, n. 3, jul./set. 2018.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Cadernos de processo do trabalho n. 24: parte específica I*. São Paulo: LTr, 2019.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.

Recebido em: 17/01/2020

Aprovado em: 26/02/2020

# A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL COMO CAUSA DE ACIDENTES COLETIVOS DO TRABALHO

## *THE DEGRADATION OF THE LABOR ENVIRONMENT AS A CAUSE OF COLLECTIVE WORK ACCIDENTS*

**Fabiane Nogueira Reis\***

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a degradação do meio ambiente laboral como possível causa de acidentes coletivos do trabalho. A princípio, definiu-se meio ambiente do trabalho, citando, ademais, os principais instrumentos normativos de proteção nacional e internacional relacionados. Conceituou-se, posteriormente, acidente do trabalho. Realizou-se, ainda, um estudo acerca dos princípios da prevenção e da precaução. Demais disso, através do exame de acidentes coletivos do trabalho já ocorridos, constatou-se que a degradação do meio ambiente, caracterizada pela inobservância das normas que asseguram saúde e segurança ao trabalhador, é uma das principais causas de acidentes coletivos do trabalho. Apontou-se como causa preponderante dessa degradação a premente necessidade de se auferir, cada vez mais e de forma inconsequente, o lucro, com a priorização dos aspectos econômicos em detrimento dos aspectos humanos e sociais. Destacou-se que é consequência dessa realidade a falta de investimentos em projetos e medidas (como o treinamento dos empregados) que objetivem a prevenção de acidentes do trabalho, circunstância que é impulsionada pela ausência de fiscalização adequada e pela demora/ausência na punição dos responsáveis. O trabalho adota o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento de doutrina e artigos em periódicos sobre o tema, aliado à análise da jurisprudência e legislação pátria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente do Trabalho. Acidente do Trabalho. Degradação. Prevenção.

*ABSTRACT: The present work aims at analyzing the degradation of the working environment as a possible cause of collective accidents at work. At first, we defined the work environment, citing, in addition, the main normative instruments of related national and international protection. Work accident was subsequently characterized. The principles of prevention and precaution were also analyzed. In addition, through the examination of collective accidents that have occurred, it has been observed that the degradation of the environment, characterized by the non-observance of the rules that ensure a healthy and a safety work environment is one of the main causes of collective accidents at work. The preponderant cause of this degradation was the urgent need to gain, more and more and in an inconsequential way, the profit, with the prioritization of economic aspects to the detriment of human and social aspects. It was pointed out that this lack of investment in project and measures (such as employee training) aimed at the prevention of work-related accidents is a consequence of this lack of adequate*

---

\* *Analista judiciária da área judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, lotada na 2ª Vara do Trabalho de Montes Claros; especialista em Direito do Trabalho (pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista pela Faculdade Verbo Educacional).*

*supervision and the delay / absence in the punishment of those responsible. The work adopts the deductive method, based on bibliographical research, survey of doctrine and articles in periodicals on the subject, together with the analysis of jurisprudence and national legislation.*

*KEYWORDS: Work Environment. Work Accident. Degradation. Prevention.*

### 1 – Considerações iniciais

O trabalho é um instrumento de produção de riquezas e mudanças; por isso, o local, o modo de execução, em todos os seus aspectos, e os instrumentos que envolvem a prestação dos serviços merecem especial proteção, para que o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida.

Nesse contexto, a garantia de um meio ambiente do trabalho adequado exige, cada vez mais, a atenção do Estado e de toda a sociedade, especialmente das partes envolvidas na relação de trabalho.

A necessidade de se cuidar do meio ambiente laboral surgiu, notadamente, em razão das distorções causadas pela crescente expansão do sistema de produção capitalista, que tem como principal objetivo o lucro.

Com a Revolução Industrial, verificou-se uma crescente exploração da mão de obra existente. Os trabalhadores eram submetidos a jornadas extenuantes, sem quaisquer condições de higiene e segurança, fato que favorecia o surgimento das mais diversas doenças.

Nessa época, o papel do médico se resumia a selecionar os operários mais saudáveis para laborar nas indústrias e a tratá-los, quando enfermos. Conferiu-se, portanto, um papel secundário ao trabalhador, que apenas servia como instrumento para se alcançar uma maior produção de riquezas, com redução dos custos e aumento da produtividade, o que fez intensificar a exploração e a rotatividade de mão de obra.

Ao tratar desse período, Gustavo Filipe Barbosa Garcia assevera:

“Até o início do século XVIII não se observa efetiva preocupação com a saúde e a segurança do trabalhador. Após o surgimento da Revolução Industrial, passou-se a verificar diversas doenças e acidentes ocupacionais, chamando a atenção da sociedade e do Estado quanto ao problema. Com isso, surgem normas pertinentes ao meio ambiente de trabalho, procurando manter a saúde do trabalhador, prevenindo riscos, acidentes e doenças do trabalho.”<sup>1</sup>

---

1 GARCIA, 2014, p. 1.088.

Em resposta a essa realidade, aliada à organização dos trabalhadores para protestarem por melhores condições de labor, o estudo acerca do meio ambiente laboral ganhou importância, iniciando-se uma vasta produção legislativa com o objetivo de regulamentar a sua proteção.

Essa ampla criação normativa foi impulsionada pela percepção de que o local e o modo de prestação de serviços têm forte influência na saúde física e psíquica do empregado, já que as irregularidades relacionadas são, majoritariamente, as principais responsáveis pelas alarmantes estatísticas de acidentes típicos e doenças ocupacionais registradas no Brasil.

Nesse cenário, concluiu-se que o trabalhador tem direito subjetivo a um meio ambiente do trabalho equilibrado e hígido. Em contrapartida, é dever do empregador proteger o local de prestação de serviços dos potenciais riscos ambientais, como forma de salvaguardar a saúde do trabalhador.

Não obstante tais constatações, na atualidade, observa-se uma crescente perda da qualidade do meio ambiente laboral, sobretudo em face da necessidade de o empregador investir em ações que tragam lucro imediato e rápido à empresa, o que compreende a redução dos custos com a produção.

Como consequência, é crescente o número de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais (profissionais e do trabalho). Sob esse prisma, uma pesquisa do IBGE, divulgada em 2015, apontou surpreendente estatística projetada de quase 5 milhões de acidentes do trabalho por ano no Brasil<sup>2</sup>, o que fez nosso país assumir a 4ª posição no *ranking* em número de mortes decorrentes de acidente do trabalho.

Como se sabe, os acidentes do trabalho podem gerar consequências traumáticas que acarretam desde a invalidez permanente até a morte do empregado, com diversas repercussões desastrosas para o trabalhador e sua família. Além disso, em regra, os danos à saúde do empregado são irreversíveis, não sendo possível que se restitua o bem lesionado ao seu estado anterior.

No tocante às trágicas consequências que podem advir de um acidente do trabalho, destacam-se os dizeres de Sebastião Geraldo de Oliveira:

“Quando nos debruçamos sobre o tema do acidente do trabalho, deparamo-nos com um cenário dos mais aflitos. As ocorrências nesse campo geram consequências traumáticas que acarretam, muitas vezes, a invalidez permanente ou até mesmo a morte, com repercussões danosas para o trabalhador, sua família, a empresa e a sociedade. O acidente mais

---

2 OLIVEIRA, 2019, p. 38.

grave interrompe abruptamente a trajetória profissional, transforma sonhos em pesadelos e lança uma nuvem de sofrimentos sobre as vítimas indefesas, cujos lamentos ecoarão distantes dos ouvidos daqueles empresários displicentes que atuam com a vida e a saúde dos trabalhadores como simples ferramentas produtivas utilizadas na sua atividade.”<sup>3</sup>

Merece registro, ainda, a natureza difusa do Direito Ambiental do Trabalho, na medida em que as consequências decorrentes da sua degradação, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem toda a sociedade. Isso, porque é o próprio Estado que assume boa parte dos gastos com o acidente (o que inclui os custos da Previdência Social e do Sistema Único de Saúde), além de responder pelas mazelas sociais decorrentes.

Assim, um meio ambiente do trabalho seguro não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato individual de trabalho, embora o integre, mas um dos principais direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

Sob tal pano de fundo, o presente artigo objetiva demonstrar, através do exame de acidentes coletivos do trabalho já ocorridos, a estreita relação existente entre a degradação do meio ambiente laboral (caracterizada pela inobservância pelo empregador das normas que asseguram saúde e segurança ao trabalhador no seu local de prestação dos serviços) e a ocorrência de tais infortúnios.

No mais, a identificação das falhas cometidas nos infortúnios já ocorridos representa um importante aliado na prevenção de novos acidentes do trabalho, sobretudo naqueles ampliados.

## 2 – Meio ambiente do trabalho: definição

A doutrina costuma classificar o meio ambiente em quatro espécies: natural, que envolve solo, rios, mares, fauna e flora; artificial, que abarca o conjunto de edificações; cultural, que se refere ao patrimônio artístico, cultural e histórico da população; meio ambiente do trabalho, cuja definição merece uma análise mais detalhada.

A Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) define meio ambiente como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

---

3 OLIVEIRA, 2019, p. 31.



Como se vê, o objeto maior de tutela, ao se conferir proteção ao meio ambiente, é a vida em todas as suas formas e, especialmente, a vida humana, dotada de valor fundamental.

Ao comentar a definição supracitada, Raimundo Simão de Melo ressalta que essa conceituação é ampla, já que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>.

O mesmo autor aponta os dois objetos de tutela ambiental constantes da definição legal e acolhidos pela Constituição: “um, *imediate* – a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos – e outro, *mediato*, a saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expresso nos conceitos *vida em todas as suas formas* (Lei nº 6.938/81, art. 3º, inciso I) e qualidade de vida (CF, art. 225, *caput*)”<sup>5</sup>.

A respeito da temática, o art. 225 da CRFB/88, ao estabelecer que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...)”, evidencia o alcance geral da norma e a “universalidade, imprescindibilidade e inalienabilidade” do direito ao meio ambiente, características intrínsecas aos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Nesse particular, a Constituição da República, além de inserir o trabalho e a saúde como direitos fundamentais sociais, reconhece especial proteção ao meio ambiente laboral ao elencar como atribuição do Sistema Único de Saúde (SUS) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 196 e inciso VIII do art. 200 da CRFB/88)<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, o art. 170 da CRFB/88, ao determinar que a ordem econômica deve observar a defesa do meio ambiente, deixa manifesta a necessária compatibilização entre a livre iniciativa (para o desenvolvimento econômico) e a dignidade humana no trabalho<sup>8</sup>.

---

4 Constituição da República: “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”.

5 MELO, 2017, p. 27.

6 CASAGRANDE. In: MIESSA; CORREIA (Org.), 2015, p. 198.

7 Constituição da República: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...) Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

8 Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Partindo dessas premissas, a doutrina define o meio ambiente do trabalho como o complexo de condições que envolvem a prestação de serviços, englobando desde as instalações do tomador (ou qualquer outro lugar onde o labor ocorra) até as relações humanas que se estabelecem como decorrência (como as relações interpessoais entre colegas de trabalho, chefe e subordinado, cliente e empregado).

Raimundo Simão de Melo trata da questão sob a seguinte ótica:

“(...) a definição geral de meio ambiente abarca todo cidadão, e a de meio ambiente do trabalho, todo trabalhador que desempenha alguma atividade, remunerada ou não, homem ou mulher, celetista, autônomo ou servidor público de qualquer espécie, porque realmente todos receberam a proteção constitucional de um ambiente do trabalho adequado e seguro, necessário à sadia qualidade de vida.

Por outro lado, o meio ambiente do trabalho não se restringe ao local de trabalho estrito do trabalhador. Ele abrange o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho.”<sup>9</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Ney Maranhão define meio ambiente do trabalho como a “resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo”<sup>10</sup>.

Acresce, todavia, o mesmo autor:

“(...) o importante, para fins de elaboração de um conceito adequado de meio ambiente do trabalho, não está apenas em tentar alcançar toda a complexidade ínsita à ambiência laboral, visualizando e assimilando, de alguma maneira, a tríade *condições de trabalho, organização do trabalho e relações interpessoais*. A questão também está em se deixar conduzir, nessa delicada empreitada intelectual, por um fio condutor eminentemente existencial, na medida em que permeado pela preocupação e observação de tudo quanto afeta ou ameaça afetar, mais diretamente, a saúde e segurança do ser humano que trabalha, deixando de lado abordagens

---

9 MELO, 2017, p. 29.

10 MARANHÃO, jun. 2017.

exclusivamente físico-naturais ou meramente patrimoniais/contratuais, pouco comprometidas com as prodigiosas diretrizes constitucionais.”<sup>11</sup>

Interessante pontuar que a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ampliou o conceito de saúde do trabalhador para contemplar também aspectos psíquicos<sup>12</sup>.

Na mesma linha, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu que saúde não é sinônimo de ausência de enfermidades, mas, sim, de estado de completo bem-estar. Assim, para que o meio ambiente do trabalho seja considerado benéfico, deve-se possibilitar que o empregado desfrute de boa saúde mental e física<sup>13</sup>.

### **3 – Principais instrumentos normativos de proteção nacional e internacional do meio ambiente do trabalho**

Conforme ensina Henrique Correia, as normas que tratam da saúde e segurança do trabalho são de ordem pública, ou seja, de indisponibilidade absoluta. Desse modo, são cláusulas implícitas ao contrato de trabalho, não cabendo flexibilização para redução dos direitos relacionados<sup>14</sup>.

Em relação às normas de indisponibilidade absoluta, Mauricio Godinho Delgado leciona:

“(…) não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imanadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem importantes princípios constitucionais, como o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da segurança (em seu sentido também humanístico e social, ao invés de sentido tradicional que lhe tem sido atribuído), o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, o da valorização do trabalho e emprego, a par do princípio da dignidade da pessoa humana. Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o

---

11 MARANHÃO, jun. 2017.

12 Convenção nº 155 da OIT: “Art. 3º. (...) e) o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”.

13 CASAGRANDE, In: MIESSA; CORREIA (Org.), 2015, p. 204.

14 CORREIA, 2018, p. 1.286.

pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no meio ambiente do trabalho; *em suma, todos os direitos e normas que ostentem caráter imperativo por força da ordem jurídica heterônoma estatal.*<sup>15</sup>

No âmbito internacional, a OIT tornou-se o órgão de maior importância na busca por um meio ambiente do trabalho que proteja a vida e a saúde do empregado, sobretudo com a adoção de medidas preventivas. Dessa forma, as Convenções Internacionais da OIT merecem destaque, sendo as mais relevantes mencionadas a seguir.

A principal Convenção da OIT quanto a esse aspecto é a de nº 155 (ratificada pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 1.254/94), que traz como objetivo a formação de uma política nacional no âmbito de cada país signatário, bem como ações em nível empresarial, com a finalidade de prevenir acidentes do trabalho e o surgimento de doenças ocupacionais.

Essa norma, inclusive, autoriza a chamada greve ambiental, possibilitando que o empregado interrompa a prestação de serviços quando verificar que as condições de trabalho ocasionam risco grave e iminente para sua vida ou saúde (art. 13).

Também devem ser ressaltadas as seguintes Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil: Convenção nº 103 (amparo à maternidade); Convenção nº 115 (proteção contra radiações ionizantes); Convenção nº 136 (proteção contra os riscos de intoxicação provocados pelo benzeno); Convenção nº 139 (prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias ou agentes cancerígenos); Convenção nº 148 (proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho); Convenção nº 152 (segurança e higiene nos trabalhos portuários); Convenção nº 161 (serviços de saúde do trabalho); Convenção nº 167 (saúde e segurança na construção); Convenção nº 174 (prevenção dos grandes acidentes industriais); Convenção nº 176 (saúde e segurança nas minas).

No ordenamento jurídico brasileiro, embora outros diplomas normativos já tivessem tratado do assunto, foi a Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) que representou o marco jurídico fundamental sobre a proteção do meio ambiente.

Na mesma linha, a Lei nº 8.080/90, denominada “Lei Orgânica da Saúde”, contém normas acerca do meio ambiente laboral e da proteção da saúde do trabalhador. Esse instrumento normativo traz dispositivos que regulamentam

---

15 DELGADO, 2019, p. 1.680.

a assistência ao empregado vítima de acidente do trabalho ou doença ocupacional no âmbito do Sistema Único de Saúde, assim como impõe a obrigação de prestar informações aos empregados, empregadores e entidades sindicais acerca dos riscos ambientais.

Inovando ao tratar da tutela dos direitos difusos e coletivos do cidadão, a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) trouxe a ação civil pública como mecanismo para combater as lesões e ameaças ao meio ambiente.

No tocante ao tema, não se pode deixar de fazer referência ao já citado art. 225 da Constituição da República. Ademais, o inciso XXII do art. 7º da CRFB/88 trouxe avanços significativos em relação à matéria, priorizando a prevenção dos riscos no meio ambiente.

Sob esse enfoque, a tutela reparatória somente deve ser utilizada quando a tutela preventiva não for suficiente para se atingir os efeitos pretendidos, já que objetiva apenas compensar a vítima e punir o agente causador do dano, mas não evita a prática do ilícito (inciso XXVIII do art. 7º da CRFB/88).

A CLT, por sua vez, trata do assunto em capítulo próprio, no qual prevê órgãos de proteção da saúde e segurança do trabalhador e do meio ambiente laboral e estabelece aos empregadores e empregados o dever de observância em relação às normas pertinentes (arts. 157 e 158 da CLT).

Nesse passo, caso o empregado se recuse, injustificadamente, a cumprir as normas de segurança e a utilizar o equipamento de proteção, poderá ser dispensado por justa causa. Outrossim, o descumprimento das normas em comento pode implicar a responsabilização civil, administrativa e penal dos tomadores do serviço, em razão dos danos ambientais causados.

Vale lembrar que as normas trazidas pela CLT constituem regras mínimas a serem observadas, de forma que outros instrumentos normativos também podem estabelecer preceitos no mesmo sentido (art. 154 da CLT).

No mais, a CLT delegou à autoridade administrativa a regulamentação detalhada das regras relacionadas à segurança, medicina e higiene do trabalho (art. 200), que o faz por meio das Normas Regulamentadoras (NRs). Essas normas estabelecem padrões mínimos de observância obrigatória (atualmente são 36 NRs, instituídas pela Portaria nº 3.214/78 do extinto MTE).

#### **4 – Acidente do trabalho: conceito**

Diante da dificuldade de se criar um conceito de acidente do trabalho que abarque todas as hipóteses em que o exercício da atividade profissional pelo

empregado gera incapacidade laborativa, a lei definiu o acidente do trabalho em sentido estrito, denominado de acidente típico, e acrescentou outras formas equiparadas (chamadas de acidentes do trabalho por equiparação).

Para fins de delimitação, destacam-se as três principais espécies de acidente do trabalho: acidente típico, a doença ocupacional e o acidente de trajeto.

Apesar do nome, a legislação que define acidente do trabalho é a previdenciária, encontrando-se no art. 19 da Lei nº 8.213/91 o referido conceito:

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Na lição do médico do trabalho Primo Brandimiller:

“O acidente do trabalho considerado pela regulamentação legal do Seguro de Acidentes do Trabalho é, portanto, toda ocorrência casual, fortuita e imprevista que atende conjugadamente aos seguintes requisitos: quanto à causa: o acidente decorreu do exercício do trabalho a serviço da empresa – o que justifica o tipo: acidente do trabalho; quanto à consequência: o acidente que provocou a lesão corporal ou perturbação funcional causando a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”<sup>16</sup>

Como se percebe, a lei exige uma relação de causa e efeito entre a atividade exercida pelo empregado e o acidente, ou seja, requer a comprovação da existência de nexos etiológico ou nexos causal. Assim, a relação de causalidade é parte essencial do próprio conceito de acidente do trabalho.

Nota-se, ainda, que não há falar, tecnicamente, em acidente do trabalho sem a ocorrência de lesão corporal ou perturbação funcional (agravo à saúde), que, por sua vez, devem ser a causa da morte ou da perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (dano). Quanto a este ponto, a Lei nº 8.213/91 expressamente dispõe que não será considerada doença do trabalho a que não produza incapacidade laborativa<sup>17</sup>.

16 OLIVEIRA, 2019, p. 48 *apud* BRANDIMILLER, 1996, p. 145-146.

17 Lei nº 8.213/91: “Art. 20. (...) § 1º Não são consideradas como doença do trabalho: c) a que não produza incapacidade laborativa”.

## DOCTRINA

O art. 20 da Lei nº 8.213/91, por seu turno, amplia o sentido de acidente do trabalho, como forma de englobar outras hipóteses de incapacidades laborativas:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.”

Observa-se que a denominação “doença ocupacional” é o gênero, do qual são espécies a doença profissional e a doença do trabalho.

As doenças profissionais, também conhecidas como doença profissional típica, tecnopatias ou ergopatias, decorrem de situações comuns ao exercício das atividades desenvolvidas por certas categorias de trabalhadores, como ocorre com os mineiros, que com frequência são afetados por doenças pulmonares em razão da frequente exposição ao pó de sílica.

Nesse caso, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. Fala-se em presunção *juris et de jure*, ou seja, aquela que inadmite prova em contrário, sendo suficiente comprovar a prestação do serviço na atividade e o acometimento da doença profissional<sup>18</sup>.

Já as doenças do trabalho, também chamadas de mesopatias ou doenças profissionais atípicas, desenvolvem-se em razão das condições e fatores específicos do trabalho, como a forma em que o labor é prestado. Exemplo dessa espécie de doença é aquela que se desenvolve em razão de condições inadequadas de ergonomia, como a LER/DORT.

Ao contrário das doenças profissionais, nesse último caso, o nexo causal entre a doença e as condições em que o trabalho foi executado deve ser comprovado, não sendo presumido.

A equiparação entre o acidente do trabalho e a doença ocupacional ocorre no plano jurídico em relação aos direitos que resultam ao trabalhador.

---

18 OLIVEIRA, 2019, p. 53, *apud* NASCIMENTO, p. 50.

## DOCTRINA

Por outro lado, a principal diferença existente entre essas espécies é que, no acidente do trabalho, os danos normalmente são imediatos e o evento é perfeitamente identificável, tanto no que concerne ao local da ocorrência quanto no que tange ao momento do sinistro, enquanto, nas doenças ocupacionais, o processo é lento e progressivo.

No mesmo sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira afirma: “o acidente caracteriza-se pela ocorrência de um fato súbito e externo ao trabalhador, ao passo que a doença ocupacional normalmente vai se instalando insidiosamente e se manifesta internamente, com tendência de agravamento”<sup>19</sup>.

Revela assinalar que a Lei nº 8.213/91 traz as seguintes exclusões do conceito de doença do trabalho:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

(...)

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

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

Nessas hipóteses, embora a doença possa ter se desenvolvido no período em que se exerceu a atividade laboral, presume-se não haver nexo causal. É o que ocorre, por exemplo, com doenças que aparecem como decorrência do avanço da idade, determinados tipos de câncer, doenças reumáticas, etc.

A prática exige, no entanto, uma análise casuística; ou seja, caso seja comprovada, no caso concreto, a relação direta entre a atividade laborativa e as doenças mencionadas no dispositivo supracitado, deve ser reconhecida a existência de doença ocupacional.

Noutro giro, ao admitir a teoria da concausa, a Lei nº 8.213/91 reconhece que, quando o trabalho não é causa única, mas atua como fator contributivo da

---

19 OLIVEIRA, 2019, p. 52.



doença ocupacional (como fator agravante de doenças preexistentes, por exemplo), recai sobre o empregador a obrigação de reparação pelos danos causados<sup>20</sup>.

Cavaliere Filho define concausa como sendo a “(...) outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”<sup>21</sup>.

Por fim, acidente de trajeto, ou acidente *in itinere*, é aquele que ocorre no trajeto de ida ou volta entre a residência e o local de trabalho, por qualquer meio de locomoção<sup>22</sup>.

Existem controvérsias quanto ao entendimento do que seja “percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela”. Sebastião Geraldo de Oliveira interpreta esse trecho da norma da seguinte forma:

“Se o tempo do deslocamento (*nexo cronológico*) fugir do usual ou se o trajeto habitual (*nexo topográfico*) for alterado substancialmente, resta descaracterizada a relação de causalidade do acidente com o trabalho. No entanto, se o trabalhador tiver mais de um emprego, será também considerado acidente de trajeto aquele ocorrido no percurso de um para o outro local de trabalho.”<sup>23</sup>

Pontue-se, por fim, que mesmo diante da supressão da hora *in itinere* pela Lei nº 13.467/2017, essa espécie de acidente continua sendo caracterizada como acidente do trabalho.

## 5 – Efetividade dos princípios da prevenção e da precaução

Saliente-se, de início, que os princípios exercem, entre outras, a função de auxiliar na interpretação das leis que compõem o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, os princípios da prevenção e da precaução contribuem para o entendimento do Direito Ambiental e orientam a aplicação das normas relativas à proteção do meio ambiente.

---

20 Lei nº 8.213/91: “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação”.

21 OLIVEIRA, 2019, p. 52, *apud* CAVALIERI FILHO, p. 83.

22 Lei nº 8.213/91: “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: (...) IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: (...) d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado”.

23 OLIVEIRA, 2019, p. 63.

## DOCTRINA

A prevenção é o princípio inspirador de todas as normas de tutela à saúde, inclusive no local de trabalho, e significa a adoção de medidas tendentes a reduzir/eliminar riscos<sup>24</sup> ao meio ambiente e, via de consequência, ao ser humano. Esse princípio está consagrado no *caput* do art. 225 da CRFB/88, segundo o qual incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Observa-se que, até a Constituição da República de 1988, o enfoque principal relacionado ao meio ambiente do trabalho era monetário e individualista, de forma que essa questão era resolvida com o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Sucedo que, por meio dos incisos XXII e XXVIII do art. 7º, a Constituição instituiu dois sistemas distintos e complementares. Em primeiro lugar, priorizou-se a prevenção dos riscos no local da prestação dos serviços. Somente não ocorrendo essa prevenção ou não atingindo os efeitos desejados, aplica-se o sistema reparatório<sup>25</sup>.

Noutro falar, a Constituição da República de 1988 incentivou a prevenção em detrimento das reparações de caráter individual, que jamais ressarcirão, de forma integral, os prejuízos decorrentes dos acidentes do trabalho. Isso, porque, no que se refere ao aspecto humano, o valor recebido pelo trabalhador a título de compensação não devolve a este empregado a saúde que lhe foi afetada (além dos aspectos econômicos e sociais).

A previsão constitucional supracitada encontra-se em harmonia com a tendência mundial, que tem se mostrado contrária à monetização do risco, decorrente, especialmente, do pagamento de adicionais pelo labor em condições insalubres, perigosas ou penosas. Nesse sentido, alguns países têm imposto a redução da jornada de trabalho, com a finalidade de diminuir o tempo de exposição dos empregados em locais com essas características.

Na mesma linha pensamento, a Convenção nº 155 da OIT apresenta os seguintes meios alternativos com o fim de evitar que o trabalhador fique exposto a agentes agressivos à saúde: eliminação dos agentes em sua origem;

---

24 Consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador. *Riscos ambientais o que são?* Disponível em: <<https://www.unifal-mg.edu.br/riscosambientais/riscosambientais>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

25 Constituição Federal: “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. (...) 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”.

afastamento do trabalhador da exposição ao risco e fracionamento das atividades insalubres, de forma que o menor número possível de empregados atue nessas condições; isolamento do risco; afastamento individual do risco, com a utilização de equipamentos de proteção individual<sup>26</sup>.

Acerca da importância do princípio da prevenção no meio ambiente de trabalho, ensina Raimundo Simão de Melo:

“No aspecto natural, por exemplo, a degradação do meio ambiente pode atingir direta ou indiretamente o ser humano, enquanto no meio ambiente do trabalho é o homem trabalhador atingido direta e imediatamente pelos danos ambientais, razão por que no âmbito trabalhista se deve levar à risca esse princípio fundamental.”<sup>27</sup>

A aplicação desse princípio no âmbito trabalhista inclui o importante papel a ser desempenhado pelo Estado na fiscalização e educação ambiental das empresas. Essas devem orientar seus empregados sobre os riscos ambientais e fornecer-lhes os equipamentos adequados de proteção.

Ainda no que diz respeito ao tema, registre-se que a alteração introduzida pela Lei nº 13.467/2017, no sentido de que as regras sobre intervalos e duração do trabalho não são consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, vai de encontro ao princípio da prevenção (parágrafo único do art. 611-B da CLT)<sup>28</sup>.

Noutra vertente, segundo o princípio da precaução, mesmo diante da incerteza do risco, mas considerando a irreversibilidade de eventuais prejuízos causados à pessoa lesada, é imperioso que se adotem medidas preventivas. Nesse contexto, quando houver ameaça de dano sério ou irreversível, a ausência de certeza científica formal não deve ser utilizada como fundamento para postergar a implementação de medidas que possam evitar possível lesão<sup>29</sup>.

Ademais, o princípio da precaução incute a ideia de inversão do ônus da prova, incumbindo ao autor do risco comprovar que as intervenções pretendidas

---

26 CASAGRANDE, In: MIESSA; CORREIA (Org.), 2015, p. 203.

27 MELO, 2017, p. 54.

28 CLT: “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (...) Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

29 MELO, 2017, p. 55-57.

não causarão danos<sup>30</sup>. Nesse sentido, a Súmula nº 618 do Superior Tribunal de Justiça: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

Um importante documento a ser destacado a respeito do assunto é a Declaração do Rio, que assim dispõe:

“Princípio 15

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”<sup>31</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da precaução nos incisos I e IV do art. 4º da Lei nº 6.938/81, inciso VI do § 1º do art. 225 da CRFB/88 e § 3º do art. 54 da Lei nº 9.605/98<sup>32</sup>.

Por fim, embora a lei não o faça, a doutrina diferencia os princípios da prevenção e da precaução. Segundo essa diferenciação, o primeiro princípio

- 
- 30 Assim, quando há risco de dano ambiental, que poderá se caracterizar como de maior gravidade ou até mesmo irreversível, a falta de comprovação científica do possível dano não poderá ser utilizada como argumento para aceitar as atividades que poderão ocasionar degradação ambiental. A aplicação do Princípio da Precaução deve ser considerada quando fica caracterizada a ausência de absoluta certeza científica da não ocorrência do dano ambiental, da impossibilidade de identificar perigo de dano grave ou irreversível, da intolerabilidade da agressão ambiental, e tem como consequência a inversão do ônus da prova no processo judicial, isto é, o autor do risco potencial deverá comprovar que sua conduta não produzirá danos ao ambiente. Ele se aplica bastando a dúvida ou incerteza de haver lesão ao meio ambiente (ALVES, 2005). Se não ficar comprovado que a atividade pretendida não danificará ou não alterará de forma intolerável as características existentes do ambiente, o autor fica impossibilitado de exercer as atividades pretendidas. (CUNHA, Guilherme Farias *et al.* *Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n3/v16n3a05.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019)
- 31 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.
- 32 Lei nº 6.938/81: “Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; (...) IV – ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; Constituição da República. (...) Art. 225. (...) § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.
- Lei nº 9.605/98: “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

requer a eliminação dos riscos comprovados, vale dizer, quando se sabe das consequências de determinado ato e o nexo causal é cientificamente comprovado. Por outro lado, pelo princípio da precaução, deve-se atuar mesmo diante da incerteza científica quanto aos riscos, já que, de acordo com o estado atual de conhecimento, esses não podem ser ainda identificados (chamados de riscos potenciais).

## 6 – A degradação do meio ambiente laboral como causa de acidentes coletivos do trabalho

Segundo Ney Maranhão, nota-se uma evolução no conceito jurídico de poluição labor-ambiental, que atualmente passou a abranger, sem grandes discussões, “(...) condicionantes ambientais geradoras desde *mortes e doenças* até o simples *incômodo/desconforto*, físico ou meramente estético”.

O referido autor conclui, nesse contexto, que um meio ambiente laboral equilibrado é aquele que “acomoda *condições de trabalho, organizações de trabalho e relações interpessoais* continuamente seguras, saudáveis e respeitadas, com a adoção de uma visão protetiva *holística* do ser humano (*saúde física e mental*)”<sup>33</sup>.

O mesmo doutrinador afirma, ainda, que a degradação ambiental (traço integrante do núcleo de sentido da palavra poluição), na sua acepção jurídica, sinaliza afetação prejudicial, nociva e malévola ao equilíbrio do meio ambiente. Advém do consagrado uso jurídico do verbo “degradar”, que significa, dentre muitos sentidos igualmente negativos, “tornar-se abjeto, indigno”, “provocar deterioração; destruir; estragar”<sup>34</sup>.

Sob tal perspectiva, entre as diversas facetas que a degradação do meio ambiente laboral pode apresentar, o presente trabalho utiliza como parâmetro aquela decorrente da inobservância pelo empregador das normas que asseguram saúde e segurança ao trabalhador. Isso em razão de tal inobservância ser uma das principais causas de acidentes do trabalho, sobretudo dos grandes infortúnios.

Antes de adentrar nas nuances específicas atinentes à matéria tratada neste capítulo, vale transcrever o conceito de acidente ampliado do trabalho trazido por Márcia Kamei López Aliaga, Procuradora do Trabalho, em seu trabalho intitulado *Caso Shell/Basf: Reflexões para um Novo Olhar sobre os Acidentes Ampliados*. Na definição dessa autora, “(...) acidentes ampliados são

---

33 MARANHÃO, jun. 2017.

34 MARANHÃO, jun. 2017.

aqueles de baixa frequência, mas cuja gravidade e extensão são maiores, com consequências que se estendem a grande número de pessoas”<sup>35</sup>.

A partir desse conceito, é possível afirmar que os acidentes coletivos do trabalho trazem consequências ainda mais devastadoras que aqueles que atingem um único trabalhador, na medida em que seus efeitos atingem de forma clara e inequívoca não só os empregados envolvidos, como toda a sociedade.

Com base nessa constatação, objetiva-se analisar as circunstâncias em que determinados acidentes ampliados do trabalho sucedidos no Brasil ocorreram, de modo a identificar a íntima relação existente entre a degradação do meio ambiente laboral, na vertente ora tratada, e a ocorrência de tais infortúnios.

O primeiro acidente analisado ficou conhecido como “Tragédia da Gameleira”.

Durante longos anos (até o rompimento da barragem de rejeitos B1 da Mina do Córrego do Feijão, localizada na cidade de Brumadinho/MG), o maior acidente do trabalho registrado no Brasil tinha ocorrido em Belo Horizonte, no dia 4 de fevereiro de 1971, com o desabamento do Palácio de Exposições da Gameleira (sendo até hoje o maior acidente já registrado na construção civil). O projeto foi elaborado pelo arquiteto Oscar Niemeyer e tal construção era considerada o maior parque de exposição da América do Sul.

Esse acidente ficou conhecido como “Tragédia da Gameleira” em razão de a obra que desabou sobre os trabalhadores localizar-se no bairro da Gameleira, em Belo Horizonte.

Embora o registro oficial seja de 69 óbitos e mais de 100 feridos e mutilados, indícios apontam que o número de mortos pode ter sido maior que o anunciado, especialmente se considerado que, no canteiro de obras, trabalhavam mais de 500 operários. Além disso, após o encerramento da operação de resgate, em decorrência da reclamação de algumas viúvas, a operação foi retomada e mais corpos foram localizados.

No contexto, identificou-se uma forte pressão (sofrida pelos empregados) para que a obra fosse concluída no menor tempo possível, tanto que a imprensa apontou como uma das causas da tragédia a retirada precoce do escoramento da laje.

Essa retirada ocorreu para que fosse realizada a inauguração do Palácio de Exposições que estava sendo construído pelo então governador de Minas

---

35 ALIAGA, Márcia Kamei López. Caso Shell/Basf: reflexões para um novo olhar sobre os acidentes ampliados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 49, p. 69-95, 2016.

Gerai, Israel Pinheiro, antes do fim do seu mandato, que se encerrou pouco tempo após a tragédia<sup>36</sup>. Ignoraram-se, portanto, os alertas de que o cimento ainda não tinha maturado e foi ordenada a retirada das escoras de sustentação da estrutura<sup>37</sup>.

Antônio Libério de Borba, em sua tese de doutorado fruto de uma extensa pesquisa acerca das questões que envolveram esse acidente, faz uma análise detalhada do caso.

Segundo as informações colhidas nesse trabalho, os empregados que laboravam na obra alertaram seus superiores sobre a ocorrência de trincas, rachaduras e estalos na construção. Contudo, o assunto não era tratado de forma clara, pois, além de os superiores não levarem em consideração a preocupação dos trabalhadores, ameaçavam-nos com despedida se comentassem o caso.

Em outras palavras, a vida dos empregados que laboraram na referida construção foi entregue à própria sorte, sendo os diversos sinais acerca de um provável desabamento completamente ignorados.

Pontuem-se os seguintes relatos trazidos por Borba:

“Parafrazeando o título do livro de Gabriel Garcia Márquez, ‘A crônica de uma morte anunciada’ *verificamos nas falas dos depoentes indícios de uma Tragédia com várias mortes que já se anunciavam*. Os trabalhadores da obra, em função de sua experiência e das imperícias técnicas ali observadas, *já temiam pelo provável desabamento*. As preocupações deles eram comentadas no interior da obra, bem como em casa junto aos seus familiares. *As preocupações foram levadas aos superiores na hierarquia do canteiro de obras que, além de não levarem em consideração as preocupações dos trabalhadores, ameaçavam com demissão os que insistissem em comentar o fato*.

(...) *O trabalhador não podia se expressar e arriscava a sua vida pelo medo de perder o seu ganha-pão*. As atividades do trabalhador eram reguladas e homogêneas por meio de recursos específicos como as ameaças de demissão. (...) Seus conhecimentos advindos da prática não podiam questionar e, muito menos, ir além do conhecimento acadêmico dos engenheiros.

---

36 BORBA, 2007.

37 SOUZA, Felipe; FELLET, João. *Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47012091>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

## DOCTRINA

Além disso, na época do desabamento, vivia-se o auge do regime militar em que havia um grande temor em falar, em expressar ideias que fossem contrárias ao regime. A censura e a repressão imperavam. *A possibilidade da Tragédia vir a acontecer era um fantasma frequente, mas que não podia ser apontado*, uma vez que a obra era do Estado e a fiscalização da construção da mesma era de responsabilidade do Estado.” (grifos acrescidos)<sup>38</sup>

Como se vê, ressoa nítida a negligência do empregador em relação às normas de segurança, bem como a priorização dos aspectos econômicos e políticos em detrimento dos aspectos humanos e sociais.

Tendo em vista a magnitude desse acidente, os seus impactos foram sentidos não só pelas famílias dos empregados (que foram mutilados, perderam a sanidade mental ou a própria vida), mas por toda a cidade de Belo Horizonte.

Nesse particular, escreveu Antônio Libério de Borba:

“A Tragédia é caracterizada por muitos narradores como um marco em suas trajetórias de vida. *Projetos foram abortados, famílias foram estruturalmente reconfiguradas*. Alguns órfãos e viúvas situam a Tragédia da Gameleira como a referência, a partir da qual se viram obrigados a repensarem seus papéis sociais no contexto familiar. A família, naquele momento, deveria se transformar, *face às novas demandas advindas da sombra da ausência do seu provedor: o trabalhador vitimado pelo desabamento*.

(...) *Os impactos negativos causados pela Tragédia da Gameleira na vida dos atores sociais são grandes e intensos, afetando cada um de modo particular e produzindo memórias traumáticas que geraram desde abandono dos estudos até a necessidade de tratamento psiquiátrico*. Muitos relatam não poder mais ouvir barulho de sirene das ambulâncias ou mesmo de marteletes pneumáticos e barulhos de máquinas da construção civil. Outros tantos apresentam dificuldades em transitar pela Avenida Amazonas nas imediações onde ocorreu a Tragédia demonstrando que tanto sons como espaço são detonadores de processos rememorativos e traumáticos.

---

38 BORBA, 2007.



## DOUTRINA

*“Não só os familiares das vítimas foram impactados pela Tragédia, mas também os trabalhadores envolvidos com o resgate, os sobreviventes e os moradores do entorno.”* (grifos acrescidos)<sup>39</sup>

A demora na punição dos responsáveis também foi salientada pelo citado autor em seu trabalho:

*“A apuração de responsabilidades pela Tragédia da Gameleira se arrastou por mais de 10 anos.*

*O Estado foi considerado culpado por não fiscalizar a obra e a construtora Sergen pelos vários procedimentos técnicos indevidos utilizados na construção da obra.*

Os familiares das vítimas da Tragédia da Gameleira entraram com duas ações na justiça e o *Estado continua protelando o pagamento, por meio de recursos*. Somente a advogada dos familiares das vítimas continua lutando. Nem imprensa, nem igreja, nem sindicato, nem representantes no legislativo se posicionaram frente ao protelamento por parte do Estado em pagar as indenizações devidas aos familiares das vítimas da Tragédia da Gameleira.” (grifos acrescidos)<sup>40</sup>

Outro grande acidente do trabalho registrado no Brasil ocorreu no Centro de Lançamento de Alcântara, no Maranhão, com a explosão de um foguete (Veículo Lançador de Satélites – VLS-1), em 22 de agosto de 2003 (três dias antes do lançamento), matando 21 trabalhadores (técnicos e engenheiros do Instituto de Aeronáutica e Espaço – IAE).

Caso não tivesse ocorrido o acidente, o Brasil teria se tornado, naquela oportunidade, o primeiro país da América Latina a enviar um foguete de fabricação própria para o espaço a partir de uma base construída perto da linha do Equador. O sucesso do lançamento, portanto, significaria uma grande vitória para o país<sup>41</sup>.

As investigações sobre o acidente apontaram que a falta de repasses para o programa espacial restringiu a contratação de pessoal e reduziu o investimento em segurança. Verificou-se também que os funcionários encarregados do con-

---

39 BORBA, 2007.

40 BORBA, 2007.

41 DELLAGNEZZE, René. *Base de lançamento de foguetes e a soberania*. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/BLFS.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

trole de qualidade da base admitiram estar com excesso de trabalho e falta de empregados, além de se encontrarem com os salários defasados<sup>42</sup>.

Leonardo de Oliveira Medeiros, em sua dissertação de mestrado, que tratou do assunto, faz as seguintes ponderações acerca do caso:

“Durante os preparativos para o lançamento do veículo, na tarde do dia 22 de agosto de 2003, ocorreu uma das maiores tragédias da história da exploração espacial mundial. Um dos propulsores do primeiro estágio funcionou de forma imprevista, resultando em um incêndio de grandes proporções, que *ocasionou na morte de 21 técnicos e engenheiros do Instituto de Aeronáutica e Espaço (IAE)*, vinculado ao Centro Técnico Aeroespacial (CTA).

(...) Logo após o acidente, o Ministério da Defesa anunciou a criação de uma comissão de investigação para apurar as causas do acidente. A comissão (...) apontou no relatório de investigação do acidente, as conclusões e as recomendações futuras, sendo divididas em 4 (quatro) fatores: Meteorológico, Material, Operacional e Humano.

(...) A análise do Fator Humano identificou uma *defasagem entre os recursos humanos e materiais previstos como necessários ao projeto e os efetivamente disponíveis, além de uma notada redução de investimento em capacitação técnica. Percebeu-se uma vulnerabilidade do sistema de segurança do trabalho com subjetividade na avaliação dos riscos operacionais e do ambiente de trabalho. A sistemática de controle de acesso e permanência de pessoas na torre móvel de integração foi considerada ineficaz, pois permitia a presença de número elevado de operadores. O processo de comunicação funcional foi considerado ineficaz.*” (grifos acrescidos)<sup>43</sup>

O mesmo pesquisador transcreve as recomendações relacionadas ao fator humano, apresentadas pela Comissão instituída pelo Ministério da Defesa para apurar as causas do acidente. Essas recomendações indicavam as ações que deveriam ser adotadas em médio e longo prazo para que houvesse continuidade no projeto de lançamento de satélites, entre as quais se evidenciam as seguintes: investir em especialização, aperfeiçoamento, treinamento e reciclagem de servidores; medidas relacionadas à saúde e segurança dos trabalhadores;

---

42 ARRUDA, Felipe. *As 6 maiores tragédias espaciais de todos os tempos*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/astrologia/20393-as-6-maiiores-tragedias-espaciais-de-todos-os-tempos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

43 MEDEIROS, 2015.

aperfeiçoar o modelo de gestão integrada de sistemas, incluindo gerência de riscos, meio ambiente, gestão da qualidade, segurança e saúde ocupacional; incentivar o desenvolvimento de um Programa de Segurança do Trabalho nos 26 centros de lançamentos<sup>44</sup>.

Como se percebe, mais uma vez, a inobservância das normas atinentes à segurança do trabalhador, inclusive no tocante à duração do trabalho, tem clara relação com o acidente ocorrido no Centro de Lançamento de Alcântara.

Por razões óbvias, o trabalhador que labora em excesso de jornada está mais suscetível a sofrer um acidente do trabalho, já que a fadiga tem como efeito a redução da produtividade/rendimento do empregado e, por consequência lógica, da qualidade do serviço prestado. Além disso, o cansaço excessivo prejudica as funções cognitivas, com a diminuição da capacidade de concentração e do tempo de resposta a estímulos.

Não se pode deixar de analisar o maior acidente do trabalho da história do Brasil em número de vítimas fatais, qual seja, o rompimento da barragem de rejeitos B1 da Mina do Córrego do Feijão (da mineradora Vale), localizada na cidade de Brumadinho. Ocorrido no dia 25 de janeiro de 2019, esse infortúnio deixou, segundo informações divulgadas até 06.05.2019, 236 mortos identificados e outras 34 pessoas desaparecidas<sup>45</sup>.

As informações trazidas no relatório da missão emergencial do Conselho Nacional dos Direitos Humanos demonstram a dimensão desse acidente:

“No dia 25 de janeiro de 2019, por volta das 12h28, horário de Brasília, a Barragem I da mina de Feijão rompeu-se, liberando 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração. A capacidade da barragem era de aproximadamente 13 milhões de metros cúbicos. A força da onda de lama varreu equipamentos operacionais (como trens, veículos e máquinas de beneficiamento do minério) e o centro administrativo da Vale, soterrando escritórios, vestiário e um refeitório, matando centenas de trabalhadores e trabalhadoras que trabalhavam e almoçavam no local.

(...) Os dados da Defesa Civil confirmam que 727 pessoas foram expostas a risco de vida e ficaram em situação de desaparecidas no dia do rompimento da barragem. Desse total de 727 pessoas, 394 pessoas foram ‘localizadas’ (sendo 225 funcionários da Vale e 169 de empresas

---

44 MEDEIROS, 2015.

45 PAVANELLI, Lucas. *Número de mortos em tragédia de Brumadinho chega a 236*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/minas-gerais/numero-de-mortos-em-tragedia-de-brumadinho-chega-a-236-06052019>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

## DOCTRINA

terceirizadas e da comunidade), em decorrência dos esforços de buscas da população e da defesa civil. Deste total de 727 pessoas, 134 foram mortas no desastre e outras 199 seguem desaparecidas (resultando num total de 333 mortos e desaparecidos, conforme os dados divulgados em 04.02.2019 – Disponível em: <<http://www.defesacivil.mg.gov.br/>>). A defesa civil informa ainda que 108 famílias/pessoas foram desabrigadas e seis ainda estão hospitalizados.”<sup>46</sup>

Embora os motivos do rompimento da barragem ainda estejam sendo investigados, é possível identificar, consoante amplamente noticiado pela imprensa, uma série de evidências que comprovam a ineficiência do sistema de prevenção de acidentes e a inobservância de normas básicas de segurança.

Entre as circunstâncias que corroboram essa afirmação, ressaltam-se as seguintes: a constatação de que a sede administrativa e o refeitório da empresa foram construídos na linha do percurso da lama de rejeitos; o fato de a sirene que deveria tocar em caso de rompimento da barragem (ou de qualquer outro risco/imprevisto) ter sido destruída no início da tragédia; a confirmação de que o setor em que ficavam os responsáveis pela comunicação na hipótese da ocorrência de qualquer risco foi um dos primeiros a serem atingidos pela lama (em decorrência da localização mais próxima à barragem que se rompeu).

Pontue-se, por importante, que os fatos supracitados foram amplamente divulgados pela imprensa, não sendo noticiada, até o momento, qualquer contestação pelos agentes envolvidos quanto a essas afirmações.

A respeito da temática, convém transcrever trechos da decisão que decretou a prisão temporária de funcionários da Vale (mineradora responsável pelo controle da barragem B1 da Mina do Córrego do Feijão) por suspeita de responsabilidade criminal nesse acidente<sup>47</sup>:

*“Portanto, constato que, aparentemente, no primeiro semestre de 2018, os funcionários da Vale ora representados tinham conhecimento da situação precária da barragem e o engenheiro da Tuv Sud Makoto Namba, um dos que assinou a declaração de estabilidade da barragem, já havia constatado que, dificilmente, seria possível atestar a estabili-*

---

46 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório da Missão Emergencial a Brumadinho/MG após rompimento da barragem da Vale S/A*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/fevereiro/missao-emergencial-do-cndh-apresenta-relatorio-sobre-rompimento-de-barragem-da-vale/RelatrioMissoemergencialaBrumadinho.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

47 O trecho transcrito foi retirado da decisão proferida no HC 95.038/MG, impetrado por Alexandre de Paula Campanha, em julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou a sultura de oito funcionários da Vale investigados na tragédia de Brumadinho.

*dade dela*. Um antigo funcionário da Vale, Olavo Henrique, com muita experiência nesta área, inclusive alertou os funcionários da Vale *quanto ao fato de que a barragem ‘não tinha conserto’ e que ‘era para tirar o pessoal todo de lá’*. Entretanto, ao que *parece os funcionários da Vale assumiram o risco de produzir o resultado, pois, mesmo diante de novos elementos aptos a demonstrar a situação de emergência*, como se verá abaixo, não acionaram o PAEBM.

(...) O investigado Makoto Namba, nas fls. 206/207v, em depoimento perante a Polícia Federal, (...) indagado a ele qual seria sua providência caso seu filho estivesse trabalhando no local da barragem B1, ‘respondeu que ligaria imediatamente para seu filho para que evacuasse do local, bem como que ligaria para o setor de emergência da Vale responsável pelo acionamento do PAEBM<sup>48</sup> para as providências cabíveis’. Afirmou também que ‘em uma reunião com o funcionário da Vale de nome Alexandre Campanha, o declarante se recorda de ter ouvido a seguinte frase proferida por Alexandre Campanha: ‘A Tuv Sud vai assinar ou não a declaração de estabilidade?’’, ao que o declarante respondeu: ‘a Tuv Sud irá assinar se a Vale adotar as recomendações sindicadas na revisão periódica de junho de 2018’; *que apesar de ter dado esta resposta a Alexandre Campanha, o declarante sentiu a frase proferida pelo mesmo e descrita neste termo como uma maneira de pressionar o declarante e a Tuv Sud a assinar a declaração de condição de estabilidade sob o risco de perderem o contrato; que o declarante também afirma que este tipo de pressão é muito comum na prestação de serviço na área de mineração*.

Portanto, constato que diante de todas as anomalias verificadas na barragem B1 (Mina Córrego do Feijão) desde meados de 2018, aliadas à alteração drástica nos piezômetros verificada em janeiro de 2019, *aparentemente não havia outra alternativa aos funcionários da Vale senão a de acionar o PAEBM, com imediata evacuação da área*. Saliento, por isso, que as fundadas razões de autoria do crime de homicídio qualificado dos oito funcionários da Vale ora representados fundam-se na *concreta possibilidade da assunção do risco de produção do resultado por eles.*” (grifos acrescidos)<sup>49</sup>

48 Plano de Ações Emergenciais (PAEBM).

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus 95.038/MG*, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20495.038%20.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

## DOCTRINA

Abaixo, transcrevem-se, ainda, alguns fundamentos esposados pelo relator do *habeas corpus* relacionado (HC 95.038/MG), em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, Ministro Nefi:

“Traz o decreto prisional, pois, fundamentos valorativos concretos de ciência por especificados servidores da Vale S.A. de que *a Barragem B1 (Mina Córrego do Feijão) apresentava-se em situação de risco, por anomalias verificadas em meados de 2018 e alteração drástica nos piezômetros em janeiro de 2019*. Não obstante, os nominados servidores *deixaram de tomar providências de emergência, compatíveis com o risco apurado*, além de existir indicação de isolados atos de aparente pressão para assinatura da Declaração de Condição de Estabilidade da barragem.

Do exame apontado de *e-mail* e depoimentos colhidos, razoável é a valoração admitida pelo magistrado de primeiro grau, inclusive quanto ao dolo: *sendo relevantes os riscos indicados (tema inicialmente suportado por prova), possível é ter ocorrido propositalmente a omissão dos servidores nominados, por interesses diversos – inclusive financeiros –, assumindo o risco do resultado de rompimento da barragem e mortes.*” (grifos acrescidos)

A par da discussão acerca da responsabilidade criminal tratada no HC 95.038/MG, é possível concluir (pelos trechos acima transcritos) que se trata de uma tragédia anunciada. Percebe-se que, não obstante os diversos indicativos de que a barragem estava prestes a romper, os sinais apresentados foram ignorados e as providências necessárias para impedir a ocorrência dessa tragédia não foram tomadas.

No mais, identifica-se uma precariedade na fiscalização por parte dos órgãos estatais. Nesse sentido são as palavras do Auditor Fiscal do Trabalho Mário Parreiras de Faria:

“Barragens de rejeitos por alteamento é o método mais barato, mas é perigoso, com maior potencial de danos e o mais usado em Minas Gerais. O método é mais sujeito à liquefação. Pelo que vimos, houve liquefação na parte inferior da barragem, ela descalçou e desabou. A mina estava parada, beneficiando minério de outras minas, não entrou em nosso radar. *Temos pouca gente. Dos 20 fiscais de segurança e saúde em Belo Horizonte, oito já podem se aposentar amanhã. São 40 fiscais de segurança e saúde para fiscalizar o estado inteiro.*” (grifos acrescidos)<sup>50</sup>

---

50 FARIA, Mário Parreiras de. *A triste rotina de um auditor do trabalho na tragédia de Brumadinho*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/a-triste-rotina-de-um-auditor-do-trabalho-na-tragedia-de-brumadinho-23438382>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

Essa realidade foi confirmada em questionário divulgado pela Agência Nacional de Mineração (com perguntas e respostas sobre barragens de mineração e o caso Brumadinho), responsável pela fiscalização desses empreendimentos no Brasil, incluindo as barragens de rejeito de mineração:

“AANM TEM SUFICIENTES RECURSOS HUMANOS E ECONÔMICOS PARA FAZER SEU TRABALHO DE FISCALIZAÇÃO DE BARRAGENS?

A força de trabalho da ANM vem diminuindo progressivamente desde 2010, data do último concurso público e da publicação da Lei de Barragens. *Houve aumento das atribuições e competências da ANM sem o devido reforço de servidores e orçamento à época.* Com a transformação do DNPM em ANM a partir da instalação em 05.12.2018 o Governo deverá recompor os recursos humanos e orçamentários assegurados em lei.

(...) AS FISCALIZAÇÕES FORAM PREJUDICADAS POR CONTA DESSA REDUÇÃO (DOS VALORES PREVISTOS NO ORÇAMENTO DESTINADO À ANM)?

Em 2016, *o TCU concluiu que a gestão das informações sobre segurança de barragens de rejeitos no Brasil é feita de forma precária.* Apontou que ANM, na época DNPM, possui limitações de ordem orçamentária, financeira e de recursos humanos que impactam de maneira importante o seu desempenho no que diz respeito à sua atividade fiscalizatória. *Embora as normativas que amparam a fiscalização de barragens tenham sido aprimoradas desde o rompimento da barragem em Mariana, não houve, até o presente momento, modificação nas limitações apontadas pelo TCU.”* (grifos acrescidos)<sup>51</sup>

Como se vê, denota-se que os acidentes ampliados ocorrem num contexto em que fica evidente a falta de investimentos em diversos setores. Especialmente no que tange à falha no sistema de prevenção, mesmo diante dos sinais apresentados, o Auditor Mário Parreiras de Faria, que acompanha rompimentos de barragens desde 1987, comenta:

“Nos acidentes maiores, o que a gente vê é que eles podem ser prevenidos. Sistemas mais complexos dão sinal. Por que esses sinais, que vêm sendo dados ao longo do sistema, não são considerados pela organização? Chamamos isso de acidente organizacional incubado. Há

---

51 AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Perguntas e respostas sobre barragens de mineração e o caso de Brumadinho.* Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/perguntas-e-respostas-sobre-barragens-de-mineracao-e-o-caso-de-brumadinho>>. Acesso em: 20 jun. 2019.



sinais precursores, mas, muitas vezes, na gestão, são considerados fracos, não se valorizam esses pequenos sinais.”<sup>52</sup>

Corroborando esse mesmo raciocínio, as autoras Berenice Ferrari Goelzer e Maria Margarida T. Moreira Lima, ao tratarem do incêndio na boate Kiss (ocorrido em 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria/RS, que levou a óbito 242 vítimas, incluindo trabalhadores que laboravam no momento do acidente), destacam:

*“A sequência de erros que levou à indescritível ‘tragédia de Santa Maria’ poderia ter sido evitada pela aplicação de conceitos básicos de prevenção, incluindo medidas concebidas no projeto do local onde funcionava a boate, em suas alterações, sua operação e utilização e orientações aos empregados e pessoas que frequentavam a casa noturna na noite de 27 de janeiro de 2013.*

(...)

*Ocorrências como a da boate Kiss confirmam, mais uma vez, que as ações preventivas nos locais de trabalho podem ter um alcance muito maior do que se acredita (...). Todo local, seja para fins comerciais, de lazer, da prática de esportes, de transporte ou de educação, constitui um ambiente com trabalhadores que devem estar protegidos dos infortúnios do trabalho.” (grifos acrescidos)*<sup>53</sup>

A respeito da temática, afirmam, ainda, as mesmas autoras:

*“Prevenir e controlar riscos nos locais de trabalho também contribui para prevenir a poluição ambiental e evitar grandes desastres. Bhopal, Seveso e Chernobyl aconteceram por falhas dentro dos locais de trabalho, incluindo falta de manutenção e falta de treinamento dos trabalhadores.*

Por exemplo, a tragédia de Bhopal ocorreu por escape de grandes quantidades do isocianato de metila, substância letal e uma das matérias-primas utilizadas nessa fábrica de formulação de agrotóxicos, *sendo que as causas abrangeram equipamentos obsoletos, falta de manutenção*

---

52 FARIA, Mário Parreiras de. *A triste rotina de um auditor do trabalho na tragédia de Brumadinho*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/a-triste-rotina-de-um-auditor-do-trabalho-na-tragedia-de-brumadinho-23438382>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

53 GOELZER, Berenice Ferrari; LIMA, Maria Margarida T. Moreira. *A segurança e a saúde no trabalho e a sua contribuição para a prevenção de acidentes maiores: o caso de Santa Maria/RS*. Disponível em: <[https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo\\_asegurancaeasaudenotrabalho.pdf](https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo_asegurancaeasaudenotrabalho.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.



*e falta de preparo e de treinamento dos funcionários, até mesmo para atuar em situações de emergência.*

Um tanque, com mais de 30 toneladas de isocianato de metila, não suportou a aumento de pressão causado por uma reação exotérmica, decorrente da entrada accidental de água. *O sistema de alarme não funcionou e o responsável, completamente destreinado, apavorou-se quando viu a pressão subindo e fugiu do local*, havendo o derramamento que se espalhou pela cidade matando mais de 3.000 pessoas de imediato, sendo que nas semanas seguintes foram registradas milhares de mortes. Os aerossóis e vapores de isocianato, mais pesados que o ar, permaneceram junto ao solo e demoraram a se dispersar.

A Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO) conduziu um estudo que demonstrou *a falta de conscientização, o baixo nível de alerta, e a falta de preparo para emergências em três empresas onde ocorreram grandes desastres*, ou seja: o acidente com isocianato de metila em Bhopal, o acidente na fábrica de fertilizantes em Shriram, e o vazamento de cloro na fábrica de papel de Bhadrachalam, na Índia.

De acordo com os dados colhidos pela UNIDO, *em nenhum dos três casos havia conhecimento quanto à natureza perigosa das operações por parte dos trabalhadores ou da população em geral nem plano para atuação em caso de emergência* (UNIDO, 1989). Talvez se chegue às mesmas conclusões no incêndio de Santa Maria.” (grifos acrescidos)<sup>54</sup>

### 7 – Considerações finais

Nota-se, portanto, um traço coincidente nos acidentes analisados, qual seja, a ausência de um sistema eficiente de prevenção em razão da inobservância das normas básicas de segurança do trabalho, o que inclui o treinamento dos trabalhadores, especialmente em relação aos procedimentos que devem ser adotados na hipótese da ocorrência de acidente.

Em todos os casos apresentados, os trabalhadores envolvidos viram-se inabilitados para agirem após a ocorrência do infortúnio, de modo a minimizar os seus efeitos.

---

54 GOELZER, Berenice Ferrari; LIMA; Maria Margarida T. Moreira. *A segurança e a saúde no trabalho e a sua contribuição para a prevenção de acidentes maiores: o caso de Santa Maria/RS*. Disponível em: <[https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo\\_asegurancaeasaudenotrabalho.pdf](https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo_asegurancaeasaudenotrabalho.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

Diante de um acidente do trabalho, não se pode agir corretamente quando não se tem conhecimento acerca das exposições potenciais e suas características. Nos acidentes envolvendo substâncias químicas, por exemplo, é importante saber a quais agentes as vítimas estão sendo expostas, tornando possível uma reação rápida e eficiente.

Nesse contexto, não priorizar a adoção de medidas de prevenção representa um equívoco do empregador, uma vez que um meio ambiente inadequado gera absenteísmo, instabilidade no emprego e queda da produtividade. Assim, investir na saúde do trabalhador representa aumento na qualidade da prestação do serviço, o que implica a diminuição de custos e aumento dos lucros.

É fundamental, ainda, para que outras tragédias não ocorram, o aprimoramento da legislação, a devida punição dos responsáveis, notadamente nos casos de negligência comprovada, e o fortalecimento da fiscalização.

Quanto a este último ponto, o controle deve ser efetivo em todos os seus aspectos, o que envolve os órgãos do Estado, as empresas e os trabalhadores.

Espera-se que os acidentes coletivos já ocorridos ao longo da história (do Brasil e de todo o mundo) sirvam de base de aprendizado, de forma que a identificação das falhas cometidas possa auxiliar na prevenção de novos acidentes ampliados do trabalho.

Não se pode admitir que vidas sejam ceifadas precocemente, ou que a qualidade de vida dos empregados seja afetada em razão dos danos causados a sua saúde, em decorrência da nítida negligência do empregador.

Sob tal perspectiva, um meio ambiente do trabalho seguro e sadio é um dos mais importantes e fundamentais direitos de um indivíduo e a sua degradação constitui uma agressão ao trabalhador e à coletividade como um todo.

### Referências bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. *Perguntas e respostas sobre barragens de mineração e o caso de Brumadinho*. Disponível em: <<http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/perguntas-e-respostas-sobre-barragens-de-mineracao-e-o-caso-de-brumadinho>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ALIAGA, Márcia Kamei López. Caso Shell/Basf: reflexões para um novo olhar sobre os acidentes ampliados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 49, p. 69-95, 2016. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103323/2016\\_aliaga\\_marcia\\_caso\\_reflexoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103323/2016_aliaga_marcia_caso_reflexoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

ARRUDA, Felipe. *As 6 maiores tragédias espaciais de todos os tempos*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/astronomia/20393-as-6-maiores-tragedias-espaciais-de-todos-os-tempos.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

## DOCTRINA

BORBA, Antônio Libério de. *Lembrar para ter direito de esquecer: a reconstrução histórico-sociológica da tragédia da Gameleira em Belo Horizonte e seus reflexos na trajetória de vida dos atores sociais nela envolvidos*. Campinas. 396 p. Teste de Doutorado. Universidade Estadual de Campinas Faculdade de Educação, 2007.

BRANDIMILLER, Primo A. *Perícia judicial em acidentes e doenças do trabalho*. São Paulo: Senac, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CASAGRANDE, Mariana. Normas de proteção nacional e internacional do meio ambiente de trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados MPT*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório da Missão Emergencial a Brumadinho/MG após rompimento da barragem da Vale S/A*. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/fevereiro/missao-emergencial-do-cndh-apresenta-relatorio-sobre-rompimento-de-barragem-da-vale/RelatrioMissoemergencialaBrumadinho.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

CORREIA, Henrique. *Direito do trabalho*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Guilherme Farias et al. *Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n3/v16n3a05.pdf>>.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELLAGNEZZE, René. *Base de lançamento de foguetes e a soberania*. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/BLFS.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

FARIA, Mário Parreiras de. *A triste rotina de um auditor do trabalho na tragédia de Brumadinho*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/a-triste-rotina-de-um-auditor-do-trabalho-na-tragedia-de-brumadinho-23438382>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

FISCALIZAÇÃO do meio ambiente e no ambiente do trabalho – riscos de acidentes e suas consequências. *Revista LTr*, São Paulo, ano 83, n. 02, fevereiro de 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

## DOCTRINA

GOELZER, Berenice Ferrari; LIMA; Maria Margarida T. Moreira. *A segurança e a saúde no trabalho e a sua contribuição para a prevenção de acidentes maiores: o caso de Santa Maria/RS*. Disponível em: <[https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo\\_aseguranca-easaudenotrabalho.pdf](https://www.abho.org.br/wp-content/uploads/2014/02/artigo_aseguranca-easaudenotrabalho.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

MARANHÃO, Ney. Poluição labor-ambiental: aportes jurídicos gerais. *Revista LTr*, São Paulo, ano 81, n. 06, p. 672-679, jun. 2017.

MEDEIROS, Leonardo de Oliveira. *Abordagem da ergonomia para avaliação do treinamento simulado das equipes de resposta à emergência em lançamentos de veículos aeroespaciais*. Natal/RN. 147 p. Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Engenharia de Produção da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

NASCIMENTO, Tupinambá M. Castro do. *Comentários à nova Lei de Acidentes do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1977.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

PAVANELLI, Lucas. *Número de mortos em tragédia de Brumadinho chega a 236*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/minas-gerais/numero-de-mortos-em-tragedia-de-brumadinho-chega-a-236-06052019>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

SOUZA, Felipe; FELLET, João. *Brumadinho é maior acidente de trabalho já registrado no Brasil*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47012091>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Recebido em: 16/10/2019

Aprovado em: 26/02/2020

# A CONTROVÉRSIA E AS CONTRADIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO ENQUADRAMENTO DA CATEGORIA DOS MAQUINISTAS NO CONTEXTO DO MICROSSISTEMA LEGAL ESTABELECIDO PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

*THE CONTROVERSY AND CONTRADICTIONS IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR LABOUR COURT IN THE FRAMEWORK OF THE CATEGORY OF MACHINISTS WITHIN THE CONTEXT OF THE LEGAL MICROSYSTEM ESTABLISHED BY THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS*

**José Bispo dos Santos Filho\***

RESUMO: O escopo do presente estudo foi demonstrar e analisar, de forma crítica e científica, as contradições existentes no âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), quanto à classificação do profissional que ocupa a função de maquinista, integrante das “equipagens de trens”, na forma do art. 237, alínea c, da CLT, considerando seu papel de Corte Superior, responsável pela uniformização da interpretação do direito do trabalho no âmbito nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Enquadramento Legal. Maquinista. Jurisprudência. Tribunal Superior do Trabalho.

*ABSTRACT: The scope of this study is to demonstrate and analyze, in a critical and scientific way, the contradictions existing in the jurisprudence of the Superior Labor Court (SLC) regarding the classification of the professional who occupies the function of Machinist, member of the “Train Fittings”, in the form of article 237, point “C” of the Consolidation of Labor Laws (CLL), considering its role of Superior Court, responsible for standardizing the interpretation of labor law at the national level.*

*KEYWORDS: Legal Framework. Machinist. Jurisprudence. High Court of Labor.*

---

\* Advogado; bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – Aracaju/SE; pós-graduado lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) – título de especialista e pós-graduado lato sensu em Gestão de Relação do Trabalho pela Fundação Dom Cabral (Nova Lima/MG); membro da Comissão de Direito do Trabalho da Associação Nacional de Transporte Ferroviário – ANTF.

## 1 – Notas introdutórias

Conforme será demonstrando no curso deste artigo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em algumas situações, classifica os maquinistas como integrantes da categoria “b”, prevista no art. 237, alínea *b*, da CLT, enquanto uniformizou jurisprudência em relação ao intervalo intrajornada dos maquinistas, por meio da Súmula nº 446 do TST, enquadrando os maquinistas como categoria “c”, prevista no art. 237, alínea *c*, da CLT. Diante desses critérios hermenêuticos, diametralmente opostos, os maquinistas não estariam sujeitos aos critérios legais e prerrogativas inerentes à categoria “c”.

## 2 – Evolução legislativa no trabalho ferroviário

Na acepção de Segadas Vianna<sup>1</sup>, quaisquer estudos sobre as origens e a evolução do Direito brasileiro exigem análise dos contextos histórico e político-social do período imperial e das primeiras décadas do regime republicano, mormente quanto à forma desencadeadora dos movimentos sociais (ascendentes ou descendentes). Segundo esse ilustre autor:

“(...) os *movimentos ascendentes*, que deram origem às legislações trabalhistas do México, Inglaterra e França, caracterizam-se pela sua coexistência com uma história social marcada pela luta de classes, com trabalhadores fortemente apoiados por suas organizações profissionais, com o espírito de classe bem nítido e com a existência de indústrias ou atividades produtivas arregimentando grandes massas de trabalhadores.”<sup>2</sup> (grifo no original)

Enquanto isso, no Brasil, predominou o *movimento descendente*, que tinha como características: a) a inexistência de luta, sem que isso indicasse ausência de uma questão social latente; b) falta de associações profissionais de expressiva representatividade; c) grupos sociais ainda inorgânicos; e d) ausência de atividades econômicas que exigissem massas proletárias com densidade<sup>3</sup>.

No caso dos ferroviários, excepcionalmente, ocorreu uma *movimentação ascendente*, conforme explica Gerson Lacerda Pistori<sup>4</sup>:

1 SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes *et al.* *Instituições do direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 54-55.

2 SÜSSEKIND *et al.* *Instituições...*

3 *Ibidem*, p. 55.

4 PISTORI, Gerson Lacerda. Os intervalos intrajornada e entrejornada no transporte ferroviário. In: GRANCONATO, Marcio Mendes; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Contratos de trabalho no setor de transporte*. São Paulo: LTr, 2014. p. 68.

“Aqueles que trabalhavam para as ferrovias, principalmente as dirigidas pelo Estado, a par de sentirem-se discriminados e profundamente explorados, também percebiam a importância que aquela atividade possuía para os locais em que trabalhavam, assim como para a empresa que os empregava, ainda que de forma rústica e de organização não sistematizada. O aumento quantitativo da demanda, da exigência e dos arbítrios, acrescido das necessidades diárias de sobrevivência, levou adiante às reivindicações: a primeira que redundou em greve foi o aumento de salário, em 11 de outubro de 1889, na estrada de Ferro D. Pedro II, logo depois denominada Estrada de Ferro Central do Brasil.”

A respeito desse *movimento ascendente*, no final do século XIX, a historiadora Gláucia Cristina Candian Fracarro abordou, com profundidade, a história e o poder de influência dos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil no que tange ao contexto da formação da classe operária carioca, desde a proclamação da República à greve geral de 1920, ocorrida no Rio de Janeiro, iniciada pelos trabalhadores da Leopoldina Railway Company, conforme passagem que segue:

“A proximidade com o Poder Público favorecia a prática de lutar por leis. É possível até mesmo afirmar que os empregados da ferrovia possuíam maiores possibilidades de exercer pressão sobre o Legislativo e, portanto, de conquistar parte das reivindicações. Para Maurício de Lacerda, essa posição política privilegiada resultava do paternalismo do Estado inspirado pela conveniência em manter a ordem nas empresas que gerenciava. A esses aspectos, acrescento a prática de responder ao regulamento de serviço, cuja burocracia funcionava como base dos direitos e o fomento à morigeração dos empregados, característica que os ferroviários sempre reforçavam em petições, o que daria legitimidade às suas reivindicações, como mostrado acima.”<sup>5</sup>

Na visão da aludida pesquisadora, a formação do *movimento ascendente*, que resultou em diversos movimentos grevistas nos anos de 1889 e 1920, tinha como plano de fundo múltiplos fatores, como a influência do anarquismo no sindicalismo revolucionário (tendência que se construiu a partir da CGT francesa); luta pela equiparação de direitos com empregados públicos; prática de assédio moral (com fortes indícios de castigos físicos praticados pelos chefes dos empregados da Central do Brasil); além do alto índice de acidentes de

5 FRACARRO, Gláucia Cristina Candian. *Morigerados e revoltados: trabalho e organização de ferroviários da Central do Brasil e da Leopoldina (1889-1920)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Estadual de Campinas, Campinas, 2008. p. 70.

trabalho: apenas, entre 1889-1899, os acidentes chegaram a 1.579, com 382 vítimas fatais<sup>6</sup>.

Observa-se, assim, que os ferroviários foram um dos grupos de operários com maior protagonismo na formação do direito do trabalho pátrio, bem como dos demais direitos sociais, como a concessão de quinze dias de férias aos ferroviários da E.F. Central do Brasil, pelo ministro da Agricultura, Demétrio Ribeiro, ainda no regime do império, em 1889<sup>7</sup>.

Apesar do marasmo legislativo na constituição dos direitos trabalhistas, no período de 1914 até a Revolução de 1930, sobretudo, motivado pelo transcurso da Primeira Guerra Mundial, os trabalhadores ferroviários, na vanguarda, conseguiram avanços nesse período, como o direito dos trabalhadores ferroviários da Central do Brasil na percepção de domingos e feriados, pelo Decreto nº 12.844, do ano 1918<sup>8</sup>, com maior destaque para a edição da Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que criou as caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários, de iniciativa do deputado Eloy Chaves<sup>9</sup>.

Nos anos de 1934 a 1937, ainda sob a égide da Constituição de 1934 e precedentemente ao golpe de Estado ocorrido em 10 de novembro de 1937, os operários ferroviários avançaram nas conquistas com a edição do Decreto nº 279, de 1935, que criou o conceito de serviço ferroviário e aspectos vinculados à duração da jornada de trabalho. A respeito disso, Gerson Lacerda Pistori<sup>10</sup> assevera que:

“Ali se inseriu legalmente a divisão dos ferroviários por categorias de serviços, regulou-se detidamente a jornada e as prorrogações, o descanso semanal e as escalas de serviços. Estratificou-se ainda a figura do empregado ‘extranumerário’ e as especificidades de ‘prontidão’, ‘sobrevivo’ e a característica especial da localidade de trabalho denominada ‘estação anterior’.”

O aludido Decreto nº 279, de 1935, serviu de base para os dispositivos legais da CLT, com sucintas alterações relacionadas à jornada de trabalho dos empregados das categorias “C”, de “Equipagens de trens”, e à forma da remuneração das horas extras.

---

6 *Ibidem*, p. 40, 47 e 81.

7 Segadas Vianna (1999 apud SÜSSEKIND *et al.*, *Instituições...*, p. 57).

8 PISTORI, *op. cit.*, p. 68.

9 Segadas Vianna (1999 apud SÜSSEKIND *et al.*, *Instituições...* p. 61).

10 PISTORI, *Instituições...* p. 69.



Ao discorrer sobre os fundamentos que originaram a atual legislação dos ferroviários, Arnaldo Lopes Sússekind<sup>11</sup>, membro da Comissão Elaboradora da CLT, esclarece que:

“A duração do trabalho nos serviços ferroviários foi reexaminada de acordo com sugestões do Sindicato dos Empregados Ferroviários do Rio de Janeiro e das empresas responsáveis por esses serviços, principalmente a Companhia Paulista de Estradas de Ferro, cuja cooperação inteligente favoreceu a racionalização imprimida ao projeto com a supressão, pela qual se batia a Comissão, do confuso e prejudicial sistema de ciclos de 96 horas em 14 dias com duração máxima diária de 16 horas, citado Decreto nº 279, de graves consequências para saúde dos ferroviários.”

Após a promulgação da CLT, que dedicou doze longos verbetes para regular o trabalho ferroviário (arts. 236 a 247), em parte, com caráter descritivo, constata-se, até hoje, que houve pouquíssimas alterações na legislação, a exemplo da extensão de sua aplicação aos empregados que laboram em carros-restaurantes por meio da Lei nº 1.652, de 1952, ou a redução de direitos dos trabalhadores ferroviários por meio da Lei nº 3.970, de 1961, alterada em 1966, no regime da ditadura.

Alice Monteiro de Barros<sup>12</sup> salienta que “o art. 244 e seus §§ 1º e 4º da CLT foram revogados pela Lei nº 3.970, de 1961, mas teve a sua vigência restaurada pelo Decreto nº 5, de 4 de abril de 1966 (art. 36)”.

Conforme lição de Eduardo Gabriel Saad<sup>13</sup>, para melhor compreensão do direito ferroviário, também “(...) é indispensável a consulta ao Regulamento Geral dos Transportes Ferroviários, baixado pelo Decreto nº 1.832, de 04.03.96”. Registra-se que esse diploma legislativo ainda permanece em vigência.

### 3 – Conceitos e categorias vinculados ao serviço ferroviário

Desde o início, a formação do operariado ferroviário no Brasil sofreu forte influência de uma política de Estado, basicamente, preocupada com uma sensível questão econômica, isto é, o escoamento do café. Em decorrência da valorização e do *status* do transporte ferroviário, ocorreu a formação de uma

---

11 SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes *et al.* *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1943. p. 366.

12 BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 259.

13 SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 43. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 429.

classe de trabalhadores diferenciados, com padrão de educação acima das demais categorias da época. Na visão de Gerson Lacerda Pistori<sup>14</sup>:

“Essa ‘educação planejada’ para os ferroviários representou uma mudança de ideologia empresarial de um lado, com a modificação também para os trabalhadores, que se perceberam em um patamar empregatício diferente, em um país ainda rural e monopolista, mas preocupado com a sua rede ferroviária, tendo em conta sua importância estratégica econômica.”

Homero Batista Mateus da Silva<sup>15</sup> lembra ainda que:

“(…) quase todos nós devemos ter antepassados consanguíneo ou afim que se ativou no ramo ferroviário, motivo de orgulho e distinção para nossos avós e tios-avós. Chega a causar perplexidade comum uma profissão pode desaparecer ou encolher em tão pouco tempo, como uma ou duas gerações.”

A CLT, como mencionado alhures, reservou um título específico para regulamentar algumas profissões especiais, como ocorre, por exemplo, com bancários, marítimos, químicos, professores e, no caso em estudo, ferroviários, por meio do Título III, quando aborda as Normas Especiais de Tutela do Trabalho e, especificamente, no Capítulo I, Seção V, chamada “Dos Serviços Ferroviários”, do art. 236 ao 247.

O art. 236 da CLT<sup>16</sup> traz como definição conceitual do serviço ferroviário:

“(…) o transporte em estradas de ferro abertas ao tráfego público, compreendendo a administração, construção, conservação e remoção das vias férreas e seus edifícios, obras-de-arte, material rodante, instalações complementares e acessórias, bem como o serviço de tráfego, de telegrafia, telefonia e funcionamento de todas as instalações ferroviárias.”

Parte da doutrina refere-se ao serviço ferroviário como todo aquele que se realiza em estradas de ferro abertas ao tráfego público, seja para transporte de passageiros, seja de carga, seja de ambos. Dessa forma, não existe a extensão

---

14 PISTORI, *op. cit.*, p. 67.

15 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho*: livro das profissões regulamentadas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 4. p. 56.

16 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 4 out. 2019.

desse enquadramento para linhas férreas em áreas privadas<sup>17</sup>. Ao interpretar esse dispositivo legal da norma celetista, Mozart Victor Russomano<sup>18</sup> leciona que:

“Os dispositivos que vamos estudar, portanto, não se aplicam a todos os serviços ferroviários. Por exemplo: uma empresa que possua rede interna de transporte ferroviário não estará obrigada a obedecer aos princípios que se desenrolam a partir do artigo estudado. Tais princípios são, exclusivamente, destinados aos empregados de estradas de ferro abertas ao tráfego público, isto é, às empresas que exploram o serviço ferroviário. A Lei nº 1.652, de 22 de julho de 1952, no entanto ampliou o âmbito de aplicação dos princípios legais que começamos, agora, a estudar, considerando ferroviários, que para efeitos da legislação trabalhista, que para efeitos da legislação previdenciária, os empregados que trabalham em carros-restaurantes das estradas de ferro e em outras funções, que ali o diploma enumera.”

Dessa forma, a exegese da definição conceitual do operário ferroviário pode ser associada aos trabalhadores que exercem funções sobre os trilhos ou nas demais atividades que giram em torno da estrada de ferro, a exemplo de áreas administrativas, conservação e remoção de vias férreas e edifícios, construção, manutenção e produção de material rodante, obras de artes e instalações complementares, desde que abertas ao tráfego público.

Contudo, são bastante válidas as observações de Homero Batista Mateus da Silva<sup>19</sup>:

“O propósito dessa longa conceituação reside no esforço do legislativo de atrair para o segmento do ferroviário a maior quantidade possível de atores. Conquanto polêmico, não deixa de ser uma técnica do legislador, para incremento das condições trabalhistas, alargar o conceito da profissão para nela inserir mais pessoas que, de outra forma, ficariam à margem dos benefícios. (...) Na dúvida, o art. 236 da CLT agregou na categoria do ferroviário os telefonistas e telegrafistas, retirando-os do art. 227, bem como os empregados em setores de apoio e até mesmo aqueles responsáveis pelas ‘obras-de-arte’. Um estrangeiro deve ficar com a impressão de que as estações ferroviárias brasileiras são todas parecidas com o Museu d’Orsay.”

---

17 BARROS, *op. cit.*, p. 259.

18 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 248.

19 SILVA, *op. cit.*, p. 56.

Se, por um lado, esse alargamento do conceito de ferroviário e do enquadramento das diversas modalidades em categorias pode ser objeto de crítica por parte de alguns intérpretes do texto consolidado, a exemplo dos empregados responsáveis pelas “obras-de-arte”, por outro lado, ante o contexto histórico da formação dessa classe operária, o legislador apresentou uma fórmula para inibir eventuais situações de precarização de trabalho e desigualdades entre empregados desse setor econômico, a exemplo da terceirização de serviços, além de resguardar idêntica representação sindical, com respectiva aplicação das normas coletivas de trabalho a todos os empregados abarcados no conceito previsto no art. 236 da CLT. A respeito dessa delimitação conceitual quanto à abrangência da categoria dos ferroviários, afirma Segadas Vianna<sup>20</sup> que: “(...) não se aplica só aos trabalhadores que exercem atividade ferroviária propriamente dita, mas, igualmente, aos que servem nos diferentes setores que constituem, como um só complexo orgânico”.

No caso dos metroviários, abrem-se parênteses para registrar que parte da jurisprudência não considera possível a extensão e aplicação das normas dos ferroviários previstas na CLT para essa categoria, conforme citações a seguir:

“METROVIÁRIOS. ASSISTENTES CONDUTORES. INAPLICABILIDADE DAS NORMAS CELETISTAS ATINENTES AOS MAQUINISTAS FERROVIÁRIOS. Não se aplicam aos metroviários as normas especiais inscritas na Seção V do Título III da CLT, que tratam exclusivamente do transporte ferroviário, entendido como aquele realizado na malha ferroviária brasileira, que envolve grandes distâncias e no qual o maquinista conduz o veículo – trem e vagões – contando consigo próprio antes de qualquer eventual aporte. Tais funções possuem peculiaridades e são bem mais desgastantes do que o trabalho exercido pelos Assistentes Condutores dos metrô urbanos, que trabalham em viagens de curta duração e monitorados pela Central de Controle, que registra e determina todas as ações relacionadas aos trens através de computadores e câmeras instaladas no percurso, mantendo o *status*, a velocidade, o tráfego, a segurança e os demais parâmetros das escalas nas viagens previstas.”<sup>21</sup>

Em virtude da vastidão conceitual relacionada à definição do enquadramento dos trabalhadores ferroviários, prevista no art. 236 da CLT, optou o legislador pela distribuição entre diversas categorias, na forma que segue:

20 Segadas Vianna (1999 apud SÚSSEKIND *et al.* *Instituições...* p. 1.048).

21 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (TRT). 3ª Região, 1ª Turma. RO 0000118-89.2010.5.03.0139, Rel. Marcus Moura Ferreira; Rev. Maria Laura Franco Lima de Faria, DEJT 13.08.2010.

## DOCTRINA

“Art. 237. O pessoal a que se refere o artigo antecedente fica dividido nas seguintes categorias:

a) funcionários de alta administração, chefes e ajudantes de departamentos e seções, engenheiros residentes, chefes de depósitos, inspetores e demais empregados que exercem funções administrativas ou fiscalizadoras;

b) pessoal que trabalhe em lugares ou trechos determinados e cujas tarefas requeiram atenção constante; pessoal de escritório, turmas de conservação e construção da via permanente, oficinas e estações principais, inclusive os respectivos telegrafistas; pessoal de tração, lastro e revistadores;

c) das equipagens de trens em geral;

d) pessoal cujo serviço é de natureza intermitente ou de pouca intensidade, embora com permanência prolongada nos locais de trabalho; vigias e pessoal das estações do interior, inclusive os respectivos telegrafistas.”

A opção pela categorização, resumidamente, pode ser compreendida da seguinte maneira: a) o alto escalão em funções administrativas (art. 237, alínea *a*, da CLT); b) o médio escalão em atividades de apoio (art. 237, alínea *b*, da CLT); c) o médio escalão em atividades relacionadas às atividades-fim (art. 237, alínea *c*, da CLT); d) o baixo escalão em atividades operacionais (art. 237, alínea *c*, da CLT).

Para Maurício Pereira Simões, recentemente, deu-se uma alteração substancial nas relações de trabalho e nos contratos dos trabalhadores ferroviários em virtude do aumento do transporte de massa de passageiros e de cargas.<sup>22</sup> Por força desse contexto, Simões relata que:

“Algumas das funções já alteraram suas denominações embora continuem a existir no cotidiano do trabalho ferroviário, além da mudança absolutamente inversa do que existia na época da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, pois atualmente que se tem é a prevalência do transporte de passageiros de forma municipal e intermunicipal, com o transporte de cargas ainda existente, mas dividindo linhas com o transporte de passageiros, especialmente nas metrópoles do país.”<sup>23</sup>

---

22 SIMÕES, Maurício Pereira. O contrato de trabalho no transporte ferroviário moderno. In: GRANCONATO, Marcio Mendes; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Contratos de trabalho no setor de transporte*. São Paulo, LTr, 2014. p. 56.

23 *Ibidem*.

Em linhas gerais, relativamente às peculiaridades e aos fatores históricos na própria formação dessa classe operária, tornou-se necessária a constituição de uma legislação especial e diferenciada para regulamentar o serviço ferroviário.

#### **4 – A importância da jurisprudência como fonte do direito e as contradições da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o enquadramento do maquinista**

No Direito brasileiro, assim como nos demais países que adotaram a vertente romano-germânica, prepondera o regime jurídico do *civil law*, ou melhor, o direito posto, vinculado à aplicação da lei.

Entretanto, com a globalização cada vez mais intensificada nas últimas décadas, com a inclusão de normas processuais ou regimentais valorizando cada vez mais o papel da jurisprudência no âmbito dos tribunais, observa-se que o Direito brasileiro também se aproxima da corrente denominada *common law*, de tal modo que, atualmente, a jurisprudência detém papel de protagonismo no âmbito jurisdicional e, em última análise, na pacificação social. A partir dessas premissas, de certo modo, há quem sustente a ideia de que as leis e a Constituição são o que os juízes declaram em suas decisões.

No aspecto conceitual, a jurisprudência é definida como a reiterada interpretação dos tribunais acerca de determinado conflito de interesses submetidos à apreciação do Poder Judiciário, ou seja, a jurisprudência representa muito mais do que um precedente, conquanto seja formada por um precedente.

Apesar da omissão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942), ao não apontar a jurisprudência como fonte integrativa do Direito, o art. 8º da CLT, por sua vez, refere-se a ela expressamente:

“Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela *jurisprudência*, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”<sup>24</sup> (grifo nosso)

Em que pese a tradição romano-germânica seguida e independente da classificação utilizada no aspecto conceitual da jurisprudência como fonte

---

24 BRASIL, *Consolidação...*

integrativa ou criadora de normas jurídicas, não se pode negar sua força e importância para a ciência do Direito, ao menos na qualidade de “precedentes” (em sentido geral), conforme enfatizado por Robert Alexy, na construção da Teoria da Argumentação Jurídica, ao afirmar:

“O uso de precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razão práticas-gerais (princípio da universalidade/regra da carga de argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral.”<sup>25</sup>

Dessa forma, quando o TST passa a adotar critérios interpretativos distintos de enquadramento envolvendo situações idênticas, envolvendo os ferroviários ocupantes da função de maquinista, a sua jurisprudência acaba contrariando duas antigas regras de hermenêutica jurídica: “*Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir)”<sup>26</sup>.

Nesse diapasão, a jurisprudência do c. TST, em alguns casos, considera, equivocadamente, os maquinistas como “pessoal de tração”, conforme exemplificam os seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. INTERVALO INTRAJORNADA. MAQUINISTA FERROVIÁRIO. PESSOAL DE TRAÇÃO. Nos termos da jurisprudência desta eg. Corte Superior, ao empregado maquinista ferroviário assegura-se o direito ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT. Em razão do enquadramento do Reclamante na alínea *b* do art. 237 da CLT, não há falar na aplicação da regra de exceção contida no art. 238, § 5º, da CLT, que se refere ao trabalhador ferroviário da categoria da alínea *c* daquele artigo. Julgados. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”<sup>27</sup>

“FERROVIÁRIO. MAQUINISTA. ENQUADRAMENTO. Os maquinistas exercem atividade-fim, deslocando os trens, devendo a eles ser reconhecido como de trabalho efetivo todo o tempo em que estão à

25 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 271.

26 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo de Instrumento 835.442*. Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2013, DJe-069 16.04.2013.

27 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Agravo de Instrumento 1000398-44.2017.5.02.0036*, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 12.06.2019, 8ª Turma, DEJT 14.06.2019.

disposição da ferrovia, conforme assegurado aos ferroviários classificados como ‘pessoal de tração’. Incidência clara e precisa da Súmula nº 221 do TST, em face da arguição de afronta ao art. 237, alínea *c*, da CLT. Recurso de Embargos de que não se conhece.”<sup>28</sup>

Contudo, quando se busca compreender a *razão de decidir* da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, no último precedente supradestacado, que foi, inclusive, utilizado como base em todos os precedentes jurisprudenciais subseqüentes, observa-se que o voto se pautou pelos seguintes fundamentos:

“E, dando um enfoque léxico à controvérsia, verifico que o significado dos vocábulos tração e equipagem, segundo o Novo Dicionário Aurélio, é o seguinte:

‘tração. [Do lat. *tractione*]. S.f. 1. Ação duma força que desloca objeto móvel por meio de corda, etc. 2. Ato de deslocar. 3. Mec. Força que provoca um alongamento num corpo sólido. equipagem. [Do fr. *équipage*]. S.f. 1. Mar. Merc. Conjunto de pessoas empregadas, em caráter permanente e exclusivo, nos serviços que se realizam a bordo de uma embarcação mercante; tripulação. [Sin., ant.: companhia. Cf. guarnição]. 2. Os tripulantes de um avião. 3. Comitiva, séquito. 4. Desus. Equipamento (2). 5. Bagagem (1)’.

Quer dizer, equipagem é sinônimo de pessoal de bordo, sendo relevante ressaltar que os trens de carga não possuem bordo, característica intrínseca das embarcações de passageiros. Assim, considerando que o reclamante, maquinista da RFFSA, traciona trens de carga, deslocando-os de um ponto ao outro, ou seja, colocando-os em movimento, exsurge clara sua classificação como pessoal de tração, segundo esse enfoque.

Assim, diante dos argumentos expostos acima, entendo que a função de maquinista deve, efetivamente, ser classificada como pessoal de tração, conforme previsto no art. 237, *b*, da CLT, estando abarcada pelas vantagens previstas no *caput* do art. 238 da CLT.”

Da leitura dos fundamentos transcritos, que contrariam, inclusive, o posicionamento de um dos juristas que participaram da elaboração do anteprojeto da CLT (Araldo Lopes Sússekind), o TST optou pela aplicação do critério de interpretação puramente gramatical e etimológico, sem qualquer aprofundamento no histórico, doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

---

28 *Idem. Embargos em Recurso de Revista 630990-92.2000.5.01.5555*, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 13.02.09.



Nesse particular, convém aqui transcrever a lição de Carlos Maximiliano<sup>29</sup>, em crítica ao método de interpretação gramatical:

“A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos, impressiona favoravelmente os homens da letra, maravilhosos com a riqueza de conhecimentos filológicos ostentados por quem é, apenas, um profissional do Direito. *Como toda meia ciência, deslumbra, encanta e atrai; porém, fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e, precisamente, o menos seguro.*” (grifos no original)

Em decorrência desse equívoco, pautando-se quase que exclusivamente por uma análise do sentido da expressão “tração”, é que o c. TST também construiu uma súmula com entendimento totalmente oposto, conforme se observa na Súmula nº 446, cuja ementa é a seguir transcrita:

“MAQUINISTA FERROVIÁRIO. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL OU TOTAL. HORAS EXTRAS DEVIDAS. COMPATIBILIDADE ENTRE OS ARTS. 71, § 4º, E 238, § 5º, DA CLT. Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013

A garantia ao intervalo intrajornada, prevista no art. 71 da CLT, por constituir-se em medida de higiene, saúde e segurança do empregado, é aplicável também ao *ferroviário maquinista integrante da categoria 'c' (equipagem de trem em geral)*, não havendo incompatibilidade entre as regras inscritas nos arts. 71, § 4º, e 238, § 5º, da CLT.” (grifo nosso)

Apesar da total discordância, no estudo em tela, quanto aos fundamentos jurídicos que consubstanciaram a criação da Súmula nº 446 do TST<sup>30</sup>, por ferir o princípio da especialidade e romper com a harmonia de um microsistema jurídico, é lógico inferir que o precedente da SDI-1 do TST encontra-se em um patamar inferior ao entendimento de uma súmula, aprovada pelo Pleno daquela Corte, ou como leciona João Batista Brito Pereira, a criação de súmulas pressupõe a existência de jurisprudência já pacificada ou pronunciamento em incidente de uniformização, analisado a partir do exame de um caso concreto acerca da interpretação do Direito, levando-se em consideração a jurisprudência sobre idêntica matéria. Reforça seu entendimento na formulação de que a súmula, por si só, não cria direito, mas apenas retrata a jurisprudência dominante do tribunal.

29 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92.

30 SANTOS FILHO, José Bispo dos. *Intervalo intrajornada do maquinista: análise crítica da Súmula nº 446 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)*. 2015. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

## 5 – O maquinista como integrante da Categoria “C”, com base em critérios de hermenêutica doutrinária, histórica e jurisprudencial

Mediante análise da doutrina, inclusive, contemporânea, sobre o enquadramento dos maquinistas na categoria veiculada na alínea “c” do art. 237 da CLT, constata-se que objetivo desse dispositivo legal seria alcançar os empregados que acompanham a composição (leia-se locomotivas e vagões), característica que não se acha presente nas outras atividades previstas nas demais alíneas.

Ao tratar sobre algumas particularidades dessa categoria (horas extras, intervalo interjornada e turnos de revezamento), Homero Batista Mateus da Silva<sup>31</sup> é categórico ao afirmar que o maquinista ou cabineiro pertence ao pessoal da categoria “c” do art. 237, conferindo-lhes ainda mais três peculiaridades instituídas pelo art. 239.

Do mesmo modo, é o entendimento compartilhado por Maurício Pereira Simões<sup>32</sup>, ao tratar da interpretação do art. 239 da CLT: “o artigo em análise trata do excesso de jornada da categoria “c”, assim entendido o pessoal de operação, na classe das equipagens de trem – maquinistas, portanto”.

No mesmo sentido, é o posicionamento do saudoso Ministro Arnaldo Lopes Sússekind, que honra com o seu nome o Plenário do TST, acompanhado do prof. Luiz Inácio Barbosa Carvalho, que se equipara ao critério de interpretação autêntica do texto consolidado, nos seguintes termos:

“É claro, como água cristalina, que os maquinistas só podem ser enquadrados na categoria ‘c’, referente ao pessoal que constitui a equipe de empregados que operam nas locomotivas e vagões, isto é, ‘nas equipagens de trens em geral’. Absurdo e ilógico seria o enquadramento desses ferroviários em quaisquer das demais categorias de que trata o art. 237 da Consolidação.”<sup>33</sup>

Com idêntico viés, considerando o valor constitucional dos instrumentos coletivos do trabalho (art. 7º, inciso XXVI, da CFRB/88), cita-se como exemplo de aplicação das normas vinculadas à categoria “c” aos maquinistas, em especial à regra do art. 239, § 4º, da CLT<sup>34</sup>, que regulamenta um documento

31 SILVA, *op. cit.*, p. 61.

32 SIMÕES, *op. cit.*, p. 56

33 SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Consultoria Trabalhista Sússekind – Parecer*. Rio de Janeiro: [s.n.], 7 dez. 2007.

34 “Art. 239. Para o pessoal da categoria “c”, a prorrogação do trabalho independe de acordo ou contrato coletivo, não podendo, entretanto, exceder de 12 (doze) horas, pelo que as empresas organizarão, sempre

conhecido como cadernetas especiais da categoria “c”, cita-se uma cláusula prevista no Acordo Coletivo do Trabalho, celebrado entre o Sindicato dos Trabalhadores e Empresas Ferroviárias de Belo Horizonte – STEFBH e Vale S.A.<sup>35</sup>, que assim dispõe:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – Registro de Atividades de Maquinistas de Viagem

A Vale manterá o registro as atividades realizadas pelos maquinistas no sistema denominado EQUIPFER ou outro que vier substituí-lo. As informações das atividades realizadas serão utilizadas para apuração dos adicionais vinculados ao registro de frequência do empregado.

A Vale disponibilizará aos maquinistas os recursos necessários para permitir o acompanhamento e fiscalização dos registros destas atividades, tais como:

- a) Acesso ao sistema através de senha individual e intransferível;
- b) Autorização de consulta aos registros de sua matrícula;
- c) Microcomputadores nas salas de vivência dos maquinistas;
- d) Equipamentos telemóveis ligados à rede mundial (internet);
- e) Treinamento eletrônico (*online*) das funcionalidades do sistema e sua forma de utilização aos novos empregados;
- f) Não haverá limitação da quantidade de acessos das consultas realizadas no sistema.

Os registros realizados pelo próprio empregado serão de sua responsabilidade, devendo refletir a verdade das atividades realizadas e estarão sujeitas a auditorias internas no sistema.

Mensalmente um relatório impresso das atividades realizadas no sistema, será emitido em duas vias, onde o empregado fará a conferência dos seus dados constantes no documento, devolvendo a empresa uma via datada e assinada.

---

que possível, os serviços de equipagens de trens com destacamentos nos trechos das linhas de modo a ser observada a duração normal de oito horas de trabalho. (...) § 4º Os períodos de trabalho do pessoal a que alude o presente artigo serão registrados em cadernetas especiais, que ficarão sempre em poder do empregado, de acordo com o modelo aprovado pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.”

35 STEFBH. *Acordo Coletivo de Trabalho – 2019-2020*. Disponível em: <<http://www.stefbh.org.br/attachments/article/121/ACT%20Espec%C3%ADfco%202019-2020%20%20-image2019-07-11-095016.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2019.

## DOCTRINA

a) Havendo discordância em relação às informações presentes no relatório caberá ao Supervisor, juntamente com o empregado, promover o acerto dos dados no Sistema de forma a garantir a correta apuração dos eventos de frequência ao empregado.

b) A conferência dos registros deverá ser realizada pelo empregado antes da data de fechamento da frequência do período.

c) Uma vez submetido ao sistema de frequência os registros das atividades realizadas não mais serão mutáveis.

A Vale manterá a substituição da caderneta preenchida manualmente pelo empregado (Folha de Ponto Categoria ‘C’) pelo relatório impresso com as informações registradas no Sistema eletrônico.”

Assim, portanto, justifica-se o enquadramento do maquinista na alínea *c* do art. 237 da CLT, sobretudo, com o objetivo de assegurar a higidez do microsistema jurídico de proteção previsto no art. 239 da CLT, e comumente aplicado pela doutrina, jurisprudência e negociações coletivas, assegurando, então, aos trabalhadores dessa função diversos direitos, tais como: (i) repouso mínimo de 10 horas após cada jornada (§ 1º do art. 239 da CLT); (ii) imposição de fornecimento de alimentação em viagem e hospedagem, se for caso ajude custo para atender a essas despesas (§ 2º do art. 239 da CLT); (iii) a garantia legal, que prescreve que, em cada quinzena, o total de horas de serviços noturno seja inferior aos jornadas diurnas (§ 3º do art. 239 da CLT); registro de jornada em documentos validados pelo Ministério do Trabalho ou fixado em instrumentos coletivos (§ 4º do art. 239 da CLT).

## 6 – Conclusão

Como foi visto neste estudo, os maquinistas são, historicamente, enquadrados pela doutrina e jurisprudência dominantes como trabalhadores elegíveis aos critérios fixados pela alínea *c* do art. 237 da CLT, tendo em vista que o escopo do texto legal visou abranger e proteger o grupo de trabalhadores que operam nas locomotivas e vagões, isto é, “nas equipagens de trens em geral”.

Todavia a jurisprudência do C. TST afigura-se contraditória na medida em que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em precedente pautado exclusivamente por um critério, equivocado e falho de interpretação gramatical, enquadra os maquinistas no dispositivo previsto na alínea *b* do art. 237 da CLT (“pessoal de tração”), na contramão da doutrina e jurisprudência, sobretudo, do entendimento do Tribunal Pleno, ao editar o enunciado da Súmula nº 446, editada em 17.12.2013, que

classifica o *ferroviário maquinista integrante da categoria “c” (equipagem de trem em geral)*.

Diante do exposto, espera-se com o presente estudo, na forma de contribuição crítica, que o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho reveja o posicionamento historicamente adotado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, com o intuito de uniformizar e corrigir a distorção interpretativa no enquadramento da função de maquinista, visto que, onde existem fatos idênticos, devem prevalecer idênticos direitos como parâmetros de equidade e justiça.

### Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais do trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 4 out. 2019.

FRACARRO, Gláucia Cristina Candian. *Morigerados e revoltados: trabalho e organização de ferroviários da Central do Brasil e da Leopoldina (1889-1920)*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Estadual de Campinas, Campinas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PISTORI, Gerson Lacerda. Os intervalos intrajornada e entrejornada no transporte ferroviário. In: GRANCONATO, Marcio Mendes; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Contratos de trabalho no setor de transporte*. São Paulo: LTr, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 43. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS FILHO, José Bispo dos. *Intervalo intrajornada do maquinista: análise crítica da Súmula nº 446 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)*. 2015. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho: livro das profissões regulamentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 4.

SIMÕES, Maurício Pereira. O contrato de trabalho no transporte ferroviário moderno. In: GRANCONATO, Marcio Mendes; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). *Contratos de trabalho no setor de transporte*. São Paulo, LTr, 2014.

## DOCTRINA

STEFBH. *Acordo Coletivo de Trabalho – 2019-2020*. Disponível em: <<http://www.stefbh.org.br/attachments/article/121/ACT%20Espec%C3%ADfico%202019-2020%20%20-image2019-07-11-095016.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes *et al.* *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1943. v. I.

\_\_\_\_\_. *et al.* *Instituições do direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. ; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Consultoria Trabalhista Süssekind – Parecer*. Rio de Janeiro: [s.n.], 7 dez. 2007.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (TRT). 3ª Região, 1ª Turma. *RO 0000118-89.2010.5.03.0139*, Rel. Marcus Moura Ferreira; Rev. Maria Laura Franco Lima de Faria, DEJT 13.08.2010. Disponível em: <[www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br)>. Acesso em: 4 out. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Agravo de Instrumento 1000398-44.2017.5.02.0036*, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 12.06.2019, 8ª Turma, DEJT 14.06.2019. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 4 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Embargos em Recurso de Revista 630990-92.2000.5.01.5555*, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 13.02.09). Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 4 out 2019.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 26/02/2020

**LEX** MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

