

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**



**n. 56
2020**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefones: (19) 3731-1600 / (19) 3236-2100

<https://trt15.jus.br/>

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927

Telefone: (19) 3731-1683

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas

E-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br

Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040

Catálogo na Fonte elaborada pela
Seção de Biblioteca/TRT 15ª Região
Emmannuela Freitas de Caldas - CRB 8-9565

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola
Judicial do TRT - 15ª Região ; n. 1, jul./dez. 1991-. Campinas/
SP, 1991

Semestral

n. 56, jan./jun. 2020

ISSN 1679 - 8694

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do
Trabalho - Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos
- Brasil. I. Brasil. Escola Judicial.

CDU - 34:331(81)

347.998.72(81)

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

Coordenação: Desembargador Carlos Alberto Bosco

Colaboradores da organização desta edição:

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Denise Pereira Toniolo

Elizabeth de Oliveira Rei

Transcrições para o inglês:

Silvia Regina Guerino

Capa: Marisa Batista da Silva

Projeto gráfico: Ana Paula Takaki

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
é distribuída nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:

Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Superior do Trabalho
Superior Tribunal Militar
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Biblioteca Nacional
Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca da OIT - Brasília
Biblioteca do Ministério Público do Trabalho
Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara - UNIARA
Biblioteca da Faculdade Adamantina Integrada
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas - FAC
Biblioteca da Faculdade de Campinas - FACAMP
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - FADAP - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da FAAP - São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itu
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - FADIMA
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEOB
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas - METROCAMP
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca das Faculdades Claretianas - Rio Claro
Biblioteca das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" - UniToledo de Presidente Prudente
Biblioteca das Faculdades Integradas Cantareira - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas - Guarulhos
Biblioteca das Faculdades Integradas - Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Biblioteca das Faculdades Integradas Rui Barbosa de Andradina
Biblioteca das Faculdades Integradas - UPIS
Biblioteca das Faculdades Radial - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca da Fundação Educacional Dr. Raul Bauab - Jau
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes - UBC
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Descalvado
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul de São Paulo
Biblioteca da Universidade de Brasília - UNB
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Universidade de Mogi das Cruzes - UMC
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade de Taubaté - UNITAU
Biblioteca da Universidade do Grande ABC - Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista - Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - Jacareí
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Santa Bárbara d'Oeste
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Sorocaba
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO - Salvador
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Francisco - Campinas
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo
Biblioteca do Centro de Ensino Superior de São Gotardo - CESC
Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal
Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme
Biblioteca do Centro Universitário Capital São Paulo

Biblioteca do Centro Universitário Católico Auxilium - UniSalesiano
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas
Biblioteca do Centro Universitário de Araras
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio - UNICERP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário FIEO - Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat - Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda - Ribeirão Preto
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Americana
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Campinas
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Lorena
Biblioteca do Centro Universitário Toledo de Araçatuba - UniToledo
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas - ISCA - Limeira
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE
Biblioteca do TRT da 1ª Região
Biblioteca do TRT da 2ª Região
Biblioteca do TRT da 3ª Região
Biblioteca do TRT da 4ª Região
Biblioteca do TRT da 5ª Região
Biblioteca do TRT da 6ª Região
Biblioteca do TRT da 7ª Região
Biblioteca do TRT da 8ª Região
Biblioteca do TRT da 9ª Região
Biblioteca do TRT da 10ª Região
Biblioteca do TRT da 11ª Região
Biblioteca do TRT da 12ª Região
Biblioteca do TRT da 13ª Região
Biblioteca do TRT da 14ª Região
Biblioteca do TRT da 16ª Região
Biblioteca do TRT da 17ª Região
Biblioteca do TRT da 18ª Região
Biblioteca do TRT da 19ª Região
Biblioteca do TRT da 20ª Região
Biblioteca do TRT da 21ª Região
Biblioteca do TRT da 22ª Região
Biblioteca do TRT da 23ª Região
Biblioteca do TRT da 24ª Região
Editora Champanhat - Curitiba
Escola Judicial do TRT da 1ª Região
Escola Judicial do TRT da 2ª Região
Escola Judicial do TRT da 3ª Região
Escola Judicial do TRT da 4ª Região
Escola Judicial do TRT da 5ª Região
Escola Judicial do TRT da 6ª Região
Escola Judicial do TRT da 7ª Região
Escola Judicial do TRT da 8ª Região
Escola Judicial do TRT da 9ª Região
Escola Judicial do TRT da 10ª Região

Escola Judicial do TRT da 11ª Região
Escola Judicial do TRT da 12ª Região
Escola Judicial do TRT da 13ª Região
Escola Judicial do TRT da 14ª Região
Escola Judicial do TRT da 16ª Região
Escola Judicial do TRT da 17ª Região
Escola Judicial do TRT da 18ª Região
Escola Judicial do TRT da 19ª Região
Escola Judicial do TRT da 20ª Região
Escola Judicial do TRT da 21ª Região
Escola Judicial do TRT da 22ª Região
Escola Judicial do TRT da 23ª Região
Escola Judicial do TRT da 24ª Região
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EXTERIOR

Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Études Internationales, Européennes et Comparatives de L'Université Paris I -

Panthéon-Sorbonne - Paris

Université Cergy Pontoise - Cergy

Portugal

Consulado Geral do Brasil em Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto

Embaixada do Brasil em Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalício

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Ministério da Educação - Lisboa

Ordem dos Advogados - Lisboa

Uruguai

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Universidad de la República - Facultad de Derecho - Montevideo

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa - Diretora
Des. Carlos Alberto Bosco - Vice-diretor

CONSELHO EDITORIAL

Des. Carlos Alberto Bosco - Editor-chefe

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Des. José Otávio de Souza Ferreira

Des. Luis Henrique Rafael

Juiz Júlio César Marin do Carmo

Juiz Manoel Luiz Costa Penido

Exterior

Argentina

Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Córdoba

Espanha

Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla

Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid

França

Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy

Portugal

Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa

Uruguai

Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la República
- Montevideo

CONSELHO TÉCNICO

Pareceristas Nacionais

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fabio Grasselli

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. João Batista Martins César

Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo

Des. Fábio Allegretti Cooper

Juíza Olga Regiane Pilegis

Juiz Marco Antonio de Souza Branco

Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Flávio Landi

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira

Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

Juiz José Guido Teixeira Junior

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

Juíza Candy Florencio Thomé

Juíza Rosilene da Silva Nascimento

Pareceristas Internacionais

Argentina

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidad de Córdoba

Professor Adrián Goldin - Universidad de San Andrés

Colômbia

Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar - Universidad La Gran Colombia

Espanha

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidad de Sevilla

Professora Icíar Alzaga Ruiz - Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid

Professor Miguel Cardenal Carro - Universidad de Extremadura

Professor David Montoya Medina - Universidad de Alicante

Itália

Professor Alberto Levi - Universidade de Módena e Reggio Emília

Portugal

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE	Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes
VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO	Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
VICE-PRESIDENTE JUDICIAL	Tereza Aparecida Asta Gemignani
CORREGEDOR REGIONAL	Manuel Soares Ferreira Carradita
VICE-CORREGEDORA REGIONAL	Maria Madalena de Oliveira
OUVIDOR	Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
VICE-OUVIDOR	Helcio Dantas Lobo Junior

DESEMBARGADORES DO TRABALHO

(em 3.3.2020)

José Pedro de Camargo R. de Souza	José Otávio de Souza Ferreira
Olga Aida Joaquim Gomieri	Ana Paula Pellegrina Lockmann
Eduardo B. de Oliveira Zanella	Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Luiz Antonio Lazarim	Helcio Dantas Lobo Junior
Luiz Roberto Nunes	Eder Sivers
Lorival Ferreira dos Santos	Antonia Regina Tancini Pestana
Manuel Soares Ferreira Carradita	Eleonora Bordini Coca
Fernando da Silva Borges	Carlos Alberto Bosco
Gerson Lacerda Pistori	João Batista Martins César
Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho	Luiz Felipe P. da Luz Bruno Lobo
Gisela R. M. de Araujo e Moraes	Fábio Allegretti Cooper
Edmundo Fraga Lopes	Maria Inês Corrêa de C. César Targa
Tereza Aparecida Asta Gemignani	Edison dos Santos Pelegrini
Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla	Luciane Storel
Thomas Malm	Ricardo Antonio de Plato
Susana Graciela Santiso	Ricardo Regis Laraia
Samuel Hugo Lima	Wilton Borba Canicoba
Maria Madalena de Oliveira	José Carlos Ábile
Fabio Grasselli	Rosemeire Uehara Tanaka
Erodite Ribeiro dos Santos	Luis Henrique Rafael
Dagoberto Nishina de Azevedo	Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Thelma Helena M. de Toledo Vieira	Jorge Luiz Souto Maior
Manoel Carlos Toledo Filho	Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim
Antonio Francisco Montanagna	João Batista da Silva
Rita de Cássia Penkal B. de Souza	Maria da Graça Bonança Barbosa
Francisco A. da M. Peixoto Giordani	Fábio Bueno de Aguiar
João Alberto Alves Machado	Orlando Amâncio Taveira
Claudinei Zapata Marques	

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes (Presidente)

Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella

Des. Luiz Antonio Lazarim

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani

Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Maria Madalena de Oliveira

Des. Fabio Grasselli

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Claudinei Zapata Marques

Des. Helcio Dantas Lobo Junior

Des. Antonia Regina Tancini Pestana

Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa

Des. Luciane Storel

Des. Wilton Borba Canicoba

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes (Presidente)

Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Antonio Francisco Montanagna

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Eder Sivers

Des. João Batista Martins César

Des. Wilton Borba Canicoba

Des. Rosemeire Uehara Tanaka

Des. Luis Henrique Rafael

Des. Jorge Luiz Souto Maior

Des. Maria da Graça Bonança
Barbosa

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luiz Antonio Lazarim
(Presidente)

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes

Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla

Des. Erodite Ribeiro dos Santos

Des. Dagoberto Nishina de Azevedo

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza

Des. Claudinei Zapata Marques

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

Des. Carlos Alberto Bosco

Des. Fábio Allegretti Cooper

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luciane Storel
(Presidente)

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho

Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nóbrega de Almeida
Filho
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Ricardo Regis Laraia
Des. José Carlos Ábile
Des. João Batista da Silva
Des. Fábio Bueno de Aguiar
Des. Orlando Amâncio Taveira

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza (Presidente)
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Thomas Malm
Des. Susana Graciela Santiso
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Fabio Grasselli
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
(Presidente da 1ª Câmara)
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Ricardo Antonio de Plato

Des. José Carlos Ábile
Des. Fábio Bueno de Aguiar

Segunda Câmara

Des. Wilton Borba Canicoba
(Presidente da Turma e da 2ª Câmara)
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Susana Graciela Santiso
Des. José Otávio de Souza Ferreira

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Antonia Regina Tancini Pestana
(Presidente da 3ª Câmara)
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Rosemeire Uehara Tanaka

Quarta Câmara

Des. Eleonora Bordini Coca (Presidente
da Turma e da 4ª Câmara)
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza
Des. Larissa Carotta Martins da Silva
Scarabelim

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
(Presidente da 5ª Câmara)
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Madalena de Oliveira

Sexta Câmara

Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani
(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)
Des. Fábio Allegretti Cooper
Des. Jorge Luiz Souto Maior
Des. João Batista da Silva
Des. Maria da Graça Bonança Barbosa

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Carlos Alberto Bosco
(Presidente da Turma e da 7ª Câmara)
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Des. Luciane Storel
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes

Oitava Câmara

Des. Luiz Roberto Nunes
(Presidente da 8ª Câmara)
Des. Thomas Malm
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Orlando Amâncio Taveira

5ª TURMA

Nona Câmara

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira
(Presidente da 9ª Câmara)
Des. José Pedro de Camargo Rodrigues
de Souza
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa

Décima Câmara

Des. Fabio Grasselli
(Presidente da Turma e da 10ª Câmara)

Des. Fernando da Silva Borges
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Ricardo Regis Laraia

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Luis Henrique Rafael

JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

(em 3.3.2020)

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Alexandre Vieira dos Anjos	Cajuru
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Mari Angela Pelegrini	Santa Bárbara d'Oeste	Fernanda Cavalcanti V. Gaetano	Bebedouro
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiá	Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
Regina D. G. de Faria Monegatto	Atibaia	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto	Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Marcelo Garcia Nunes	5ª São José dos Campos	Cristiane Montenegro Rondelli	7ª Campinas
Marcos da Silva Pôrto	9ª Campinas	André Luiz Alves	3ª Bauru
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas	Leandra da Silva Guimarães	Amparo
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba	Patrícia Glugovskis P. Martins	Mogi Mirim
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto	Lúcia Zimmermann	1ª Jundiá
Margarete A. Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva	Luís Rodrigo Fernandes Braga	Araras
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos	Laura Bittencourt F. Rodrigues	2ª Americana
Ana Cláudia Torres Vianna	6ª Campinas	Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi	Ana Paula Alvarenga Martins	1ª Americana
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça	Evandro Eduardo Maglio	Mococa
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto	Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras	Alexandre Garcia Muller	1ª Marília
Cláudia Cunha Marchetti	2ª Paulínia	Arilda Cristiane S. de P. Calixto	Cravinhos
Olga Regiane Pilegis	11ª Campinas	Cássia Regina Ramos Fernandes	1ª São José dos Campos
Jorge Antonio dos Santos Cota	Itatiba	Júlio César Marin do Carmo	2ª Lençóis Paulista
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia	Denise Ferreira Bartolomucci	2ª São José dos Campos
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade	Andréia de Oliveira	2ª Taubaté
Levi Rosa Tomé	Itu	Alzeni A. de Oliveira Furlan	Indaiatuba
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Alessandro Tristão	Fernandópolis
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Alvaro dos Santos	Hortolândia
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho	Sandro Valério Bodo	2ª Bauru
André da Cruz e Souza Wenzel	Aparecida	Nelma P. G. Sant'Anna Ferreira	1ª Presidente Prudente
Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga	Marcus M. Barberino Mendes	São Roque
Marcelo Carlos Ferreira	Salto	Gislene Aparecida Sanches	4ª São José dos Campos
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho	Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Jacaré
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva	Tânia Aparecida Claro	Guaratinguetá
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas	Pedro Edmilson Pilon	São José do Rio Pardo
Luiz Antonio Zanqueta	Lins	Valdir Rinaldi Silva	4ª Sorocaba
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto	Isabela Tóffano de C. Leite Pereira	3ª Piracicaba
Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas	Renato da Fonseca Janon	1ª Lençóis Paulista
Dora Rossi Góes Sanches	2ª Jacaré	Márcia Cristina Sampaio Mendes	5ª Ribeirão Preto
José Antônio R. de Oliveira Silva	6ª Ribeirão Preto	Kathleen Mecchi Zarins Stamato	3ª Jundiá
Flávio Landi	2ª Campinas	Andréia Alves de Oliveira Gomide	1ª Franca
Marina de Siqueira F. Zerbinatti	3ª Campinas	José Antônio Gomes de Oliveira	Jales
Marco Antônio Macedo André	Andradina	Valéria Cândido Peres	Caraguatatuba
Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba	Daniela R. R. Ferreira Borges	Olímpia
Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca	Alan Cezar Runho	Matão
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté	Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina
Renata dos Reis D'Ávila Calil	Capivari	Fernanda C. de Moraes Fonseca	Itapira
Juliana Benatti	8ª Campinas	Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro
Luciana Nasr	4ª Campinas	Marcelo Bueno Pallone	Campo Limpo Paulista
Ana Cláudia P. Ferreira de Lima	1ª Bauru	Renato César Trevisani	Ituverava

<u>Nome</u>	<u>Vara do Trabalho</u>	<u>Nome</u>	<u>Vara do Trabalho</u>
Henrique Macedo Hinz	2ª Limeira	Flávio Henrique Garcia Coelho	2ª Assis
Wilson Cândido da Silva	Lorena	Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	2ª Araçatuba
Decio U. Matoso Rodovalho	Sumaré	Andréa Maria Pfrimer Falcão	1ª Jaboticabal
Azael Moura Junior	Bragança Paulista	Débora Wust de Proença	São Sebastião
Cleber Antonio Grava Pinto	Penápolis	Vinicius Magalhães Casagrande	Itanhaém
Rosana Alves	Porto Ferreira	Clóvis Victorio Júnior	1ª Araçatuba
Ana Paula Silva Campos Miskulin	José Bonifácio	Fernando L. U. Martins dos Santos	1ª São Carlos
Rodarte Ribeiro	Barretos	Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Cruzeiro
Mauricio de Almeida	2ª Jaú	José Antonio Dosualdo	2ª Jaboticabal
Ana Lucia Cogo Casari C. Ferreira	1ª Araraquara	Maria Flávia R. de Oliveira Alaite	1ª Limeira
Alexandre Alliprandino Medeiros	São Joaquim da Barra	André Luiz T. de Castro Pereira	Pirassununga
João Baptista Cilli Filho	4ª Ribeirão Preto	Rogério Princivalli da Costa Campos	Pindamonhangaba
Rodrigo Penha Machado	Orlândia	Ana Maria Eduardo da Silva	2ª Sorocaba
Marcelo Siqueira de Oliveira	Ourinhos	Regina Rodrigues Urbano	Leme
Candy Florencio Thomé	1ª Sorocaba	João Batista de Abreu	Mogi Guaçu
Sandra Maria Zirondi	Votuporanga	Antonio Carlos C. de Oliveira	3ª Araçatuba
Conceição A. R. de Petribu Faria	2ª Araraquara	Carlos Eduardo Vianna Mendes	Botucatu
Cecy Yara Tricca de Oliveira	3ª Sorocaba	Diovana Bethânia O. I. Fabreti	Tietê
Lucineide Almeida de L. Marques	1ª Jaú	Solange Denise Belchior Santaella	Tatuí
Elen Zoraide Módolo Jucá	Birigui	Mércio Hideyoshi Sato	Presidente Venceslau
Teresa Cristina Pedrasi	Itapetininga	Wellington Amadeu	Santa Cruz do Rio Pardo
Manoel Luiz Costa Penido	Caçapava	Ricardo Luís Valentini	2ª São Carlos
Paulo B. C. de Almeida Prado Bauer	4ª Bauru	Thiago Henrique Ament	Registro

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 3.3.2020)

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo César dos Santos	São José dos Campos	Josué Cecato	Bauru
Marcos Roberto Wolfgang	Bauru	Rafael Marques de Setta	Campinas
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Érica Escarassatte	Campinas
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Ana Flávia de M. Garcia Cuesta	Campinas	Ricardo Luís da Silva	Sorocaba
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba	Andréia N. Rossilho de Lima	Presidente Prudente
João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas	Ana Missiati de Barros Pimentel	Campinas
Marco Antonio F. de Rezende	São José dos Campos	Luís Furian Zorzetto	São José do Rio Preto
Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos	Patricia Juliana Marchi Alves	Campinas
André Luiz M. Azevedo Sette	Campinas	Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Lays Cristina de Cunto	Campinas
Christina Feuerharmel Vellozo	Campinas	Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
Maurício Matsushima Teixeira	São José dos Campos	Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Ronaldo Capelari	Campinas	Vanessa Maria S. Villanova Matos	Presidente Prudente
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas	Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas
Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas	Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto
Aparecido Batista de Oliveira	Campinas	Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas	Natália Scassiotta N. Antoniassi	Campinas
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto	Francieli Pissoli Mendonça	Ribeirão Preto
Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba	Zilah Ramires Ferreira	Bauru
Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos	Andressa Venturi da C. Weber	Ribeirão Preto
Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru	Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba	Sofia Lima Dutra	Campinas
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba	Gothardo R. B. Van Buggenhout	São José dos Campos
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos	Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas
Paulo Henrique C. Martinez	Ribeirão Preto	Alessandra R. Trevisan Lambert	Campinas
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto	Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Camila Moura de Carvalho	Campinas	Cláudia Bueno Rocha Chiuuzuli	Ribeirão Preto
Alexandre Klimas	São José dos Campos	Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos
Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos	Erika Ferrari Zanella	Campinas
Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto	Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas	Pablo Souza Rocha	Campinas
Camila Ceroni Scarabelli	Campinas	Karine Vaz de M. Mattos Abreu	Campinas
Fábio Natali Costa	Ribeirão Preto	Reginaldo L. Pierrotti Junior	São José dos Campos
Newton Cunha de Sena	Campinas	Daniele Comin Martins	Bauru
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto	Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto	Anderson Relva Rosa	Ribeirão Preto
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto	Régis Antônio Bersanin Niedo	Presidente Prudente
Arthur Albertin Neto	Araçatuba	Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas	Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto
Patricia Maeda	Campinas	Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas
Edson da Silva Junior	Bauru	Eliete Thomazini Pala	Sorocaba
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto	Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto
Mariângela Fonseca	Bauru	Mônica Rodrigues Carvalho Rossi	Ribeirão Preto
Luciano Brisola	Sorocaba	Vinícius de Miranda Taveira	Campinas
Rogério José Perrud	Presidente Prudente	Camila Ximenes Coimbra	Campinas

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Renato Clemente Pereira	Bauru	Flavia Farias de Arruda Corseuil	Campinas
Veranici Aparecida Ferreira	Campinas	Bruno da Costa Rodrigues	São José dos Campos
Leandro Renato Catelan Encinas	São José dos Campos	Francina Nunes da Costa	São José dos Campos
Karina Suemi Kashima	Ribeirão Preto	Rômulo Tozzo Techio	Bauru
Carolina Sferra Croffi Heinemann	Campinas	Jeferson Peyerl	Bauru
Renata Carolina Carbone Stamponi	Bauru	Vilson Antonio Previde	Campinas
José Augusto de A. P. F. de Castilho	Bauru	Paula Araújo Oliveira Levy	Campinas
Bruna Müller Stravinski	Campinas	Daniel Rezende Faria	Ribeirão Preto
Gustavo Zabeu Vasen	Campinas	Tábata Gomes Macedo de Leitão	Araçatuba
Adriane da Silva Martins	Sorocaba	Fernanda Constantino de Campos	Campinas
Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto	Fabio Trifiatis Vitale	Campinas
Amanda Sarmento Gakiya Walraven	Ribeirão Preto	Cristiane Helena Pontes	Campinas
Renata Mendes C. de Castro Pereira	Campinas	Rinaldo Soldan Joazeiro	São José do Rio Preto
Cauê Brambilla da Silva	Bauru	Francisco Duarte Conte	Sorocaba
Ana Paula Sartorelli Brancaccio	Sorocaba	Gilvandro de Leis Oliveira	Ribeirão Preto
Paula Rodrigues de Araujo Lenza	Ribeirão Preto	Ricardo Henrique B. de Mesquita	Ribeirão Preto
Daniele Fernandes dos Santos	Campinas	Priscila Pivi de Almeida	Campinas
Rafael de Almeida Martins	Campinas	Elise Gasparotto de Lima	Araçatuba
Fábio Camera Capone	Campinas	Luciene Tavares Teixeira	Campinas
César Reinaldo Offa Basile	Ribeirão Preto	Cristiane Barbosa Kunz	Presidente Prudente
Lady Ane de Paula S. Della Rocca	Campinas	Ananda Tostes Isoni	Bauru
Gustavo Naves Guimarães	Sorocaba	Lucas Freitas dos Santos	Ribeirão Preto
Guilherme Camurça Filgueira	Sorocaba	Camila Trindade Valio Machado	Ribeirão Preto
Bernardo Moré Frigeri	São José dos Campos	Gabriel Calvet de Almeida	Bauru
Fred Morales Lima	Ribeirão Preto	Everton Vinícius da Silva	Bauru
Rodrigo de Mattos Takayassu	Ribeirão Preto	Paula Cristina Caetano da Silva	Campinas
Fernanda Frare Ribeiro	Campinas	Lucas Falasqui Cordeiro	Campinas
Mariana Cavarra Bortolon Varejão	Campinas	Sandro Matucci	Sorocaba
Carolina Popoff Ferreira da Costa	Sorocaba	Bruno Furtado Silveira	Campinas
Michele do Amaral	Campinas	Thiago Nogueira Paz	Ribeirão Preto
Marcel de Avila Soares Marques	São José do Rio Preto	Luiza Helena Roson	São José dos Campos
Maurício Brandão de Andrade	São José do Rio Preto	Bianca Cabral Doricci	Ribeirão Preto
Pedro Henrique B. S. de Oliveira	Ribeirão Preto	Adélia Weber L. Almeida Faria	Ribeirão Preto
Mouzzart Luis Silva Brenes	Presidente Prudente	Fábio César Vicentini	Ribeirão Preto
Eduardo Costa Gonzales	Araçatuba	Angela Naira Belinski	São José do Rio Preto
Érika de Franceschi	Campinas	Cléa Ribeiro	São José dos Campos
Érika Rodrigues Pedreus Morete	Presidente Prudente	Alexandre Silva de Lorenzi Dinon	São José dos Campos
José Rodrigues da Silva Neto	São José do Rio Preto	Priscila Gil de Souza Murad	São José do Rio Preto
Letícia Helena Juiz de Souza	Ribeirão Preto	Samanta Iansen Falleiros	São José do Rio Preto
Rodrigo Fernando Sanitá	São José do Rio Preto	Aluisio Teodoro Falleiros	São José do Rio Preto
Ricardo Philipe dos Santos	Campinas	Fernando Rodrigues Carvalho	São José do Rio Preto
Edma Alves Moreira	Bauru	Walkiria Aparecida Ribeiro	Araçatuba
Otávio Lucas de Araújo Rangel	São José dos Campos	Larissa Rabello S. Tavares Costa	São José do Rio Preto
Marcio Cavalcanti Camelo	Ribeirão Preto	Afrânio Roberto P. Alves Seixas	Sorocaba
Virgílio de Paula Bassanelli	São José do Rio Preto	Elaine Pereira da Silva	Sorocaba
Eduardo Alexandre da Silva	Campinas	José Aguiar Linhares Lima Neto	Campinas
Táisa Magalhães de O. S. Mendes	Campinas	Gabriel Borasque de Paula	São José dos Campos

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

REVOLUÇÃO 4.0	23
MOREIRA, Teresa Coelho	

ARTIGOS

Doutrina Nacional

A UTILIZAÇÃO DO SEGURO GARANTIA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPÓSITO RECURSAL: reflexões à luz da Lei n. 13.467/2017 e do Ato TST.CSJT.CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019	63
FACCIOLI, Pedro Henrique Godinho	
TEMA 1046 DO STF: análise contextual.....	85
TOLEDO FILHO, Manoel Carlos	
A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE FIM E A (DES)PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS	97
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira	
A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NAS ESCALAS DE 12X36 HORAS.....	127
BELUTTO, Renan Martins Lopes	
A TEORIA DOS JOGOS E A ESTRATÉGIA DA COOPERAÇÃO.....	145
JANON, Renato da Fonseca	
A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO ASSISTENCIAIS E SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO	165
PEREIRA, Paulo Henrique Motta; LARAIA, Ricardo R.	
ARTIGO 507-A DA CLT: embrião de uma nova tendência?	175
DALASTTI, Michel Henrique	

BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O TELETRABALHO NA FRANÇA E NO BRASIL	201
GAURIAU, Rosane	

Doutrina Internacional

DIREITO À MENTIRA DO TRABALHADOR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL?	219
BARBOSA, Mafalda Miranda	
SOBRE OS PIQUETES DE GREVE: entre Mike Tyson e Mahatma Gandhi	237
AMADO, João Leal	

Trabalhos do Meio Científico

O CARÁTER SUBJETIVO NAS RESTRIÇÕES DE ACESSO À INFORMAÇÃO	253
MAZI, Lílian Rodrigues; BADAWI, Karina Bonetti	
ASSÉDIO MORAL E SEXUAL SOBRE AS MULHERES NO AMBIENTE LABORAL	275
TARDA, Beatriz Fernanda	

JURISPRUDÊNCIA

Ementas	293
Súmulas e Teses Prevalentes	319

ATOS NORMATIVOS

Atos normativos	323
-----------------------	-----

ÍNDICE

Ementário	327
Onomástico	336

Normas para submissão e publicação	343
---	-----

EDITORIAL

Quando você, querido leitor, no conforto do seu escritório ou no aconchego de sua casa, abrir uma página desta Revista, pense, como o fez Joãozinho, do Conto Infantil **João e Maria** dos Irmãos Grimm, na necessidade de deixar a sua marca para não se perder na leitura dos textos que integram esta Revista. Portanto, espalhe, no caminhar das leituras, as suas “pedrinhas” de percepção!

O conjunto de textos que integram este exemplar em suas mãos é fruto de um trabalho coletivo, realizado com muito afeto e por muitas pessoas, que se dedicaram com afinco para que o resultado fosse satisfatório e eficaz. E asseguro que se trava aqui um diálogo ético e afetuoso com você, uma vez que a preocupação maior é com a linguagem, que você possa compreender em sua caminhada de aprimoramento cultural.

Os temas abordados são atualíssimos e oportunos, sobretudo porque sintonizados com as diversas mudanças legislativas que vêm ocorrendo nos últimos tempos - a Reforma Trabalhista, que completou o seu primeiro aniversário de vigência em 11.11.2018, e o seu objetivo manifesto, ao regulamentar sob novos parâmetros as relações entre empresários e trabalhadores em um cenário de extremas mudanças tecnológicas e também de mentalidades atualmente vivenciado, será eventualmente alcançado? Pertinente se faz aqui uma pergunta, inspirada em Georges Ripert e em Lacordaire, sábios franceses que viveram nos Séculos XIX e XX: a realidade se equilibra com o direito e a justiça? E na relação (desequilibrada) entre o pobre e o rico, entre o fraco e o forte, a lei liberta e equilibra?

Se, de um lado, o texto a respeito do seguro garantia, que objetiva substituir o depósito recursal, revela a intenção de lançar luz sobre uma questão tão significativa e pertinente ao processo laboral, de outro, as questões relacionadas com a prevalência da negociação coletiva e com a terceirização, também decorrentes da Reforma Trabalhista, desta vez sob a ótica das decisões recentes do STF, indicam um caminho a seguir por aqueles que se interessam pelos conflitos laborais. Já na denominada jornada 12x36 e o intervalo para descanso, na estratégia da cooperação na convivência social, bem como na acumulação de honorários sucumbenciais e assistenciais - ainda que essa possibilidade, como você verá, fique restrita a um tempo reduzido entre a vigência de duas leis (13.725/2018 e 5.584/1970), a revogante e a revogada -, também se revela o tamanho da atualidade desses temas, aprimorando as nossas reflexões. E você, querido leitor, avançará em curiosidade, quando se deparar com as páginas referentes à arbitragem nas relações individuais.

Mas esse diálogo ético com você ainda prossegue, desta vez para ultrapassar os limites de nossas fronteiras territoriais, desvelando o véu do direito comparado entre Brasil e França, no aspecto do trabalho a domicílio ou teletrabalho, praticado aqui e lá.

Ainda no aspecto da doutrina alienígena, desta vez elaborado pelo casal de confrades de Portugal, há a oportunidade de conferir os textos de Mafalda Barbosa e João Amado, que nos convidam a refletir de maneira profunda, e também conscientizada, acerca da mentira pré-contratual e dos piquetes de greve. Com certeza, os temas abordados, bem como os articulistas, instigam a nossa curiosidade, impelindo-nos a deixar uma marca, para depois retornar com mais vagar.

Por fim, os trabalhos científicos acerca das restrições de acesso às informações e do assédio moral e sexual à mulher no trabalho dispensam recomendação de leitura, diante da sua sintonia com a esfera mais íntima da pessoa humana, sobretudo da mulher trabalhadora, integrante de um grupo social sempre passível de discriminação e de ofensas morais e até físicas.

Assim, meu queridíssimo leitor, somente você, no mais isolado aconchego de seu local de leitura terá condições de dimensionar a importância desta edição de nossa Revista para o seu enriquecimento cultural e jurídico. E você, meu querido “Joãozinho” e minha querida “Mariazinha” - posso chamá-los assim? - poderão, em uma visão sistêmica, levar adiante, em uma dimensão metafísica, os textos colocados à sua disposição nestas páginas.

Jamais podemos deixar de pensar nos preceitos de Ulpiano: viver honestamente, não ofender os demais e dar a cada um o que lhe pertence.

Aproveite a leitura, e também converse com os articulistas - conscientemente ou não -, mas não deixe de levar adiante esse diálogo afetuoso, cujo pontapé inicial fomos nós quem demos, mas quem fará a bola rolar será você!

Um afetuoso abraço e uma excelente leitura!

Manoel Luiz Costa Penido,
pelo Conselho Editorial



SEÇÃO ESPECIAL

REVOLUÇÃO 4.0*

MOREIRA, Teresa Coelho**

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o impacto das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC) na sociedade tem sido notável e incidiu, com uma velocidade vertiginosa, e com efeitos sinérgicos incalculáveis, não só no modo de viver, de pensar e de agir de todas as pessoas, como também no mundo do trabalho, transformando em profundidade a estrutura empresarial, revolucionando todo o processo de produção, a programação e a organização da atividade do trabalho, assim como a própria profissionalidade e as condições de vida materiais dos trabalhadores e, conseqüentemente, a própria configuração da relação de trabalho. E a centralidade da informação e da comunicação constitui uma das características fundamentais da sociedade atual, sendo nesta sociedade digital que a empresa dos nossos dias necessariamente se coloca e movimenta.

Simultaneamente, moldam-se e modelam-se novas sociedades que colocam múltiplas e diferenciadas questões ao direito do trabalho, principalmente porque o homem passa a ser instrumentalizado, considerado como uma verdadeira fonte de informação pessoal, com a secundarização dos valores humanos e com a prevalência do dito pensamento único, economicista.

E é neste contexto que a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), no centenário da sua criação, elaborou um documento intitulado **Trabalhar para um Futuro Melhor**, e defendeu que em 2019

*Artigo baseado em palestra proferida no 19º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, na cidade de Paulínia-SP, em 6 de junho de 2019.

**Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Direção da APODIT - Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação da Escola de Direito da Universidade do Minho e coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos no mesmo. Contato: tmoreira@direito.uminho.pt.

estamos num momento disruptivo de certa forma equivalente ao de 1919, aquando da sua criação, abordando a necessidade de revitalização do “contrato social”, centrada no ser humano. Na verdade, e citando o relatório,

Não é a primeira vez que uma alteração profunda no mundo do trabalho exige uma resposta global coletiva e mundial. Em 1919, na sequência de uma devastadora guerra mundial, os governos, os patrões e os trabalhadores uniram-se, com base num compromisso comum com a justiça social, e fundaram a Organização Internacional do Trabalho (OIT) porque ‘existem condições de trabalho que implicam para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco; e [...] é urgente melhorar essas condições’. Hoje como então, a paz e a estabilidade duradouras dependem da justiça social. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 23).

Por outro lado, o progresso da humanidade está, muitas vezes, associado ao fascínio perante a ciência e a tecnologia por originarem inovações que fazem avançar a humanidade: da roda ao microprocessador, do ábaco ao computador, da imprensa escrita à internet e à *web, inter alia*. E, atualmente, a Inteligência Artificial¹ veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas em geral e dos trabalhadores em especial desde o momento de formação do contrato de trabalho, passando pela execução do mesmo² e terminando na sua cessação. A própria União Europeia num Documento de 8 de abril de 2019, **Linhas Éticas para uma Inteligência Artificial de Confiança**, estabeleceu que deveria defender-se sempre o respeito pela autonomia humana, pela transparência, pela privacidade e pela proteção de dados pessoais das pessoas, assegurando

¹Há que referir que não existe um conceito unívoco de Inteligência Artificial, principalmente porque tem de relacionar-se com outro conceito que também é difícil de definir e que é o de inteligência humana e que a mesma coloca várias questões que ultrapassam, largamente, o âmbito deste nosso artigo mas, apenas para referir algumas, desde logo a questão da proteção e propriedade dos dados que constituem a base de trabalho para a Inteligência Artificial; ou questões relativas à responsabilidade, por exemplo, no caso dos carros autónomos; ou o direito à privacidade, porque todos vamos deixando uma série de **pistas digitais** que permitem a comparação à entrada de determinados locais de uma cópia digitalizada e a imagem da pessoa em causa e, em especial no caso das relações de trabalho, o trabalhador encontra-se, por esta via, amplamente **radiografado**, e informações colocadas *on-line* podem perdurar no ciberespaço por muito tempo, correndo o risco de ficarem completamente desatualizadas e com a inerente descontextualização dos dados.

²Através de, *inter alia*, um novo tipo de formação ao longo da vida, de um novo controlo, o controlo eletrónico/digital, um novo tempo de trabalho, ou de um novo tipo de Direito Coletivo.

a defesa da igualdade e a proibição da discriminação, defendendo sempre a pessoa humana nas suas várias vertentes. A própria OIT defende o mesmo quando propugna que deve fazer-se:

[...] uma abordagem da inteligência artificial baseada no ‘ser humano no comando’, que garanta que decisões finais que afetem o trabalho sejam tomadas por seres humanos. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 13).

Secundando Alonso Olea (1981, p. 100-ss.), já desde a Revolução Industrial há uma “simbiose” entre a ciência e a tecnologia que se repercute no direito do trabalho e que permitiu “a passagem para a indústria, para as máquinas e, conseqüentemente, para o trabalho, das ideias do sábio”. Como indica, também, uma das conseqüências diretas da Revolução Industrial foi um desenvolvimento económico intenso e progressivamente acelerado graças às inovações tecnológicas³.

E o direito do trabalho é um dos sectores do ordenamento jurídico que, pela sua própria natureza, é mais exposto à influência das mudanças tecnológicas. Os sistemas produtivos têm-se caracterizado pela sua contínua modernização e melhoria das técnicas utilizadas de tal forma que o emprego do termo novas tecnologias poderia entender-se como uma característica permanente deste ramo do direito, perfeitamente aplicável a cada uma das suas fases ou etapas cronológicas ou, até mesmo, uma redundância. Desde que Adam Smith consolidou a ideia da organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes⁴, a história da industrialização está estreitamente ligada às transformações e mudanças nos métodos de organização do trabalho⁵.

E o setor das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) tem revolucionado imenso o direito do trabalho mas não só. O surgimento das plataformas digitais é enorme e em menos de uma década foram criadas cerca de 10.000 companhias ou plataformas e muitos

³Para mais desenvolvimentos veja-se: MOREIRA, Teresa Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controlo eletrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010, p. 49-ss.

⁴Neste exemplo Adam Smith escolhe o famoso caso da fabricação de alfinetes para descrever a passagem do artesão até à fábrica constatando que se um trabalhador isolado conseguia, anteriormente, produzir cerca de 20 alfinetes por dia, a separação de tarefas e a colaboração entre os trabalhadores permite produzir 48 mil alfinetes, isto é, 2.400 vezes mais.

⁵Iniciava-se, desta forma, a “grande aventura”, desde a visão como uma promessa da divisão do trabalho até uma progressiva incorporação da força de trabalho numa máquina, primeiro como energia motora, para depois ser energia operadora e, por fim, com uma função de controlo. *Vide* CARINCI, Franco. Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale. **GDLRI**, Milan, n. 25, 1986, p. 203.

empregos foram criados⁶. Atualmente há uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples como entrega de comida, até atividades mais complexas como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas. Por outro lado, mesmo aquelas que estão bem sedimentadas no mercado quase que se reinventam todos os dias ou variam a sua aplicação de país para país⁷.

Nesta nova sociedade digital existiu uma transformação radical da economia, na medida em que houve uma redução enorme dos custos de informação e de coordenação, e surgiram as plataformas digitais e uma nova economia, a economia partilhada ou colaborativa.

Assim, após uma revolução agrícola, uma revolução industrial e uma revolução informática onde o papel cimeiro é ocupado pelo computador, hoje estamos perante uma verdadeira revolução digital, associada à internet, ao *cloud computing* e a novas formas de prestar trabalho. Com esta surge também o denominado trabalho digital na economia colaborativa, em plataformas digitais, e um novo tipo de trabalhador, o que origina um novo tipo de subordinação reforçada por “um espaço sem distâncias e um tempo sem demoras” (RAY, 2015a, p. 148).

As bases para esta última revolução baseiam-se em sistemas de TIC, numa robótica cada vez mais desenvolvida, em tecnologias de sensores, no *cloud computing*, numa enorme recolha e tratamento de dados que, devido à *Big Data*, podem ser utilizados conjuntamente.

Estas novas possibilidades representam a base de uma nova revolução relacionada com sistemas inteligentes e de um novo sistema de trabalho com o surgimento da *sharing economy* ou **economia colaborativa**. E, apesar de trazerem grandes promessas de desenvolvimento, também originam muitos desafios que requerem uma atuação proactiva de empresas, governos, indivíduos e trabalhadores.

Estamos perante uma mudança que não é somente estrutural mas, também, e principalmente, funcional, no sentido de que mudou profundamente a maneira de efetuar a prestação laboral. Esta situação implica uma mudança capital e um redimensionamento do direito do trabalho, já não tanto em sentido material de alteração da sua extensão ou volume, mas um processo de revisão do seu âmbito ou extensão, da sua intensidade e do nível que se deve adotar na sua regulamentação, podendo falar-se de uma **nova dimensão da sua disciplina**.

E o trabalho está a revelar-se um fator chave nesta transformação e revolução. Fala-se, assim, de trabalho 4.0, do trabalho na *gig economy*,

⁶GRAHAM, Mark *et al.* The risks and rewards of online gig work at the global margins. Oxford: Oxford Internet Institute, 2017.

⁷Vide PRASSL, Jeremias. **Humans as a service**: the promise and perils of work in the gig economy. Oxford: OUP, 2018, p. 12-13.

que inclui quer o *crowdwork*, quer o trabalho em plataformas - *work-on-demand* via *apps* -, e que, por isso, não se resume apenas à Indústria 4.0⁸, já que se está a falar do trabalho do futuro⁹. Claro que não há um conceito homogêneo ou monolítico deste tipo de trabalho, já que são utilizados diferentes métodos e formas de trabalhar, que podem ir desde tarefas rotineiras, extremamente parceladas, monótonas, até tarefas mais complexas, novas, onde o valor acrescido está na qualificação e na inovação de quem presta.

O *crowdwork*, na verdade, pode ser quer o *crowdwork on-line*, quer o *crowdwork off-line*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *on-line* e oferecidas globalmente. Nestes casos, a concorrência também é verdadeiramente global, e pode originar uma *race to the bottom*. Estas atividades, normalmente oferecidas através da *cloud*, podem incluir tarefas mal pagas, também chamadas de **microtarefas**, assim como grandes tarefas a serem divididas em pequenas tarefas para tornar mais simples e mais baratas as mesmas. Como exemplos destas plataformas temos a **Amazon Mechanical Turk** e a **Clickworker**. Contudo, também podem ser tarefas que exijam uma elevada qualificação, mas isto não significa que sejam bem pagas, porque como a concorrência é verdadeiramente global pode não receber-se muito na mesma ou, até, não receber nada devido à cláusula de satisfação do cliente.

Por outro lado, estas tarefas também são muito mal pagas porque não se tem em atenção o tempo que os trabalhadores têm de estar disponíveis *on-line*, nem o tempo que têm de estar à procura de uma tarefa.

Acresce ainda um outro problema nesta forma de prestar trabalho, que é a da permanente disponibilidade dos mesmos em termos temporais, porque como trabalham *on-line* com fusos horários diferentes dos utilizadores e têm prazos muito curtos para cumprir, têm de responder imediatamente. Assim, a aparente flexibilidade destas formas de prestar trabalho também necessita de ser repensada e há sim um enorme controlo¹⁰.

⁸Este termo provém de um programa comum lançada pelo Governo alemão e pela indústria alemã em 2011. Mais tarde, foi utilizado no léxico da Comissão Europeia bem como noutras regiões. O termo preferido no ordenamento jurídico norte-americano é de *smart manufacturing*.

⁹Dados de 2017 estimavam que nos EUA e na UE cerca de 1/3 da população adulta já participou na economia **colaborativa**, sendo que cerca de 1% a 5% já foi pago através de trabalho realizado nas plataformas. Vide EUROPEAN UNION. **The social protection of workers in the platform economy**. Brussels: Policy Department A, 2017, p. 12.

¹⁰Vide ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 662, assim como BERG, Janine. Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 557-ss., e DE STEFANO, Valerio. The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the “gig-economy”. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016, p. 480.

Existem, ainda, outras atividades que exigem uma presença física e, por isso, a concorrência não é global, mas levantam-se também várias questões de violação de regras de direito do trabalho, cujo exemplo mais conhecido é o da **Uber** enquanto plataforma digital relacionada com os transportes, mas também plataformas digitais associadas a serviços domésticos, desde limpeza, mudanças, *bricolage*. Nestes últimos o trabalhador da plataforma normalmente entra em contacto direto com o utilizador.

Claro que esta divisão é importante do ponto de vista do direito a aplicar porque estas segundas são mais fáceis de enquadrar nos meios tradicionais de resolução da lei aplicável do que as primeiras¹¹.

As mudanças tecnológicas criam novos produtos, processos e serviços, assim como novas necessidades e, nalguns casos até, sectores totalmente novos. A globalização e as novas tecnologias impõem, de certa forma, novas relações de trabalho ou, pelo menos, o repensar de algumas relações. E o trabalhador atualmente, neste **Mundo Novo do Trabalho**, para não ser excluído, tem de ter obrigatoriamente um QI digital mínimo que lhe permita conhecer, sobreviver e conseguir trabalhar na era digital¹².

Na verdade, as TIC modificaram e continuam a modificar as bases do direito do trabalho: um trabalho muito subordinado, com um perímetro de tempos de trabalho bem definido, que agora sofre uma autêntica **metamorfose**, destruidora de emprego e criadora de um novo conceito de subordinação. Contudo, também parece ser importante assumir o desconhecimento e não realizar **futurologia**, até porque creio que tem de atender-se que, numa primeira análise, estas mudanças ocorridas parecem não ser novas, já que o mundo assistiu a anteriores revoluções industriais. Porém, numa análise mais aprofundada, ver-se-á que esta revolução é diferente já que se atravessa um período de uma evolução sistémica, excecional e raramente comparada a qualquer outra prévia. Não se trata de crise, mas de uma verdadeira metamorfose; não de passagem entre dois estados, mas sim de um salto para o desconhecido.

Na verdade, hoje em dia vivemos na sociedade de *Big Data*, onde imperam os megadados que se referem a conjuntos enormes de dados detidos por empresas, governos, entre outras entidades, que são depois amplamente analisados através de algoritmos e que resultam da

¹¹Veja-se neste sentido TODOLI SIGNES, Adrián. Nuevos indícios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. In: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel; HERNÁNDEZ-BEJARANO, Macarena (Dir.). **Economía colaborativa y trabajo en plataforma**: realidades y desafíos. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 224-ss., assim como RISAK, Martin. **Fair working conditions for platform workers**: possible regulatory approaches at the EU level. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018, p. 5-6.

¹²RAY, Jean-Emmanuel. **Les relations individuelles de travail 2016**. Paris: Wolters Kluwer, 2015b, p. 114-ss.

confluência de várias tecnologias desde o *cloudcomputing*, da Internet das Coisas, da Inteligência Artificial e das comunicações de banda muito larga.

E, por isso, também existem, assim, inúmeros desafios para a privacidade dos trabalhadores na vertente de dados pessoais na era da *Big Data*, pois a possibilidade de utilização indevida e abusiva dos mesmos é muito superior na era digital. Neste sentido, a proteção dos dados pessoais, sobretudo no campo da internacionalização, deve ser aprimorada e alterada. Contudo, isto não significa que não se deva ter em atenção as inúmeras vantagens da era da *Big Data*, parecendo-nos que a tensão entre proteção de dados e interesses económicos pode ser parcialmente resolvida com uma maior e melhor proteção daqueles, tornando-se a mesma até uma vantagem competitiva.

Por outro lado, não pode esquecer-se que há alterações demográficas importantes que alteram o mundo do trabalho e há a necessidade de assegurar políticas ativas proactivas que auxiliem neste Novo Mundo do Trabalho.

2 A REVOLUÇÃO 4.0

Podemos dizer-se que a evolução começou com o trabalho 1.0, do Século XIX e da Revolução Industrial, associado ao surgimento da sociedade industrial, o que originou mudanças no modo de produção e na própria organização do trabalho. Depois temos o trabalho 2.0, do Século XX, com o surgimento da produção em massa e o advento do Estado Social. Há, depois, o trabalho 3.0, a partir da década de 70 do século passado, com a globalização e o surgimento do trabalho no computador e a informática; por último tem-se o trabalho 4.0, relacionado com a digitalização, o trabalho em plataformas, a economia colaborativa, o trabalho integrado, que origina uma mudança de valores e de novos compromissos sociais. Este tipo de trabalho será mais digital, flexível e interconectado. Obviamente que está a falar-se do futuro e, por isso, convém ser um pouco cauteloso, já que as especificidades deste tipo de mundo do trabalho ainda não são claras¹³.

Aliás, esta alteração do trabalho 4.0 já tinha sido muito bem descrita por Alvin Toffler na sua obra **A Terceira Vaga**, onde, segundo ele, “avança uma forte vaga que cria um ambiente novo e frequentemente estranho para se trabalhar, divertir, casar, criar filhos ou reformar”,

¹³Veja-se, para mais desenvolvimentos, FRANCE. Conseil National du Numérique. **Travail, emploi et numérique**: les nouvelles trajectoires. Paris, 2016, e GERMANY. Federal Ministry of Labour and Social Affairs. **Green Paper Work 4.0**, Berlin, 2015.

acrescentando que os “sistemas de valores estoiram e desmoronam-se, enquanto os salva-vidas Família, Igreja e Estado são loucamente arremesados de um lado para o outro” (TOFFLER, 1999).

Há que ter ainda em atenção que estas mutações são globais e há a necessidade de agir globalmente e não apenas a nível nacional.

O setor das TIC é provavelmente o mais emblemático do desenvolvimento da sociedade e, por isso, tornou-se a imagem do **futuro**, e neste caso específico, do futuro do trabalho, falando-se muitas vezes do fim do trabalho como o conhecemos e de um enorme desemprego. Na verdade, a automatização originou a perda de emprego para muitos, não só os que ocupavam atividades rotineiras e com baixa formação mas também alguns com formação média, ou até elevada, o que faz ressurgir a velha questão do **desemprego tecnológico**, hoje ainda com mais intensidade, já que há sectores que desaparecem totalmente, falando-se inclusive do **fim do trabalho**. Na verdade, se a questão do “desemprego tecnológico” não surgiu com o advento do mundo digital, bastando pensar que já em 1930 John Maynard Keynes manifestou uma séria preocupação relativamente ao risco associado à “descoberta de novos mecanismos que economizem trabalho mais rapidamente do que a descoberta de novas utilizações para esse trabalho”, ela adquire **novas roupagens** com o desenvolvimento do que se denomina de *machine learning* através da inteligência artificial, aumentando de forma exponencial as probabilidades de automatização do emprego.

Na verdade, num quadro de crescente incerteza, em que a velocidade a que os empregos, atividades e funções desaparecem/aparecem, as transições de emprego, função e até local de trabalho a que os trabalhadores estão sujeitos acentuam-se de forma extrema, fazendo-nos recordar as palavras de Charles Darwin: “Não é o mais forte que sobrevive, mas aquele que melhor se consegue adaptar à mudança”.

Em janeiro de 2016, no **Fórum Económico Mundial**, defendeu-se que cerca de 5 milhões de postos de trabalho iriam ser substituídos com a entrada no mundo do trabalho dos *robots* e da inteligência artificial, sendo que os próximos 5 anos seriam fundamentais para a evolução do trabalho, sobretudo humano, no mundo.

Creemos, contudo, que não devemos ser tão **pessimistas**, nem generalistas, pois há que ter em conta fatores que bloqueiam a automatização, nomeadamente as resistências culturais, os custos com esta automatização, assim como a criação de novos empregos com esta economia digital¹⁴.

Por outro lado, deve ter-se em linha de conta que, tal como nas revoluções anteriores, várias das possibilidades existentes melhoram

¹⁴Veja-se, para maiores desenvolvimentos, SUSSKIND, Daniel. **Um mundo sem trabalho**: como responder ao avanço da tecnologia. Porto: Ideias de Ler, 2020.

a vida das pessoas e permitem a integração no mercado de trabalho de pessoas que tradicionalmente estavam ou poderiam estar excluídas, como pessoas portadoras de deficiência, com problemas de mobilidade ou residentes em locais remotos. Também não pode esquecer-se que uma das grandes vantagens do ser humano relativamente às máquinas é a sua capacidade de flexibilidade e de adaptação.

Também tem de ter-se em atenção que não é só a tecnologia que está a mudar a realidade. As próprias preferências da sociedade estão a alterar-se, quer devido ao envelhecimento da população, quer ao surgimento de uma nova geração - a **Geração Y** -, que dá mais valor à ideia de *work-life balance* e ao significado do trabalho que realiza, a uma formação contínua e a uma flexibilidade do tempo de trabalho. Contudo, também a geração anterior pretende uma melhor conciliação entre vida profissional e vida privada.

Através desta nova visão da sociedade há, ou poderá haver, o surgimento de novas necessidades de mercado, podendo dizer-se que a estrutura da procura de trabalho está a mudar.

Como defende a OIT:

O acesso à educação, à formação e às tecnologias pode transformar as comunidades rurais. Se as pessoas mais velhas puderem manter-se ativas e ocupadas, enriquecerão a sociedade e a economia com os seus conhecimentos e experiência. Capacitar jovens, rapazes e raparigas, para atingir o seu pleno potencial e aproveitar as oportunidades emergentes criará as condições para que se tornem, no presente, nos agentes de mudança. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 21).

Claro que não pode esquecer-se que mesmo com estas novas oportunidades há uma questão de género e de diferenças, porque muitas das atividades baseiam-se no uso das TIC, onde atualmente ainda dominam os homens e, por isso, claramente a Quarta Revolução Industrial irá afetar diferentemente as mulheres e os homens.

Na realidade, muitos defendem que esta transformação digital pode reforçar a posição das mulheres no mercado de trabalho, ou porque cria formas mais flexíveis de realizar o trabalho ou porque, com a automatização, irão ser substituídas desde logo atividades rotineiras e onde se exige uma menor formação e, por isso, cria-se uma vantagem para as mulheres, porque nesta altura elas já ultrapassam os homens no nível de formação¹⁵.

¹⁵Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT OECD. Going digital: the future of work for women. **Policy Brief on the Future of Work**, Paris, OECD Publishing, 2017, p. 1.

Mas isso não corresponde totalmente à verdade, e as várias questões que se colocam na igualdade de gênero no mundo real, como a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal, o assédio, a discriminação e a desigualdade retributiva, existem igualmente no mundo virtual, no trabalho 4.0 e nestas novas formas de prestar trabalho. Se a digitalização e as inovações tecnológicas podem auxiliar a avançar nesta questão, também podem aumentar as desigualdades, que podem existir, desde logo, no acesso às mesmas, já que, em grande parte dos casos, a população sem acesso é pobre e maioritariamente feminina, mas também na falta de incentivos para as mulheres aprenderem mais a este nível, assim como a criação de estereótipos negativos, que só levam ao aumento do que é conhecido pelo *gender digital divide*, e que existe mesmo quando se utilizam os algoritmos, incluindo os *robots* e a inteligência artificial. Na verdade, em muitos países as mulheres são frequentemente encorajadas a ingressar nas áreas de predominância masculina, mas os homens raramente são encorajados a entrar em profissões tradicionalmente de predominância feminina¹⁶. E como nesta Revolução 4.0 recebe-se muito pouco em certas atividades, os trabalhadores têm de ter vários empregos em simultâneo, o que não é nada favorável para a conciliação entre a vida profissional e a vida privada e familiar. Torna-se fundamental também nestas novas formas de prestar trabalho, no trabalho 4.0, abordar-se a questão da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal, e aplicar-se as mesmas políticas do trabalho *off-line* ao trabalho *on-line*, com políticas de apoio ao cuidado de pessoas e de um melhor regime de licenças, até porque os modelos familiares alteraram-se, assim como o tipo de trabalhador, o que pode tornar ainda mais difícil a conciliação entre vida profissional e vida familiar e pessoal.

Na verdade, a igualdade de gênero começa em casa. Assim, tal como defendido pela OIT¹⁷, devem adotar-se políticas que promovam a partilha dos cuidados e das responsabilidades domésticas entre homens e mulheres. Este processo inclui a criação e o alargamento das licenças que incentivem os dois progenitores a dividir as responsabilidades com o cuidar de forma igualitária.

Estas novas formas de prestar trabalho podem estar a aumentar ainda mais a desigualdade de gênero, já que conciliar a vida privada e familiar quando se está num regime de trabalho *on call*, pode tornar-se

¹⁶Cf., para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho. O trabalho 4.0 e a igualdade de gênero: algumas questões. In: ARAÚJO, Adriane Reis de; D'AMBROSIO, Marcelo (Coord.). **Democracia e neoliberalismo: o legado da Constituição em tempos de crise**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 253-ss.

¹⁷ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, *Bureau* Internacional do Trabalho, 2019, p. 36.

muito difícil. Não podemos deixar de ter em conta que as mulheres continuam a assegurar a maior parte dos cuidados a nível familiar, enquanto as atividades mais lucrativas e mais bem remuneradas pertencem a quem não tem estes encargos, o que pode originar um aumento das diferenças retributivas também no trabalho 4.0.

Por outro lado, estas novas formas de prestar trabalho no trabalho 4.0 originam, muitas vezes, um menor investimento na formação dos trabalhadores e uma menor proteção contra a discriminação, afetando em maior número as mulheres do que os homens e podendo gerar autênticas situações de exploração de mão de obra.

A tradicional divisão do trabalho que se baseava na velha ideia reacionária “dos homens espera-se que sustentem; das mulheres espera-se que cuidem”, ou, em linguagem mais crua, “o trabalho da mulher é a casa; o trabalho do homem é a rua”, ainda continua, infelizmente, a produzir resultados na sociedade atual.

Se nada se fizer as mulheres irão perder no futuro as melhores oportunidades de carreira, e irá agravar-se a diversidade de género em determinados setores.

Por isso, defende-se ser essencial uma aproximação holística a esta situação, e incentivar, através de verdadeiras políticas de integração, o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho. A Revolução 4.0 representa uma oportunidade sem precedentes de colocar a igual participação das mulheres no mercado de trabalho digital no centro dos preparativos para as mudanças que necessariamente irão ocorrer no mundo do trabalho.

Assim, para alterar esta situação defende-se que deve promover-se imediatamente a participação das mulheres nas áreas denominadas de STEM¹⁸ - ciência, tecnologia, engenharia e matemática -, pois o aumento das competências digitais e da literacia informática representa uma oportunidade única para aumentar a inclusão no mercado de trabalho das mulheres. Também o aumento da percentagem de mulheres no setor das TIC - que é um dos setores com salários mais elevados - pode contribuir para a sua autonomia e independência financeira, assim como diminuir as desigualdades salariais existentes entre homens e mulheres.

Por outro lado, deve fomentar-se a formação a este nível para evitar o desemprego, sobretudo de mulheres, devendo ainda estimular o acesso e a utilização das TIC para estas, pois diminuiria a desigualdade existente, já que as mulheres continuam a ter menor acesso e menor utilização destas tecnologias comparativamente com os homens.

¹⁸Iniciais em inglês destes termos.

Outro aspeto essencial é o de tentar antecipar as mudanças tecnológicas através da formação contínua. Aliás, a própria OIT¹⁹ defende um direito universal à aprendizagem ao longo da vida e à reconversão profissional, já que aquela aprendizagem compreende, para além das competências necessárias para trabalhar, o desenvolvimento das capacidades necessárias para participar numa sociedade democrática.

A crescente irrelevância de onde e quando o trabalho é realizado e a maior especialização significam que o processo produtivo não para nas portas da fábrica, o que origina novas necessidades de formação para empregadores e trabalhadores. A criatividade e as *social skills*, as *digital skills*, juntamente com a capacidade de trabalhar em grupo tornam-se ferramentas essenciais para o sucesso quer das empresas, quer dos próprios trabalhadores e, por isso, a necessidade de formação contínua.

Na verdade, neste mercado de trabalho os tradicionais *hard skills* - competências técnicas - são insuficientes, cabendo um papel acrescido aos denominados *soft skills*, isto é, às competências comportamentais e sociais, criando-se até as *hibrid skills*, que misturam competências técnicas com cognitivas, tentando transformar os **perdedores** em **ganhadores**. Citando Fernando Pessoa²⁰, “não é o trabalho, mas o saber trabalhar, que é o segredo do êxito no trabalho”.

Essencial é começar desde já esta formação sob pena de, não o fazendo, dar-se razão aos pensamentos apocalípticos sobre o fim do emprego. Não é possível esperar pela próxima geração de trabalhadores. Se se quiser evitar que a mudança tecnológica seja acompanhada da destruição de emprego, e de um aumento exponencial do desemprego e da desigualdade, nomeadamente de género, é preciso atuar já e esta atuação tem de ser feita por todos.

O aumento da formação a nível nacional e mesmo internacional ajuda a que se possam enfrentar as incertezas e a melhor definir de forma coletiva os modos de produção e a distribuição de riqueza, permitindo-se que cada um possa exprimir-se melhor através da formação contínua.

Torna-se assim imperioso procurar formar trabalhadores qualificados para diminuir a precariedade dos mesmos. À medida que a população vai envelhecendo, é necessário adaptar as condições de trabalho e, sobretudo, melhorar a formação e a aprendizagem ao longo da vida profissional, assim como a promoção da segurança e da saúde no trabalho.

¹⁹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, Bureau Internacional do Trabalho, 2019, p. 31.

²⁰**Teoria e prática do comércio.**

Diria mesmo que esta procura de trabalhadores qualificados não pode ser feita apenas através da contratação de trabalhadores mais jovens, mas sim, também, através da contratação de trabalhadores considerados mais **vulneráveis**, como pessoas mais velhas, mulheres, pessoas portadoras de deficiência ou pessoas com passado migratório, trabalhadores estes que, por vezes, são bastante qualificados.

Acrescenta-se, ainda, que o futuro do direito do trabalho exige trabalhadores com mais conhecimentos, mais formação e mais educação. É fundamental que os trabalhadores estejam altamente qualificados e com uma formação contínua, pois só assim poderão enfrentar os desafios das novas formas de prestar trabalho e da nova economia colaborativa, e terão verdadeiros ganhos de produtividade.

Em muitas indústrias e países as atividades com mais procura atualmente não existiam há 10 anos ou mesmo 5 anos, e se pensarmos que, segundo dados recentes, 65% das crianças que entram agora no primeiro ciclo irão trabalhar em atividades completamente novas que não existem atualmente, vê-se a necessidade de antecipação das necessidades futuras e de formação para as mesmas²¹.

Por outro lado, outra das questões que se levanta nesta economia colaborativa é a da competição entre trabalhadores, conforme a afirmação de Thomas Biewald, o CEO da plataforma *crowdfunder*:

‘Before the Internet, it would be really difficult to find someone, sit them down for ten minutes and get them to work for you, and then fire them after those ten minutes. But with technology, you can actually find them, pay them the tiny amount of money, and then get rid of them when you don’t need them anymore’. (PRASSL; RISAK, 2016).

Nesta nova sociedade digital existe uma transformação radical da economia, na medida em que há uma redução enorme dos custos de informação e de coordenação, e surgem as plataformas digitais e uma nova economia, a economia partilhada ou colaborativa.

Esta economia colaborativa gera novas oportunidades para todos, podendo dar um importante contributo para a criação de empregos, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento, desde que seja devidamente incentivada e desenvolvida de forma responsável.

²¹SUSSKIND, Daniel. **Um mundo sem trabalho**: como responder ao avanço da tecnologia. Porto: Ideias de Ler, 2020, p. 109-ss.

Contudo, como também salienta a Comissão Europeia, há vários problemas. Desde logo, a economia colaborativa levanta frequentemente questões no que diz respeito à aplicação dos quadros jurídicos em vigor, diluindo a tradicional distinção entre consumidor e fornecedor, trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, prestação de serviços profissionais e não profissionais.

Ocorrem, ainda, novas ameaças para os direitos fundamentais dos trabalhadores, quer para os direitos fundamentais **específicos** - com a prática de baixos salários principalmente para as tarefas que exigem menos qualificação, pagos à peça ou tarefa, a falta de respeito pelos tempos de trabalho com a crescente intensificação do mesmo e a cultura da urgência, o não respeito pelos direitos coletivos, ou o aumento dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores, quer físicos, quer psicológicos -, quer para os direitos fundamentais **inespecíficos**, como a privacidade, já que se está perante uma intensificação do controlo eletrónico, panótico, automático, ainda mais intrusivo para a privacidade, pois é implementado por algoritmos, falando-se de um “trabalhador algoritmo” ou, em inglês, de um *algocracy*, podendo correr-se o risco até de uma coisificação da pessoa humana. Os trabalhadores são substituídos por *robots* ou quase transformados em *robots* porque realizam atividades, ou micro-atividades, altamente rotineiras, monótonas, repetitivas. Na verdade, diria que podem encontrar-se semelhanças entre o *Scientific Management* de Frederick Taylor e o trabalho nas plataformas virtuais. Com as novas tecnologias a divisão do trabalho origina uma espécie de cadeia de montagem virtual, onde as atividades são divididas para se tornarem mais simples e, por isso, passíveis de serem realizadas por pessoas sem tantos conhecimentos.

Através destas plataformas, e contrariamente à ideia que se defende de flexibilidade, mascarada por falsas ideias de liberdade, o controlo é permanente e existe pouco ou nenhum lugar para a privacidade, pois a plataforma consegue controlar desde a atividade exercida à localização, e apesar de o local de trabalho ser móvel, o seguimento é constante, passando a ser extremamente **porosas** as fronteiras entre local de trabalho e fora dele, continuando a gerar-se dados e a controlar mesmo quando os motoristas não estão a conduzir, pois a conectividade digital é permanente e o controlo praticamente total, através do cruzamento das informações recolhidas pelas plataformas e o controlo exercido pelos algoritmos que podem desativar os condutores com base na avaliação dos clientes.

Estas inovações tecnológicas de controlo assumem características de controlo praticamente ilimitadas, podendo originar verdadeiras discriminações e elaborações de autênticas **castas laborais** a fazer recordar os **Alfas** e os **Betas** de Aldous Huxley, passando rapidamente de

uma **Sociedade Digital** para uma, bem mais preocupante, **Sociedade da Vigilância**²².

Este tipo de controlo inclusive tem gerado situações de sensação de controlo total, não havendo espaço para a privacidade, já que as avaliações a que as pessoas são sujeitas são comparadas com as dos restantes colegas e permanecem mesmo que tenham sido injustas, o que levanta questões relacionadas com a discriminação e mesmo o assédio.

Perante estas inúmeras tecnologias, a questão que se coloca é a de saber: o que resta da privacidade? Com o surgimento do trabalho no mundo virtual, como proteger a privacidade? Com o trabalho na *cloud* os trabalhadores virtuais podem estar a realizar o trabalho em qualquer local e os empregadores podem estar a gravar todos os movimentos que são realizados, até porque as palavras virtuais têm de ser gravadas para assegurar a preservação da informação. Como conciliar isto com o direito à privacidade? Claramente é necessário reequacionar a noção de privacidade e salvaguardá-la destes novos tipos de ameaças.

Desta forma, torna-se necessário, diria mesmo imperioso, aferir qual a extensão da proteção da privacidade e tentar saber se a tecnologia comporta e impõe os seus próprios limites.

No entanto, também não pode deixar de atender-se a que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer do homem que a utiliza, cujo *leitmotiv* é o controlo das pessoas. Na verdade, conforme a história tem vindo a demonstrar ao longo do tempo, tão curto e tão longo, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.

Sem dúvida, a **nudez tecnológica** está presente com um controlo cada vez mais intrusivo feito por máquinas e um novo tipo de prova denominada de prova digital ou prova virtual, já que o essencial do controlo é invisível ao olho humano e toda uma vida profissional e pessoal está associada a uma máquina. Não estaremos a assistir novamente a uma reificação da pessoa humana? No futuro, perante esta **nudez digital**, será necessário mudar de **identidade digital** do **novo homo numericus** para poder obter-se um emprego?

Não nos parece, e tem de ter-se sempre em atenção que se no plano técnico tudo é possível, o mesmo não se passa no plano jurídico.

²²Cf., para maiores desenvolvimentos sobre este tipo de controlo, MOREIRA, Teresa Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controlo eletrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010; MOREIRA, Teresa Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. Reimp. da primeira edição. Coimbra: Almedina, 2016, e MOREIRA, Teresa Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. V. II. Coimbra: Almedina, 2016.

Creio que não pode esquecer-se o art. 1º da **Declaração de Filadélfia**: “o trabalho não é uma mercadoria”, que possa ser vendida nos mercados ao preço mais baixo; os trabalhadores são seres humanos com direitos, necessidades e aspirações (p. 40), não permitindo uma coisificação da pessoa humana e uma dissociação do trabalhador da prestação de trabalho. Aliás, o Papa Francisco, na **Encíclica *Laudato Si***, também defende o mesmo quando escreve que “não se deve procurar que o progresso tecnológico substitua cada vez mais o trabalho humano: procedendo assim, a humanidade prejudicar-se-ia a si mesma”, acrescentando que:

[...] a orientação da economia favoreceu um tipo de progresso tecnológico cuja finalidade é reduzir os custos de produção com base na diminuição dos postos de trabalho, que são substituídos por máquinas. É mais um exemplo de como a ação do homem se pode voltar contra si mesmo. A diminuição dos postos de trabalho ‘tem também um impacto negativo no plano económico com a progressiva corrosão do ‘capital social’, isto é, daquele conjunto de relações de confiança, de credibilidade, de respeito das regras, indispensável em qualquer convivência civil’. Em suma, **os custos humanos são sempre também custos económicos**, e as disfunções económicas acarretam sempre também custos humanos’. Renunciar a investir nas pessoas para se obter maior receita imediata é um péssimo negócio para a sociedade. (PAPA FRANCISCO, 2015) (grifado no original).

Quando nestas plataformas se esquece uma das máximas que originou o surgimento do direito do trabalho como ramo do direito autônomo, e que é a de que o trabalho não é separável da pessoa que o presta, e que não existe trabalho, mas só existem as pessoas que trabalham, não estaremos a retornar aos inícios da Revolução Industrial?

O trabalho prestado é mercantilizado com base no pagamento da tarefa à peça, com retribuições extremamente baixas que nem cumprem os limiares mínimos relacionados com um trabalho decente, onde não há direito à segurança social, ou a assistência na doença, com eventual trabalho infantil, em que os trabalhadores são sujeitos a discriminação e sem qualquer respeito por direitos coletivos, assim como sem respeito pelos direitos fundamentais, não estaremos a retornar ao passado?

Diria até que, de certa forma, o trabalho digital faz-nos lembrar um *Back to the Future* porque recorda-nos Taylor, com o seu *Scientific Management* e o controlo automático, Adam Smith, com a sua divisão e organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes, e um retornar para os primeiros tempos da industrialização antes do surgimento do direito do trabalho, através da falta de proteção social e

uma elevada precarização e discriminação realizada à distância, por algoritmos relacionados com a inteligência artificial.

Na verdade, numa economia que é verdadeiramente mundial, o velho **trabalho escravo** por vezes transformou-se, por uma mera alteração de palavras, na **atividade colaborativa**, gerando dois mundos no trabalho. No caso deste tipo de trabalho, por vezes, a competição a nível global, os baixos salários que tornam impossível que estas atividades sejam a principal fonte de rendimento, e a deslocalização do local de trabalho originam situações de autênticos **escravos digitais** a trabalharem nas *sweatshops*, agora **virtuais**²³.

Tem de ter-se em atenção que para a maior parte dos trabalhadores nestas plataformas as condições de trabalho são más, independentemente do tipo de trabalho que é prestado. A falta de sindicatos, de união entre estes tipos de trabalhadores, o oligopólio de certas plataformas relativamente à entrega de determinados produtos, e uma constante insegurança económica, assim como de discussão entre as partes, faz com que o que recebam seja muito baixo, sobretudo quando o trabalho é feito na *cloud*, onde a competição é verdadeiramente global e onde a escolha se baseia em avaliações que são ou podem ser discriminatórias e que colocam os trabalhadores num estado de período experimental permanente, assim como restringe a sua possibilidade de escolha porque os liga a uma plataforma em particular.

Daí considerarmos importante o que está previsto no Regulamento Geral de Proteção de Dados, o Regulamento 2016/679, de 27 de abril, que criou novos direitos nesta matéria, e um deles é o que está previsto no art. 20.º: é o direito à portabilidade de dados, que tem um impacto também na relação de trabalho, pois os trabalhadores, enquanto titulares de dados, têm direito de receber os dados pessoais que lhes digam respeito e que tenham fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se o tratamento for realizado por meios automatizados. Isto significa que o trabalhador, nos termos do n.º 2, tem direito de exigir, nestes casos, que os dados sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.

Contudo, tem de ter-se em atenção que este direito à portabilidade de dados só se aplica se o tratamento de dados for feito de forma automática, não abrangendo a maior parte dos ficheiros em formato tradicional ou papel.

²³Neste sentido RAY, Jean-Emmanuel. *Qualité de vie et travail de demain. Droit Social*, Paris, n. 2, 2015a, p. 149.

Na verdade, este novo direito aplica-se de acordo com três condições cumulativas. Em primeiro lugar, os dados pessoais solicitados devem ser tratados por meios automáticos, excluindo, portanto, os ficheiros em papel, com base no consentimento prévio do titular dos dados ou na execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte.

Em segundo lugar, os dados pessoais solicitados devem dizer respeito ao titular dos dados e ser fornecidos pelo mesmo.

Em terceiro lugar, o exercício deste novo direito não deve prejudicar os direitos e as liberdades de terceiros.

Porém, atendendo às novas formas de prestar trabalho na *sharing economy*, onde o trabalho é realizado *on-line* através das plataformas digitais, e onde os trabalhadores têm uma reputação também *on-line* e tudo é processado de forma automática, este direito adquire grande importância e poderá implicar, até, que as empresas tenham de coordenar de certa forma os respetivos formatos de portabilidade de dados pessoais, protegendo, simultaneamente, os seus sistemas de informação e tornando-os interoperativos.

Por isso, secundando Jean-Emmanuel Ray²⁴, falar-se aqui de um sistema colaborativo é um pouco exagerado porque a concorrência é total, mundial e cruel até. Existe uma divisão do trabalho inimaginável mesmo para Taylor e o seu *Scientific Management*, que permite um controlo total direto e à distância, espacial e temporal.

Parece-nos assim que esta atividade nas plataformas tem de ser **desmercantilizada**, aplicando os princípios fundamentais em matéria de direito do trabalho e de privacidade e não discriminação. Veja-se, por exemplo, que em França o **Code du Travail** tem um capítulo específico sobre o trabalho em plataformas que, apesar de poder em certos casos considerar-se como trabalho autónomo, tem de respeitar determinados princípios e direitos fundamentais, dada a “responsabilidade social” que têm perante os trabalhadores em causa. O **Code du Travail** passou a integrar uma parte com vários artigos - L. 7341-1 e L. 7342-1 à L. 7342-6, onde consta a obrigação por parte da plataforma de formação profissional, a cotização em matéria de acidentes de trabalho e a possibilidade dada aos trabalhadores de constituírem sindicatos e de aderirem aos mesmos.

Também ao nível da União Europeia foi aprovada a Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, onde se estabeleceram algumas regras que se aplicam ao trabalho nas plataformas digitais, assim como ao trabalho zero horas, por exemplo, e qualquer pessoa que preste serviços por um período mínimo

²⁴RAY, Jean-Emmanuel. Qualité de vie et travail de demain. **Droit Social**, Paris, n. 2, 2015a, p. 154.

de 3 horas por semana, em média num período de 4 semanas, e sob a direção de outro indivíduo em troca de uma remuneração, tem direito a que lhe sejam apresentadas no primeiro dia de trabalho, por escrito, as suas condições de trabalho, sendo que este prazo pode ser postergado até ao sétimo dia, quando devidamente justificável.

Deve, também, ter acesso à descrição das suas funções, da data de início de funções, da duração, da remuneração, e à menção ao que se considera como um dia *standartizado* de trabalho ou ao número de horas de referência em determinado período, para aqueles com horários de trabalho mais flexíveis. Isto confere ferramentas para que um trabalhador possa reclamar, por exemplo, o direito ao pagamento de horas suplementares, ou até mesmo recusar a atribuição de determinadas tarefas.

Pretendeu-se também com esta diretiva que o trabalhador não possa ser proibido de prestar trabalho de outra natureza, que se estabeleça que a formação obrigatória deva ser providenciada pelo empregador sem encargos, bem como que disponha que a renovação de um contrato não deva expressar-se num novo período experimental²⁵.

Outra das questões é a de que neste novo mundo do trabalho o tempo de trabalho torna-se cada vez mais flexível, podendo originar, por um lado, uma melhor conciliação dos tempos de trabalho mas, simultaneamente, novos problemas com a limitação dos mesmos, já que hoje em dia os trabalhadores são muitas vezes avaliados pelos resultados que apresentam e não pelo trabalho que realizam, o que pode originar uma intensificação do mesmo, assim como dos tempos de trabalho. Na verdade, para muitos, flexibilidade temporal não rima com liberdade mas sim o contrário, tornando-se cada vez mais difícil a conciliação dos tempos de trabalho com os tempos pessoais. Cremos que a oportunidade do *anytime-anyplace* não pode tornar-se no *always and everywhere*²⁶.

Por outro lado, a questão dos tempos de trabalho e da limitação dos mesmos, marca de origem do direito do trabalho, e constante presença em todas as alterações, adquire novas **roupagens** nesta economia

²⁵Cf., para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre trabalho 4.0. In: MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord.). **O mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018, e MOREIRA, Teresa Coelho. Principais repercussões da utilização de sistemas de inteligência artificial por agentes empresariais no âmbito do direito do trabalho: algumas questões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

²⁶Vide GRUPO KRISIS. **Manifesto contra o trabalho**. Tradução de José Paulo Vaz. 2. ed. Lisboa: Antígona, 2017, p. 32-33, que, a propósito deste constante trabalho, desta conexão permanente, do que apelidam de “moderno sistema de produção de mercadorias”, “Nesta esfera, separada da vida, o tempo deixa de ser vivido e vivenciado, torna-se simples matéria-prima que tem de ser otimizada: ‘tempo é dinheiro’. Cada segundo é contabilizado, cada ida à casa de banho é um escândalo, cada conversa é um crime contra a finalidade autonomizada de produção”.

digital. Quem pode dizer, atualmente, qual é o tempo de trabalho de um trabalhador digital? E qual o seu período de repouso, se desde o primeiro minuto em que acorda até ao último antes de adormecer está constantemente conectado, muitas vezes através da internet das coisas?

Neste **Admirável Mundo Novo do Trabalho** coloca-se a questão da limitação dos tempos de trabalho. Esta questão é de fundamental importância, na medida em que parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos mais antigos e emblemáticos direitos consagrados dos trabalhadores - o direito a um descanso efetivo entre jornadas de trabalho.

É cada vez mais visível uma menor separação, como que um esbatimento, entre as fronteiras da vida pessoal e da vida profissional do trabalhador, defendendo-se que o trabalhador tem um **direito à desconexão**, entendido como o direito à privacidade do Século XXI. E se, à primeira vista, este direito à desconexão pode parecer uma contradição, na medida em que fora dos tempos de trabalho o trabalhador não tem de responder às solicitações do empregador, contudo, no tempo da *cloud*, dos portáteis, dos *smartphones*, esta questão ganha uma grande importância, o que não deixa de ser paradoxal, pois em 2020, 129 anos após a lei de 14 de abril de 1891, a primeira lei especificamente laboral em Portugal, está a discutir-se novamente a limitação dos tempos de trabalho para “limites razoáveis”.

Assim, os fantasmas da ubiquidade começam a aparecer, já que se pretende ter um ser humano disponível em todo o local e a toda a hora para trabalhar.

Trata-se, como preconiza Jean-Emmanuel Ray²⁷, de “uma guerra de tempos”. As 40 horas oficiais não têm qualquer significado quando o trabalhador não tem direito ao descanso legalmente previsto por ter de estar constantemente *on-line* e por não poder **desconectar-se** e usufruir do necessário restabelecimento do equilíbrio físico e psicológico. E se a política do *Always on*, das 24 horas sobre 24 horas sempre a laborar, é boa para as empresas, tem consequências extremamente negativas para os trabalhadores.

Mas como aplicar a figura da desconexão aos trabalhadores mais jovens, que vivem constantemente conectados, cujo *smartphone* é uma espécie de terceira mão, considerando que obrigá-los a desconectar-se é um enorme paternalismo?

A grande questão neste tipo de situações é a de que, na maior parte dos casos, não há uma ordem expressa do empregador neste

²⁷RAY, Jean-Emmanuel. La guerre des temps: le net? Never enough time. **Droit Social**, n. 1, 2006, p. 3.

sentido. Há, sim, uma interiorização desta ideia pelos trabalhadores e uma gestão realizada por objetivos de tal forma que, após algum tempo, são os próprios trabalhadores a não conseguirem separar a vida profissional da vida privada e a levar, **voluntariamente**²⁸, trabalho para casa. Surge, assim, uma espécie de **servidão voluntária**, ou, mesmo, de **escravidão voluntária** dos trabalhadores, onde a contabilização dos seus tempos de trabalho não passa de uma mistificação. São muitas vezes os próprios trabalhadores por vezes os culpados da *infobesidade* tecnológica, porque enviam *e-mails* com conhecimento para todos, muitas vezes qualificando-os de urgentes (para parecer importante), reencaminhando-os (para dar a informação), e utilizam sistematicamente o “responder a todos” para mostrar ativismo e participação.

Assim, parece-nos fundamental uma alteração da própria conexão durante os tempos de trabalho.

Trata-se, assim, de promover uma alteração do modelo de trabalhar, de promover uma cultura e uma organização do trabalho que vise favorecer um equilíbrio entre a atividade profissional e a vida pessoal e familiar e uma certa autonomia e flexibilidade temporal em sentido positivo.

Visa-se fomentar uma desconexão técnica e intelectual, pois a primeira não basta, já que não é pelo facto de o trabalhador não ter acesso ao servidor da empresa que deixará de trabalhar, já que as ideias e o trabalho intelectual não estão confinados ao tempo de trabalho.

A desconexão é, em primeiro lugar, uma questão de formação sobre uma utilização razoável das NTIC, de organização individual mas também coletiva, isto é, de saber viver e sobreviver neste mundo digital, defendendo a necessária conciliação e equilíbrio entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar.

Por isso, considera-se que deve ser ao nível do diálogo social e das empresas, através de regulamento interno, que devem ser obtidas as regras sobre a organização das comunicações na empresa, já que as questões são diferentes consoante o seu tipo, a sua dimensão, a atividade a que se dedicam, assim como o próprio tipo de trabalhadores que para elas trabalham e os instrumentos de trabalho que utilizam.

A lei, a jurisprudência e, sobretudo, as convenções coletivas devem tentar garantir o direito ao isolamento e o direito à desconexão do trabalhador. Contudo, não devemos ver este direito como algo que é novo ou como um novo direito dos trabalhadores, porque verdadeiramente do que se trata é de respeitar um direito que eles já têm. Na verdade, nas elucidativas palavras de João Leal Amado (2018, p. 263),

²⁸Vontade quase imposta, ainda que indiretamente, na medida em que há objetivos a atingir.

[...] a obrigação de não perturbar, de não incomodar, recaí sobre a empresa. O trabalhador goza, assim, de um 'direito à não conexão' (dir-se-ia: de um *right to be let alone*) por parte da empresa, de um *do not disturb!* Resultante do contrato de trabalho e da norma laboral aplicável.

Em França, após a consagração em várias convenções coletivas, a reforma laboral consagrou este direito à desconexão na lei, já que o art. L. 2242-8 do **Code du Travail** estabelecia que as empresas com mais de 50 trabalhadores (e apenas estas), têm de negociar este direito no seio das negociações anuais obrigatórias. Já desde 1º de janeiro de 2017, no seio das negociações sobre "igualdade profissional e qualidade de vida", têm de ser discutidas questões como o direito à desconexão e o controlo dos meios informáticos para assegurar o respeito pelo direito ao repouso e à vida familiar e pessoal.

A questão que se colocou imediatamente foi por que estas e não as com menos de 50 trabalhadores.

Por outro lado, trata-se de uma norma mais programática do que imperativa na sua execução prática. Se se analisar este preceito legislativo vemos que, apesar de demonstrar uma preocupação pela questão, não preceitua nenhuma norma imperativa e não estabelece qualquer sanção ou consequência pela infração, remetendo para a negociação coletiva a possibilidade de estabelecer as regras sobre estas matérias de desconexão digital para assegurar o respeito pelo tempo de descanso e de férias dos trabalhadores e a conciliação com a sua vida pessoal e familiar.

Relativamente a esta questão há inclusivamente uma decisão da **Cour de Cassation**, de 12 de julho de 2018, que condenou a empresa britânica **Rentokil Initial** ao pagamento de uma coima no valor de 60 mil euros por violação do direito à desconexão, que o tribunal referiu expressamente.

A 5 de setembro de 2018, porém, esta parte foi revogada e consequentemente eliminada qualquer referência ao *droit à la déconnexion* neste artigo através da *Loi n. 2018-771, du 5 septembre 2018, pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, que alterou o art. L. 2242-8 do **Code du Travail**, introduzindo, em todo o caso, um regime de penalidades aplicável às empresas que não tenham promovido a negociação coletiva ou a elaboração de um "plano de ação" sobre a igualdade profissional entre homens e mulheres e sobre a qualidade de vida no trabalho²⁹, matéria que

²⁹ "Les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur en l'absence d'accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à l'issue de la négociation mentionnée au 2º de l'article L. 2242-1 ou, à défaut d'accord,

integra o âmbito de discussão obrigatória em sede de negociação coletiva por força do art. L. 2242-1 do **Code du Travail**³⁰.

Este direito passou a fazer parte agora da possibilidade de negociação, mas não de negociação obrigatória.

Contudo, o art. L. 2242-17, relativo à igualdade profissional entre homens e mulheres no trabalho e à qualidade de vida no trabalho, estabeleceu no n.º 7 este direito à desconexão, mas se não existir qualquer acordo com os sindicatos (que deixa de ser obrigatório) é o empregador que estabelecerá as regras, o que não nos parece ser a melhor opção, assim como não prevê qualquer sanção para o não respeito a esta obrigação³¹.

Em Itália, a Lei n. 81/2017, de 22 de maio de 2017, *misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, no art. 19, determinou que o trabalhador deve acordar com o empregador a fixação do tempo de repouso e, em especial, das “medidas técnicas e organizativas necessárias para garantir a desconexão do trabalhador dos seus instrumentos tecnológicos de trabalho”. O legislador estipulou, contudo, um âmbito de aplicação setorial, limitando-se ao domínio do *lavoro agile*, o qual é definido como “a forma de organização do trabalho por fases, ciclos e objetivos, sem fixação de horário e local de trabalho e assente na possibilidade de utilização de instrumentos tecnológicos na prestação da atividade laboral”³².

par un plan d'action mentionné à l'article L. 2242-3. Les modalités de suivi de la réalisation des objectifs et des mesures de l'accord et du plan d'action sont fixées par décret. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, ce défaut d'accord est attesté par un procès-verbal de désaccord.” (FRANCE, 2020).

³⁰“Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans: 1^o Une négociation sur la rémunération, notamment les salaires effectifs, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise; 2^o Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail.” (FRANCE, 2020).

³¹“[...] 7^o Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en oeuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.” (FRANCE, 2020).

³²“Art. 19. Forma e recesso. 1. L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. [...]” (ITALIA, 2017).

Porém, contrariamente ao preceito francês, o legislador italiano não qualifica expressamente a desconexão digital como um direito, embora na tramitação parlamentar esta questão tenha sido abordada³³. O *trabalho agile* assemelha-se a um *tertium genus* entre trabalho presencial e trabalho a distância, sendo nesta segunda vertente, que acontece quando a atividade é realizada em casa, que se deverão aplicar estas regras da desconexão digital.

Em Espanha, foi aprovada a Lei Orgânica n. 3/2018, de 5 de dezembro, de **Proteção de Dados Pessoais e garantia dos Direitos Digitais**, que consagrou no art. 88.º o direito à desconexão, e no **Estatuto de los Trabajadores** tem-se o art. 20bis, que tem por epígrafe *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*.

Contudo, a forma como está redigido o art. 88.º não nos parece a melhor opção porque deixa a cargo do empregador esta possibilidade.

Por outro lado, estabelece como um direito e não como um dever, e não consagra qualquer sanção para o seu incumprimento, o que não nos parece a melhor solução.

Mesmo antes da consagração deste direito algumas empresas em convenções coletivas já o tinham regulamentado, como foi o caso da empresa **AXA**, que em 2017 estabeleceu que “excetuando causa de força maior ou circunstâncias excepcionais, a AXA reconhece o direito dos trabalhadores de não responderem aos correios eletrónicos ou às mensagens profissionais fora do seu horário de trabalho”, em vigor até 2020. Este acordo visava incluir a necessidade de impulsionar o direito à desconexão digital, uma vez finalizada a jornada de trabalho.

Contudo, como bem realça Eduardo Taléns Visconti³⁴, a primeira parte do parágrafo desta convenção não é mais do que uma mera declaração de intenções sem qualquer repercussão real, e a parte final, apesar de debruçar-se sobre a questão, fá-lo de forma ainda incipiente.

Por outro lado, trata-o novamente como um direito dos trabalhadores quando seria preferível tratá-lo como um dever negativo dos empregadores, isto é, como uma garantia dos trabalhadores, pois ao ser um direito e não um dever parece que não se acautela suficientemente o direito dos trabalhadores.

Acresce que não existem quaisquer repercussões para a falta de respeito por parte do empregador. O art. 14.º da Convenção apenas reconhece o direito de os trabalhadores não responderem aos *e-mails*

³³Ver, para maiores desenvolvimentos, DI MEO, Rosa. Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata. **Labour & Law Issues**, Bologna, v. 3, n. 2, 2017, p. 28.

³⁴TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique. La desconexión digital en las relaciones laborales: un deber empresarial todavía por construir en España. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 49-50.

profissionais fora do horário de trabalho, mas não lhes confere qualquer canal especial para reclamar no caso de a previsão não ser cumprida e nem se referem aos representantes dos trabalhadores.

No ordenamento jurídico português já se discutiu, também, a eventual regulamentação deste direito, com várias propostas de diferentes partidos, mas que, por agora, ainda nenhuma foi aprovada.

Contudo, ao nível da contratação coletiva, existem três convenções coletivas que consagram este direito. Duas em convenções paralelas onde constitui uma garantia do trabalhador a proibição do empregador “exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso”, nos termos da cláusula 14, alínea “h)” do AE Banco de Portugal/SNQTB e Banco de Portugal/FEBASE³⁵ (PORTUGAL, 2018b, p. 4575), assim como numa outra onde na cláusula 44 do CC APROSE/STAS³⁶, com a epígrafe **Utilização de ferramenta digital no âmbito da relação laboral**, estabelece-se que:

1 - A utilização da ferramenta digital, cedida pela empresa, não pode impedir o direito ao descanso consignado neste CCT e na lei, nomeadamente nos períodos de descanso entre jornadas, descanso semanal obrigatório, férias e dias feriados. 2 - Somente por exigência imperiosa, referente ao funcionamento da empresa, resultante de ocorrências externas imprevistas ou anomalias inesperadas no normal funcionamento daquela, é permitida a interrupção dos períodos indicados no número anterior. (PORTUGAL, 2018a, p. 3642).

A grande questão é como conseguir esta verdadeira desconexão que não pode ser apenas vertical, mas também horizontal, que nos parece, muitas vezes, mais do que um direito à desconexão, um verdadeiro dever de desconectar, na medida em que, não raramente, a utilização destas NTIC parece ser um fator de ineficiência e de danos à produtividade. Na verdade, talvez o melhor caminho seja a consagração como um dever do empregador a não incomodar o trabalhador e consagrá-lo como um dever negativo dos empregadores, como uma garantia dos trabalhadores, e, depois, na parte relacionada com os tempos de trabalho. É que, na verdade, conseguir-se a desconexão durante as férias é fundamental, mas muitas vezes o que gera sintomas de fadiga, *stress* e Síndrome de *Burnout* ou mesmo assédio, é a inobservância diária, constante, contínua, deste direito dos trabalhadores ao descanso. Porque no fundo é disso que se trata.

³⁵Publicado no BTE n. 48/2018.

³⁶Publicado no BTE n. 40/2018.

E parece-nos que os parceiros sociais, através do diálogo social, têm um papel fundamental. Considera-se essencial que se consiga um novo tipo de compromisso sobre flexibilidade temporal relacionada com uma *life-phase approach*, tendo em atenção os interesses de todos os envolvidos³⁷.

Uma outra questão relacionada com esta Revolução 4.0 é o da eventual discriminação que pode ocorrer de determinados grupos, principalmente mulheres e pessoas de determinada raça e etnia, mesmo com o recurso a algoritmos e a inteligência artificial. Na verdade, como bem defende a OIT, é necessário um:

[...] controlo humano da inteligência artificial, de forma a garantir que as decisões finais que afetam o trabalho sejam tomadas por seres humanos e não por algoritmos. A gestão de algoritmos, a vigilância e o controlo através de sensores e de outras formas de monitorização, precisa de ser regulado para proteger a dignidade dos trabalhadores. O trabalho não é uma mercadoria; nem é um robô. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 45).

Os algoritmos tornaram-se os novos supervisores dos trabalhadores e, por isso, assiste-se, nalguns casos, a um aumento do sexismo e mesmo do racismo e da discriminação realizada por estes, já que nenhum é neutro do ponto de vista do género ou da raça, por exemplo. Bem pelo contrário. Eles refletem muitas vezes os preconceitos que existem no mundo real e que também existem nos programadores e nos clientes. E no caso das avaliações feitas por estes, muitas vezes elas são o reflexo dos preconceitos dos mesmos. O problema que se levanta logo, para além da clara discriminação, é o de que uma avaliação mais baixa tem consequências diretas na posição que o trabalhador ocupa e na possibilidade de o mesmo obter uma nova tarefa, podendo originar a eventual **desativação** do mesmo, como é o caso da **Uber**.

Mesmo no caso dos algoritmos a questão mantém-se, até porque eles baseiam-se no comportamento anterior do utilizador, e assentam muitas vezes as decisões nos dados históricos armazenados, ou seja, nas avaliações realizadas anteriormente pelos clientes. No caso da **Uber**, por exemplo, o algoritmo utilizado permite que o condutor aceite a viagem (tem 15 segundos para decidir normalmente) e no final há uma

³⁷Cf., para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. In: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de *et al.* (Coord.). **O mundo do trabalho em debate**. Estudos em Homenagem ao Professor Georgenor de Sousa Franco Filho. São Paulo: LTr, 2019.

avaliação através da plataforma que usa um algoritmo. E é o sistema automático que decide quais os condutores que poderão ser suspensos ou **desativados** por não terem aceitado um número suficiente de corridas ou por terem uma pontuação baixa, ou também pode tentar que trabalhem mais horas ou em determinados locais ao aumentar o preço em determinadas alturas. E esta possibilidade reflete-se negativamente desde logo sobre as mulheres, porque muitas vezes o aumento do preço acontece em alturas de **horas de ponta**, que muitas vezes coincidem com momentos em que são exigidas determinadas tarefas na vida pessoal e familiar que são ainda maioritariamente feitas por mulheres, ou em determinadas horas da noite e aos fins de semana, em que há uma maior necessidade de assegurar determinadas atividades extraprofissionais. E se as mulheres recusarem estas corridas também podem sofrer consequências, que podem chegar à eventual **desativação** da plataforma por não terem cumprido o mínimo de percentagem necessária para se manterem ativas na mesma.

Contudo, defende-se que a tecnologia, sendo neutra, pode ser utilizada para melhorar as condições de trabalho destas pessoas e permitir-lhes ser ouvidas e criarem um espaço próprio de discussão sobre estas matérias. Se desde o início criar-se a tecnologia através de uma aproximação aos direitos humanos, inserindo esta visão de defesa da igualdade e da proibição da discriminação, de transparência e de sustentabilidade, considera-se que poderá melhorar-se bastante esta situação de discriminação.

Na verdade, este Novo Mundo Digital do Trabalho não necessita de ser assustador. Com as ferramentas adequadas, com a tecnologia amiga da igualdade, como uma espécie de Igualdade desde a Conceção e por Defeito³⁸ e com a necessária educação, é possível adaptar-se e trabalhar-se com as máquinas.

Esta ideia de Igualdade desde a Conceção e por Defeito parece ser essencial para combater-se a discriminação que estas pessoas continuam a sofrer mesmo quando trabalham via plataformas digitais, tentando facilitar-se a prova da mesma porque esta, no mundo virtual, pode ser muito difícil. Por isso defende-se que tem de ser revisto e adequado à realidade virtual o conceito de igualdade e a proibição de discriminação, quer direta, quer indireta, assim como as regras sobre a repartição do ónus da prova.

Deve mudar-se, então, de atitude deixando de questionar-se quem fez a discriminação, mas sim como é que a discriminação está a ser feita e como é que as plataformas proporcionam essa mesma, através dos

³⁸Semelhante ao previsto no Regulamento 2016/679 relativamente à proteção de dados pessoais que estabelece no art. 25.º a proteção de dados desde a conceção e por defeito.

algoritmos que são introduzidos e que reproduzem muitos dos preconceitos, estereótipos e discriminação do mundo real, transferindo-os para o mundo virtual.

Os algoritmos têm de ser transparentes e inserir o princípio da igualdade de tratamento desde o início do processo de sua construção³⁹.

Não conseguimos vislumbrar, na verdade, uma justificação para uma eventual diferenciação em razão do género ou da raça no caso do trabalho virtual. Não parece concebível uma situação em que o género ou a raça possam constituir requisitos essenciais e determinantes para o exercício da atividade que justifique que se aceitem apenas trabalhadores do género masculino ou de determinada raça ou etnia.

Parece-nos que nestas novas formas de prestar trabalho têm de assegurar-se condições de trabalho decentes, realizando uma conexão entre **bons produtos e serviços** e a noção de **trabalho decente**, independentemente do tipo de emprego que se detenha, respeitando a ideia da universalização dos direitos sociais, assim como a garantia dos direitos individuais e coletivos, respeitando os percursos **híbridos** das pessoas e a pluriatividade.

Creio que, na verdade, a Revolução 4.0 só pode ser verdadeiramente um sucesso se estiver em sintonia com as necessidades dos trabalhadores e com a ideia de um trabalho decente.

Se começar a antecipar-se, dentro do possível, o futuro, a Revolução 4.0 pode oferecer uma possibilidade de crescimento económico e um progresso para a sociedade em geral, com a possibilidade de criação de um trabalho que cumpra as regras de segurança, saúde e retribuição justa. Na sociedade do futuro a inovação ocupa um papel crucial, e num mundo globalizado tornar-se-á cada vez mais importante o desenvolvimento de novas ideias e de novos negócios. Mas, para obter isso, é necessário apoio e segurança, parecendo-nos fundamental então que, no futuro mundo digitalizado do trabalho, o princípio tuitivo, a função protecionista do direito do trabalho, o código genético do direito do trabalho, mantenha-se eficaz.

Não pode esquecer-se que o trabalho não significa apenas a principal fonte de rendimento para a maior parte das pessoas no mundo. O trabalho é também uma forma de estar em sociedade e de dignidade, e até de identidade, sendo a forma de participação na sociedade para muitos. O emprego tem de ser visto como uma atividade que visa a produção material de bens e serviços úteis à sociedade e não como atividade apenas para permitir uma acumulação de riqueza. O trabalho não deve ser visto apenas como uma forma de remuneração económica, mas também

³⁹O mesmo é defendido pela OIT, *op. cit.*, p. 47.

como uma forma de estar em sociedade. E a carência de emprego ou a sua existência precária minam as possibilidades de integração, podendo romper-se a coesão social e criarem-se situações de exclusão, fazendo perigar a estabilidade social da sociedade.

E, por isso, o desemprego tem inúmeros custos económicos, sociais, psicológicos que justificam a afirmação de Viviane Forrester (1997, p. 18) quando diz que “para lá da exploração do homem há algo pior: a ausência de qualquer exploração”.

E se os efeitos destes novos desenvolvimentos na organização laboral e na própria sociedade são incertos, eles podem e devem ser moldados pela sociedade. Está-se no início de uma nova negociação entre os indivíduos, os parceiros sociais e o Estado, sendo que o papel dos parceiros sociais parece essencial na determinação do trabalho decente a nível mundial. Parece-nos que o diálogo social e a participação dos parceiros sociais, tanto a nível da concertação social como a nível de negociação coletiva, podem conduzir a que sejam encontradas respostas inovadoras nestas matérias, nomeadamente em matéria de desenvolvimento do emprego, de luta contra a exclusão e de melhoria da qualidade de vida e das condições de trabalho. Podem conseguir-se respostas apropriadas, porque portadoras de novas flexibilidades e de segurança renovada, aos grandes desafios de hoje, como o desenvolvimento da formação ao longo da vida, o reforço da mobilidade, o envelhecimento ativo ou ainda a promoção da igualdade de oportunidades e da diversidade perante um mundo de trabalho que está a sofrer uma verdadeira revolução.

Contudo, tem também de atender-se que estas novas formas de prestar trabalho e o trabalho 4.0 originam uma alteração da própria ideia de diálogo social, surgindo a questão de saber qual o diálogo social na era digital? Deverão surgir novas formas de diálogo social?

Crê-se ainda que o próprio conteúdo do diálogo social deve alterar-se, pois as condições de trabalho na era digital são diferentes das tradicionais e isto tem de refletir-se na discussão entre os parceiros sociais - discutir a questão, *inter alia*, da alteração das atividades, da automatização, da inserção no mercado de trabalho de trabalhadores considerados **vulneráveis**, do equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada e da transparência no funcionamento deste novo tipo de empresas.

3 CONCLUSÕES

É necessário, diria até urgente, perante esta revolução digital antecipar o futuro e começar já hoje a alteração do direito do trabalho, através de um compromisso social que beneficie trabalhadores e empregadores, através, por exemplo, de acordos com os parceiros sociais para

identificar maneiras de melhor conciliar a vida profissional com a vida familiar, de uma melhor flexibilização dos tempos de trabalho que satisfaça também as necessidades dos empregadores, ou através da intensificação e da melhoria da formação ao longo da vida que é, sem dúvida, a melhor resposta para um mundo do trabalho que está constantemente em mutação.

Creemos que deveriam criar-se regras para estas novas formas de prestar trabalho que tivessem em atenção, *inter alia*, uma retribuição mínima, um período máximo de trabalho, ou assegurar regras mínimas de proteção social e de saúde e garantir o cumprimento das regras de proteção de dados pessoais através de um controlo eletrónico correto, que respeite o direito à privacidade e à igualdade e não discriminação.

Tendo em atenção a evolução histórica do direito do trabalho, do período liberal até aos nossos dias, nota-se como, afinal, os problemas são os mesmos. Já o Papa João Paulo II, na **Encíclica Centesimus Annus**, a propósito dos 100 anos da **Encíclica Rerum Novarum**, escreveu que esta era “um documento sobre os pobres e sobre a terrível condição à qual o novo e não raramente violento processo de industrialização reduzira enormes multidões”, considerando, contudo, que:

Queira Deus que estas palavras, escritas enquanto crescia o que foi chamado ‘capitalismo selvagem’, não tenham hoje de ser repetidas com a mesma severidade. Infelizmente ainda hoje é frequente encontrar casos de contratos entre patrões e operários, nos quais se ignora a mais elementar justiça, em matéria de trabalho de menores ou feminino, dos horários de trabalho, do estado higiénico dos locais de trabalho, e da legítima retribuição. (PAPA JOÃO PAULO II, 1991).

Isto, claro está, a par de contratos de trabalho perfeitamente **leoninos**, muitas vezes a coberto da lei e, outras vezes, à sombra de uma legalidade laboral muito duvidosa.

Defende-se, contudo, que o direito do trabalho tem uma sólida e provada experiência de maleabilidade e que irá adaptar-se e superar esta situação, não se cumprindo os vaticínios dos profetas da desgraça quando, há já muitos anos e recorrentemente, vaticinaram, apocalipticamente, a **morte anunciada** relativamente a este ramo do direito.

O direito do trabalho não está ao serviço da liberalização dos mercados, devendo tentar corrigir as inevitáveis consequências antissociais do livre jogo do mercado, assegurando através das suas regras e da contratação coletiva um reequilíbrio entre trabalhadores e empregadores, evitando os excessos dos poderes destes e atribuindo àqueles a merecida dignidade que têm enquanto pessoas que trabalham para o bem coletivo.

Não pode esquecer-se que o direito do trabalho introduziu, ao lado da racionalidade económica, uma racionalidade social, não podendo ser uma parte de um direito económico que tenta, qual polvo com os seus inúmeros tentáculos, tudo dominar.

A função ou funções atuais do direito do trabalho e a sua razão de ser não podem situar-se apenas no presente. Não pode esquecer-se de onde veio para saber para onde deve ir, assim como todo o papel que cumpriu na configuração de uma sociedade democrática, mais justa e igualitária e de um verdadeiro Estado Social. E este papel do direito do trabalho tem de continuar a ser cumprido e assegurado. A carga axiológica, os valores que, a certa altura outorgaram a **certidão de nascimento** a este ramo de direito não podem, pela sua ausência, **cavar a sua sepultura**.

O direito do trabalho atual tem ainda como função racionalizar e controlar os poderes do empregador, defendendo um uso adequado da flexibilidade, selecionando o que é realmente necessário para a viabilidade das empresas e vedando o que é injustificadamente prejudicial para os trabalhadores.

A economia e o direito não podem ser colocados conceptualmente no mesmo plano, pois, além do mais, não é possível equipararem-se números a pessoas. Ora, o direito do trabalho é um direito para as pessoas, com fundamentos éticos e humanísticos que não podem ser esquecidos ou suspensos provisoriamente, defendendo-se, não é de mais dizê-lo, que o trabalhador não pode ser tratado como uma coisa, como uma mera mercadoria. O trabalhador é uma pessoa livre, digna, que insere a sua pessoa na relação de trabalho, sendo a tutela da dignidade da pessoa um elemento identificador do direito do trabalho.

A referência à dignidade tem de relacionar-se com a proibição de trabalho forçado mas também com o direito a prestação de trabalho em condições dignas, seguras e sãs, através de um trabalho decente⁴⁰. E todas as alterações legislativas ou toda ampliação dos poderes do empregador encontram na dignidade da pessoa humana um limite infranqueável.

Nos 100 anos da OIT convém lembrar que ela foi criada com um princípio fundamental orientador, que foi o de que o trabalho não é uma mercadoria e que os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e de dignidade, de segurança económica e em igualdade de oportunidades. E isto era tão verdade em 1919 como hoje.

⁴⁰Já na **Encíclica *Rerum Novarum*** o Papa Leão XIII defendia que “entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém”, podendo ler-se, ainda, que “Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado.” (PAPA LEÃO XIII, 1891).

Defende-se, em jeito conclusivo, que o direito do trabalho tem futuro, mas, para o assegurar, não pode ser esquecido o seu passado, a razão por que surgiu como ramo de direito autónomo. Em suma, a sua ontogénese tem de marcar sempre presença, devendo ser sempre, na busca de um **paraíso quase perdido, quem mais ordena**.

Há que defender, parece-nos, que estas novas formas de desumanização do trabalho não são uma fatalidade nem uma parte inevitável do progresso tecnológico. Bem pelo contrário. As TIC podem constituir um instrumento formidável de libertação do homem porque permitem que este se concentre na parte mais criativa do seu trabalho. Mas, para conseguir isto, tem de abandonar-se o modelo do trabalhador ligado ao computador e passar a desenvolver o modelo do computador como um modo de trabalhar, adaptando-o ao homem, procurando sempre um regime de trabalho realmente humano tal como previsto na constituição da OIT que, necessariamente, nos dias que correm, tem de ser revisitada, pois apesar de consagrar valores **pré-digitais**, não são **valores obsoletos**. Por isso, na esteira da OIT, defende-se uma agenda social que assente na dignidade das pessoas e na centralidade das mesmas no trabalho.

A revolução digital e a Revolução 4.0 não podem tornar-se numa corrida entre o homem e a máquina, mas sim, serem vistas como uma oportunidade de o trabalho tornar-se, verdadeiramente, uma forma de realização pessoal.

REFERÊNCIAS

ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms.

Comparative Labor Law & Policy Journal, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. 4. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

AMADO, João Leal. Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 52, jan./jun. 2018.

BERG, Janine. Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

CARINCI, Franco. Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale. **GDLRI**, Milan, n. 25, 1986.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork, and labor protection in the “gig-economy”. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

DI MEO, Rosa. Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata. **Labour & Law Issues**, Bologna, v. 3, n. 2, 2017.

EUROPEAN UNION. **The social protection of workers in the platform economy**. Brussels: Policy Department A, 2017.

FORRESTER, Viviane. **O horror económico**. Tradução de Ana Barradas. Lisboa: Terramar, 1997.

FRANCE. Code du travail. **Légifrance**, Paris, 2020.
Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20200228>.

FRANCE. Conseil National du Numérique. **Travail, emploi et numérique**: les nouvelles trajectoires. Paris, 2016.

GERMANY. Federal Ministry of Labour and Social Affairs. **Green Paper Work 4.0**, Berlin, 2015.

GRAHAM, Mark *et al.* **The risks and rewards of online gig work at the global margins**. Oxford: Oxford Internet Institute, 2017.

GRUPO KRISIS. **Manifesto contra o trabalho**. Tradução de José Paulo Vaz. 2. ed. Lisboa: Antígona, 2017.

ITALIA. L. 22 maggio 2017, n. 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. **Gazz. Uff.**, Roma, n. 135, 13 giugno 2017. Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Legge-22-maggio-2017-n81.pdf>.

MOREIRA, Teresa Coelho. **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites ao poder de controlo eletrónico do empregador. Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. *In*: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de *et al.* (Coord.). **O mundo do trabalho em debate**. Estudos em Homenagem ao Professor Georgenor de Sousa Franco Filho. São Paulo: LTr, 2019.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões sobre trabalho 4.0. *In*: MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord.). **O mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. Reimp. da primeira edição. Coimbra: Almedina, 2016.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. V. II. Coimbra: Almedina, 2016.

MOREIRA, Teresa Coelho. O trabalho 4.0 e a igualdade de gênero: algumas questões. *In*: ARAÚJO, Adriane Reis de; D'AMBROSO, Marcelo (Coord.). **Democracia e neoliberalismo: o legado da Constituição em tempos de crise**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MOREIRA, Teresa Coelho. Principais repercussões da utilização de sistemas de inteligência artificial por agentes empresariais no âmbito do direito do trabalho: algumas questões. *In*: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT OECD. Going digital: the future of work for women. **Policy Brief on the Future of Work**, Paris, OECD Publishing, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa: Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho, *Bureau* Internacional do Trabalho, 2019.

PAPA FRANCISCO. **Carta encíclica *laudato si***: sobre o cuidado da casa comum. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 24 maio 2015.

PAPA JOÃO PAULO II. **Carta encíclica *centesimus annus***: no centenário da *rerum novarum*. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1º maio 1991.

PAPA LEÃO XIII. **Carta encíclica *rerum novarum***: sobre a condição dos operários. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 15 maio 1891.

PORTUGAL. Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. Gabinete de Estratégia e Planeamento. **Boletim do Trabalho e Emprego**, Lisboa, n. 40, v. 85, 2018a.

PORTUGAL. Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. Gabinete de Estratégia e Planeamento. **Boletim do Trabalho e Emprego**, Lisboa, n. 48, v. 85, 2018b.

PRASSL, Jeremias. **Humans as a service**: the promise and perils of work in the gig economy. Oxford: OUP, 2018.

PRASSL, Jeremias; RISAK, Martin. Uber, taskrabbit & co.: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, IL, v. 37, n. 3, 2016.

RAY, Jean-Emmanuel. La guerre des temps: le net? Never enough time. **Droit Social**, n. 1, 2006.

RAY, Jean-Emmanuel. **Les relations individuelles de travail 2016**. Paris: Wolters Kluwer, 2015b.

RAY, Jean-Emmanuel. Qualité de vie et travail de demain. **Droit Social**, Paris, n. 2, 2015a.

RISAK, Martin. **Fair working conditions for platform workers**: possible regulatory approaches at the EU level. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018.

SUSSKIND, Daniel. **Um mundo sem trabalho**: como responder ao avanço da tecnologia. Porto: Ideias de Ler, 2020.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique. La desconexión digital en las relaciones laborales: un deber empresarial todavía por construir en España. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, Brasília, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018.

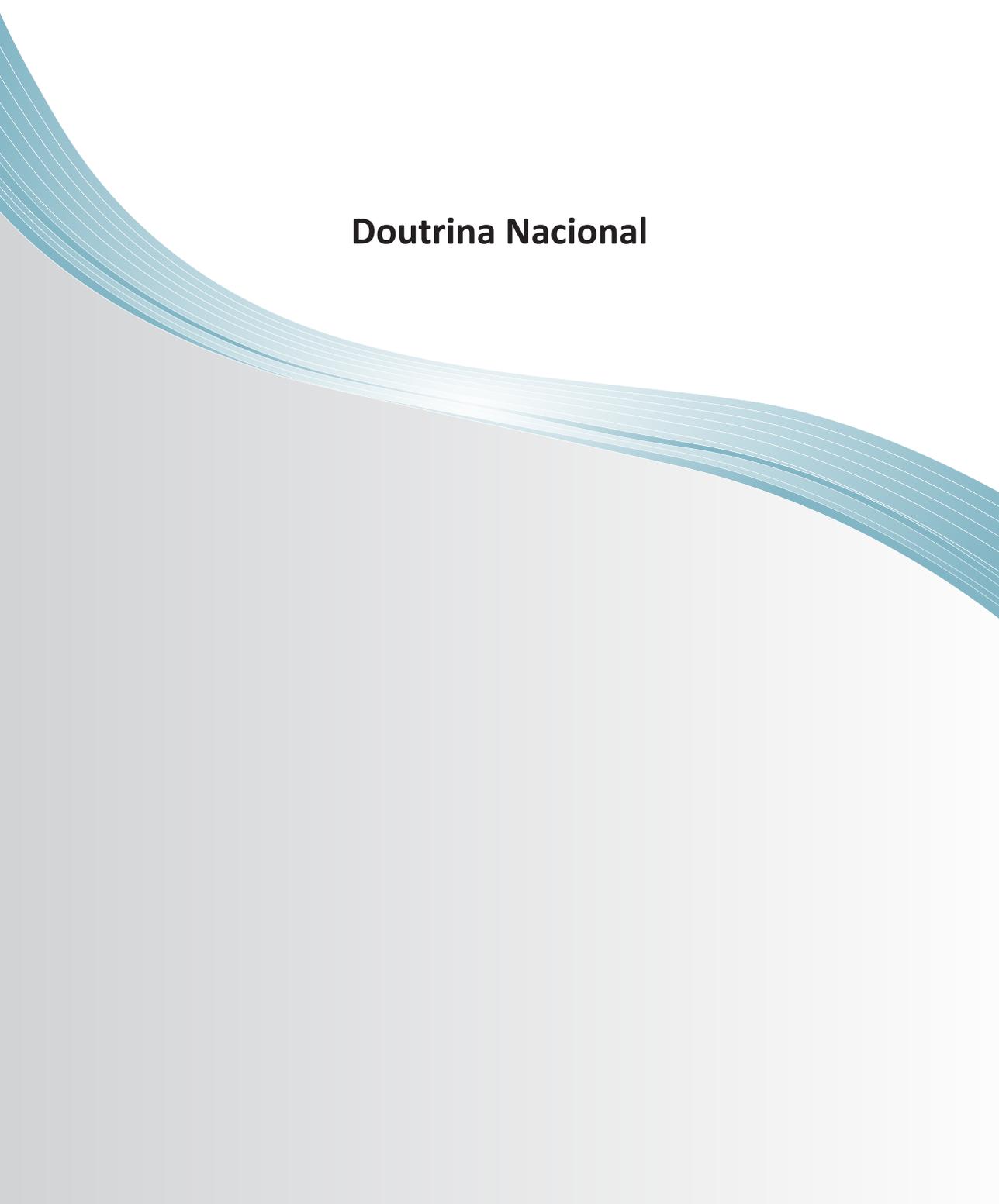
TODOLI SIGNES, Adrián. Nuevos indícios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales. *In*: RODRÍGUEZ-PIÑERO

ROYO, Miguel; HERNÁNDEZ-BEJARANO, Macarena (Dir.).
Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos.
Albacete: Bomarzo, 2017.

TOFFLER, Alvin. **A terceira vaga.** Oeiras: Livros do Brasil, 1999.



ARTIGOS



Doutrina Nacional

A UTILIZAÇÃO DO SEGURO GARANTIA EM SUBSTITUIÇÃO AO DEPÓSITO RECURSAL: reflexões à luz da Lei n. 13.467/2017 e do Ato TST.CSJT.CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019

THE USE OF THE GUARANTEE INSURANCE IN REPLACEMENT TO THE APPEAL DEPOSIT: reflections in the light of Law no. 13.467/2017 and Act TST-CSJT- CGJT no. 1, October 16th, 2019

FACCIOLI, Pedro Henrique Godinho*

Resumo: O presente artigo destina-se a analisar a utilização do seguro garantia como substituto do depósito recursal, nos termos do § 11 do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, e das disposições do Ato TST.CSJT.CGJT n. 1/2019. Partindo-se de um breve histórico e de noções elementares sobre os institutos, objetiva-se focar o exame da matéria e propor soluções interpretativas a respeito de quatro eixos centrais: a) forma de atualização do depósito recursal; b) exigência do acréscimo de 30%; c) possibilidade de utilização do seguro garantia com prazo de validade determinado, e d) consequências processuais em caso de irregularidade do seguro garantia.

Palavras-chave: Seguro garantia. Depósito recursal. Reforma trabalhista.

Abstract: This article is intended to analyze the use of guarantee insurance as a substitute for appeals deposit, pursuant to § 11 of art. 899 of the Consolidation of Labor Laws - CLT, introduced by Law no. 13.467/2017, and the provisions of Act TST.CSJT.CGJT n. 1/2019. Starting from a

*Analista Judiciário e Assistente de Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Professor do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da UNIFEOP (Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos).

brief history and elementary notions about the institutes, the objective is to focus the examination of the matter and to propose interpretative solutions regarding four central axes: a) how to update the appeal deposit; b) requirement to increase 30%; c) the possibility of using the guarantee insurance with a specific period of validity, and d) procedural consequences in case of irregularity of the guarantee insurance.

Keywords: Guarantee insurance. Appeal deposit. Labor reform.

1 CONCEITO, BREVE HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA DO DEPÓSITO RECURSAL: algumas repercussões da Lei n. 13.467/2017

Hodiernamente, a doutrina costuma conceituar o depósito recursal como o “valor pecuniário a ser depositado na conta judicial, devido quando há condenação em pecúnia para conhecimento do recurso interposto pelo reclamado” (SCHIAVI, 2018, p. 955).

Malgrado ainda esteja bastante envolvido no cotidiano forense e seja alvo de recentes debates jurídicos, tal instituto encontra-se presente no processo do trabalho desde os seus primórdios. A ideia foi introduzida no Decreto-Lei n. 1.237/1939 e, em seguida, no Decreto n. 6.596/1940, sendo transportada para o art. 899 da redação originária da CLT, segundo o qual, “naquelas causas que versassem sobre férias, salários ou contrato individual do trabalho, cujo valor não excedesse a cinco mil cruzeiros” (BRASIL, 1943), a admissibilidade dos recursos dependia da realização do depósito do valor da condenação. Posteriormente, a Lei n. 2.244/1954 dispôs que essa exigência deveria ser observada “para todo e qualquer tipo de condenação, independentemente da matéria”. Após essas considerações, Manoel Carlos Toledo Filho conclui que o depósito recursal:

[...] também se tornou, ainda que indiretamente, um virtual elemento de dissuasão de recursos protelatórios, finalidade esta que, não obstante, deve ser encarada como um mesmo efeito colateral, secundária, portanto. (TOLEDO FILHO, 2006, p. 143-144).

Neste contexto, Mauro Schiavi aponta que ele não é “taxa judiciária, pois não está vinculado a um serviço específico do Poder Judiciário” e que, em seu entender, “tem natureza híbrida, pois além de ser um pressuposto recursal objetivo, que, se não preenchido, importará

em deserção do recurso, é uma garantia de futura execução por quantia certa”, mas que a Instrução Normativa n. 3/1993 do C. TST lhe atribuiu, apenas, “natureza da garantia de futura execução” (SCHIAVI, 2018, p. 956).

Preliminarmente, cumpre elucidar duas questões elementares.

Vejamos. A partir da análise dos §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT - conforme a legislação anterior à entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017 (11.11.2017) -, estava pacificado na jurisprudência do C. TST que somente a reclamada tinha o dever de realizar o depósito recursal (E-RR 74900-63.2008.5.10.0003, SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 1º.10.2010), “mesmo havendo condenação em ação de reconvenção ajuizada pela empregadora” (RR 633-24.2013.5.03.0009, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 31.5.2019).

Todavia, esse entendimento passou a ser questionável após o advento da “Reforma Trabalhista” (Lei n. 13.467/2017), pois a expressão “conta vinculada do empregado” foi substituída por “conta vinculada ao Juízo” na nova redação do § 4º do art. 899 da CLT, tendo sido revogado o § 5º do mesmo dispositivo, que também fazia alusão à conta do obreiro. Não obstante, recente julgado da 6ª Turma da Corte Superior Trabalhista orientou-se no sentido de que, “ainda que tenha havido alteração da norma, esta mudança teve por finalidade garantir, de forma mais efetiva, que o depósito recursal não se transforme em óbice para o acesso à justiça e ao contraditório”, de modo que “não há como se exigir depósito recursal como requisito de recorribilidade ao trabalhador” (RR 45186-46.1995.5.12.0007, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 30.8.2019). Isto é, empreendeu-se uma interpretação teleológica e compatível, inclusive, com o escopo central do depósito recursal, de garantir um mínimo valor para a futura execução, usualmente de créditos alimentares.

Outro aspecto pertinente - especialmente após a introdução dos honorários de sucumbência na CLT (art. 791-A) pela Lei n. 13.467/2017 - é que, mesmo antes de seu advento (11.11.2017), a SBDI-1 do C. TST já havia consolidado o entendimento de que essa parcela não deve ser considerada como condenação em pecúnia para a realização do depósito recursal, pois “apenas e tão somente remete à consequência da sucumbência”, sendo também o que se extrai do art. 5º da Instrução Normativa n. 27/2005 daquela Corte Superior (E-RR 2410-97.2011.5.02.0023, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 21.10.2016).

Feitas estas considerações introdutórias, passa-se à apreciação da matéria específica que norteia o presente artigo: a utilização do seguro garantia judicial.

2 O SEGURO GARANTIA JUDICIAL NA FASE DE EXECUÇÃO: as diferenças entre a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com os arts. 2º, 3º e 4º, II, da Circular n. 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP¹, o seguro garantia judicial pode ser definido como a espécie de seguro em que a seguradora garante o pagamento dos valores que o tomador deveria depositar em Juízo durante o trâmite de processo judicial.

De início, não se pode deixar de mencionar que, mesmo antes da Lei n. 13.467/2017, os arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único, do Código de Processo Civil - CPC - dispunham sobre a possibilidade de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito, acrescido de 30%, o que, anteriormente, já estava previsto no art. 656, § 2º, do CPC/1973, incluído pela Lei n. 11.382/2006.

Contudo, Homero Batista Mateus da Silva relata que o instituto sempre encontrou resistência na esfera judicial, mormente trabalhista, inclusive porque o devedor nem sequer necessita imobilizar seu patrimônio para garantir a execução:

É fácil notar o desconforto que o seguro garantia prova como forma de depósito recursal ou de guarnição da dívida no processo judicial, sobretudo no trabalhista: através dessa modalidade, o devedor, em realidade, não está a exibir a integralidade do dinheiro nem se afetou seu patrimônio. É suficiente que tenha bom relacionamento com as instituições bancárias e consiga crédito. Com valores moderados para pagar as taxas e as comissões de permanência da rede bancária, o devedor será capaz de garantir valores elevados, em um ou mais processos, e, assim, perde-se a essência da glosa dos valores para fins de execução. Daí por que o seguro garantia e produtos similares sempre enfrentaram resistência no processo judicial. (SILVA, 2018, p. 655).

Ocorre que, tendo em vista a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho (arts. 769 e 889 da CLT e 15 do CPC), em junho de 2016 a OJ n. 59 da SBDI-2 do C. TST passou a ter a seguinte redação:

¹Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>. Acesso em: 28 jun. 2019.

MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA. CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. (Nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 1, 2 e 3.6.2016. A carta de fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito em execução, acrescido de trinta por cento, equivalem a dinheiro para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 835 do CPC de 2015 (art. 655 do CPC de 1973). (BRASIL, 2016b).

E após a “Reforma Trabalhista” a questão restou simplificada, uma vez que o novo texto legal (art. 882 da CLT) menciona expressamente o seguro garantia.

Esclareça-se que, de fato, o art. 889 da CLT dispõe que, em se tratando da fase de execução, prevalece a incidência subsidiária da Lei de Execuções Fiscais (n. 6.830/1980), porém, nesta matéria específica (garantia do Juízo), a CLT determina a aplicação do CPC, desde a antiga redação do art. 882 da CLT, dada pela Lei n. 8.432/1992.

Assim, constata-se que a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho encontra-se consolidada a esse respeito: não apenas exigindo que o seguro garantia corresponda ao valor do débito acrescido de 30% (OJ n. 59 da SBDI-2 do C. TST) mas, também, admitindo-o por prazo determinado, em razão da falta de exigência legal em sentido diverso. É o que se verifica de julgado da SBDI-2, em cuja ementa se considerou que, havendo previsão legal autorizativa e que não faz ressalvas nesse particular, “não se pode recusar o seguro garantia e a fiança bancária como meios aptos à garantia do Juízo, sob pena de ofensa aos postulados constitucionais da legalidade e do devido processo legal (CF, art. 5º, II e LIV)”. Apesar disso, em sua fundamentação constou ser “recomendável que a apólice correspondente detenha prazo de vigência razoável, preferencialmente vinculado ao período de tramitação da ação a que se vincula”, pois, caso contrário, a efetividade processual poderia ficar comprometida, “em face do caráter aleatório do tempo de tramitação das ações judiciais” (RO 20440-88.2017.5.04.0000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, SBDI-2, DEJT 8.2.2019).

Aqui vale pontuar que sempre que o CPC se refere à fiança bancária ou ao seguro garantia judicial acrescido de 30% ele principia com expressões como “A penhora pode ser substituída” (art. 848, parágrafo único) ou “Para fins de substituição da penhora” (art. 835, § 2º), motivo pelo qual a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ - tem compreendido que a exigência do acréscimo de 30% somente é cabível na situação específica de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, e não na hipótese de mera garantia inicial por

um destes instrumentos (AgInt no REsp 1760556/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 21.5.2019; REsp 1674655/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 9.10.2017).

A propósito, também está cristalizado na jurisprudência do C. STJ que se admite “a substituição da penhora de dinheiro por seguro garantia apenas em hipóteses excepcionais, em que seja necessário evitar dano grave ao devedor, sem causar prejuízo ao exequente” (AgInt no AREsp 1086974/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJe 22.8.2019).

Ainda que se trate de garantia inicial, embora não se imponha o acréscimo de 30%, a Portaria n. 440/2016 da Procuradoria-Geral Federal estabelece uma série de requisitos para o seguro garantia, como, por exemplo (art. 6º): a) “o valor segurado deverá ser igual ao montante original do débito executado com os encargos e acréscimos legais, devidamente atualizado pelos índices legais aplicáveis aos débitos inscritos em dívida ativa” (inciso I); b) “previsão de atualização do débito garantido pelos índices aplicáveis aos débitos inscritos em dívida ativa” (inciso II); c) “manutenção da vigência do seguro, mesmo quando o tomador não pagar o prêmio nas datas convencionadas” (inciso III); d) “vigência da apólice de, no mínimo, 2 (dois) anos” (inciso V), e e) inexistência de “cláusula de desobrigação decorrente de atos exclusivos do tomador, da seguradora ou de ambos” (parágrafo único) (BRASIL, 2016a).

Ademais, o C. STJ já decidiu ser “perfeitamente possível o oferecimento do seguro garantia, mas somente com validade indeterminada”, pois “a demora do processo poderia tornar ineficaz a garantia, deixando o credor desprotegido” (REsp 1634473/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25.4.2017). Nesse sentido a AgInt no AREsp 1044185/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe 23.10.2017.

Como se observa, a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho não está em sintonia com a do C. STJ na interpretação e aplicação dos arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único, ambos do CPC, especialmente porque, na seara trabalhista: a) não restringe a utilização do seguro garantia em execução para situações excepcionais em que seja necessário evitar dano ao devedor (como o faz o STJ); b) estabelece a exigência do acréscimo de 30% sem diferenciar as situações de garantia inicial (para a qual o STJ não faz essa imposição) e de substituição da penhora (a qual, a princípio, seria a única prevista pela literalidade do CPC) - o que é reforçado pelo teor do art. 7º do Ato Conjunto TST.CSJT. CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019, e c) ao contrário do C. STJ, admite o seguro garantia por prazo determinado, sem restrições, flexibilidade que foi atenuada pelo referido ato conjunto, conforme será analisado oportunamente.

3 A ATUALIZAÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL

Segundo o novel § 4º do art. 899 da CLT, o depósito recursal deverá ser “corrigido com os mesmos índices da poupança”, cujo rendimento é regulado pelo art. 12 da Lei n. 8.177/1991. Vejamos a sistemática: a) como atualização monetária (inciso I), a TR (Taxa de Referência); b) como juros (inciso II), 0,5% ao mês (“enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5%”) ou, como é o caso hoje em dia, 70% “da meta da taxa Selic ao ano” (por exemplo, em setembro/2019, ela havia sido fixada em 5,5% ao ano, de modo que os juros da poupança correspondentes eram de 3,85% ao ano ou 0,32% ao mês).

Primeiramente, não obstante a regra do art. 889 da CLT, é descabida a utilização subsidiária do § 4º do art. 9º da Lei n. 6.830/1980, uma vez que não há lacuna normativa no particular: o *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, especificamente direcionado à seara trabalhista, prevê que os débitos deverão ser atualizados até o seu efetivo pagamento (ou seja, o recebimento dos valores pelo exequente), e não apenas até a garantia do Juízo. Esse entendimento está consolidado pelo C. TST. Confirmam-se: RR 38900-61.2011.5.17.0004, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 8.3.2019; AIRR 3067-64.2011.5.02.0047, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 27.9.2019; ARR 123000-33.2009.5.03.0060, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 20.9.2019. Desse modo, a incidência de juros de mora e correção monetária no processo do trabalho remanesce por toda a fase de execução.

Pois bem. Quanto aos juros de mora, é fácil verificar que não estão em consonância com aqueles aplicáveis aos débitos trabalhistas de pessoas jurídicas de direito privado, pois estes são de 1% ao mês (art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177/1991). Por sua vez, quanto à Fazenda Pública, os seus débitos trabalhistas posteriores a 29.6.2009 sofrem incidência dos juros da caderneta de poupança (OJ n. 7, II, do Plenário do C. TST), até mesmo porque, neste ponto específico (juros de mora em condenações oriundas de relação jurídica não tributária), o dispositivo que assim prevê (art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, incluído pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009) foi declarado compatível com a Carta Magna pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, ocorrido em 20.9.2017.

Já no tocante à correção monetária, a matéria é mais complexa.

Antes da Lei n. 13.467/2017, a questão era regida pelo *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, o qual dispõe que o índice aplicável é a TR (Taxa de Referência). Entretanto, em 4.8.2015, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade 479-60.2011.5.04.0231, sob a relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, o Plenário do C. TST reputou inconstitucional a expressão “equivalentes à TRD”, por ofensa ao direito de

propriedade (art. 5º, XXII, da CF), sob o fundamento de que a TR não é capaz de recompor o valor real dos créditos trabalhistas. Posteriormente, em sede de embargos de declaração, cujo acórdão foi publicado em 30.6.2017, restou pacificada a modulação temporal: deve ser adotado o índice IPCA-E a partir de 25.3.2015 (mesma data utilizada pelo E. STF para a modulação dos efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, inclusive e especialmente quanto à correção monetária dos precatórios, prevista na Emenda Constitucional n. 62/2009) e, quanto ao período anterior, deve ser utilizada a TR. Foi ajuizada reclamação constitucional contra essa decisão, mas foi julgada improcedente pela 2ª Turma do E. STF, tendo transitado em julgado em 15.8.2018 (Rcl 22012, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, julgado em 5.12.2017, DJe 037 public. 27.2.2018).

A par disso, a Lei n. 13.467/2017 acresceu à CLT o § 7º ao art. 879, o qual prevê que:

A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991. (BRASIL, 1943).

Contudo, prevalece que o novel dispositivo carece de eficácia normativa, pois se reporta, expressamente, à Lei n. 8.177/1991, cujo art. 39 já foi declarado inconstitucional pelo C. TST. Aplica-se, ainda, o IPCA-E, portanto.

É como vêm decidindo cinco das oito Turmas da Corte Superior Trabalhista (1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 8ª): RR 77200-61.2003.5.04.0028, Rel. Des. Convocado Roberto Nóbrega de Almeida Filho, 1ª Turma, DEJT 21.9.2018; ED ARR 63500-65.2009.5.04.0203, Rel. Min. José R. Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 23.11.2018; ED ARR 1214-40.2015.5.09.0029, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 15.3.2019; RR 11880-43.2016.5.15.0015, Rel. Des. Convocada Cilene F. Amaro Santos, 6ª Turma, DEJT 22.6.2018; RR 153-61.2010.5.04.0029, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 15.3.2019.

Apenas uma delas (a 4ª) tem posicionamento em sentido contrário (RR 10117-87.2015.5.03.0140, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 4ª Turma, DEJT 30.11.2018), sendo que, pelo que se tem conhecimento, as outras duas (5ª e 7ª) ainda não se manifestaram especificamente sobre a questão.

Atualmente, ainda está pendente de julgamento o incidente de arguição de inconstitucionalidade do § 7º do art. 879 da CLT, o qual foi suscitado pela SBDI-2 do C. TST em 13.3.2018, no Processo TST RO 24059-68.2017.5.24.0000.

Saliente-se que, no julgamento do RE 870.947, o E. STF também decidiu pela inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de correção monetária quanto aos débitos trabalhistas da Fazenda Pública, afastando, neste aspecto específico, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Aliás, na sessão plenária de 3.10.2019 foram rejeitados os embargos de declaração ali opostos, negando-se a pretensão de fixação de modulação temporal diferenciada e mais benéfica para os entes públicos.

Deste panorama, fica evidenciado que ainda prepondera o entendimento de que, a partir de 25.3.2015 (e, inclusive, após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017), deve incidir o IPCA-E como índice de correção monetária sobre os débitos trabalhistas, devidos por entes públicos ou privados, mesmo porque é dado oficial do Banco Central que, por exemplo, entre novembro/2017 e outubro/2019 (os primeiros dois anos de vigência da “Reforma Trabalhista”), a TR permaneceu absolutamente zerada, sem nenhuma variação, por menor que fosse.

Cabe ainda assinalar que a constitucionalidade não somente do § 7º do art. 879 (que trata da correção monetária dos débitos trabalhistas) mas também do § 4º do art. 899 da CLT (que dispõe sobre a atualização dos depósitos recursais), será apreciada pelo E. STF no julgamento da ADI 5.867 e das ADCs 58 e 59, nas quais foi apresentado parecer da Procuradoria-Geral da República, datado de 13.12.2018, cujo conteúdo abrange a seguinte conclusão meritória (a qual, como se verá, revela-se favorável à manutenção do posicionamento firmado pelo C. TST):

A correção monetária dos depósitos judiciais e dos créditos decorrentes de condenação na Justiça do Trabalho pela TR, conforme determinado, respectivamente, pelos arts. 899-§ 4º e 879-§ 7º da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, ofende o direito fundamental da propriedade (art. 5º-XXII da CF) de jurisdicionados trabalhistas, porquanto tal índice não é capaz de eliminar a defasagem entre o valor nominal e o valor real da moeda. (BRASIL, 2018).

Neste quadro, o Ato TST.CSJT.CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019 (cuja natureza e conteúdo serão melhor analisados no decorrer deste artigo), em seu art. 3º, exige que o seguro garantia contenha “previsão de atualização da indenização pelos índices legais aplicáveis aos débitos trabalhistas” (inciso III) (BRASIL, 2019), o que suscita dúvidas:

a) optou-se por afastar a regra específica de atualização dos depósitos recursais em pecúnia, prevista no § 4º do art. 899 da CLT, vinculando-se o seguro garantia diretamente às regras “aplicáveis aos débitos trabalhistas”. Em uma primeira análise, seria possível concluir que isso fere o princípio da isonomia (art. 5º da CF), pois não se vislumbra

justificativa capaz de autorizar esse tratamento diferenciado. Ocorre que, em verdade, em um sistema normativo inteiramente lógico e coerente, o depósito recursal (seja em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia) deveria ser atualizado da mesma maneira que os débitos do processo correspondente. É dizer: se os débitos trabalhistas submetem-se a juros simples de 1% ao mês (ou juros da poupança, no caso de entes públicos, conforme regras estipuladas no art. 12 da Lei n. 8.177/1991) e correção monetária pelo IPCA-E, o depósito recursal também deveria ser assim atualizado. Dessa forma, embora eventualmente possa gerar alguma dificuldade interpretativa, inexistente prejuízo em razão de tal previsão, contida no inciso III do art. 3º do referido ato;

b) o termo “atualização” não deixa suficientemente claro se o ato conjunto usou-o em sentido estrito (apenas como correção monetária) ou lato (como juros de mora acrescidos da correção monetária). Considerando os argumentos já expendidos no parágrafo acima e a (necessária) efetividade do processo - e, notadamente, da futura execução -, o dispositivo deve ser interpretado entendendo-se que “atualização” abrange juros moratórios e correção monetária;

c) ao utilizar a expressão “índices legais”, o ato conjunto remete ao disposto na lei em sentido estrito. Nesse sentido, como já visto, o § 7º do art. 879 da CLT dispõe que a correção monetária se dará na forma da Lei n. 8.177/1991, ou seja, pela TR (art. 39, *caput*). Todavia, a maioria das Turmas do C. TST tem decidido pela aplicação do IPCA-E (observada a modulação temporal já abordada), o qual não possui previsão legal expressa. Ademais, a tendência é que o C. TST e o E. STF adotem esse posicionamento em precedentes vinculantes. Por esses motivos, o termo “legais” não pode ser alvo de interpretação rígida, devendo ser aplicados os índices de acordo com a ordem jurídica, sob a ótica da jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores.

4 O SEGURO GARANTIA COMO SUBSTITUTO DO DEPÓSITO RECURSAL E A EXIGÊNCIA DO ACRÉSCIMO DE 30%

O § 11 do art. 899 da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, possui a seguinte redação, bastante singela: “O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial” (BRASIL, 1943).

Diferentemente do art. 882 da CLT, portanto, o dispositivo não faz alusão ao CPC, fato que, aliado às particularidades do depósito recursal tratadas alhures, torna ainda mais duvidosa a possibilidade de transposição da exigência do acréscimo de 30% prevista em seus arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único (a qual, ademais, foi idealizada no processo

civil para o âmbito da fase de execução), uma vez que, aparentemente, não se localiza nenhuma lacuna a ser suprida nos termos dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC, sendo, a nosso ver, hipótese de silêncio eloquente do legislador.

Entretanto, durante a tramitação do projeto de lei que deu origem à “Reforma Trabalhista”, constou do parecer do relator na Comissão Especial, Deputado Rogério Marinho, que:

A exigência de que o valor seja 30% (trinta por cento) superior ao do depósito recursal significa que um montante maior do crédito do reclamante será adimplido, independentemente de execução forçada. (BRASIL, 2017a).

Ou seja, o legislador objetivava que essa exigência fosse aplicada para o depósito recursal.

É esse o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado e de Gabriela Neves Delgado (2017, p. 369), para os quais há omissão normativa a ensejar a incidência subsidiária do CPC, tal como se tem entendido na execução.

Mas há vozes em sentido contrário, como a de Élisson Miessa:

No caso de depósito recursal, embora seja uma modalidade de antecipação de penhora, não se exige o acréscimo de 30%. Isso se justifica porque o depósito recursal tem valores específicos de recolhimento, o que significa que exigir garantia superior ao valor do depósito seria impor um depósito superior para aqueles que se valessem desse (*sic*) modalidade de garantia. Ademais, o depósito recursal tem seu regramento próprio e específico no processo do trabalho, de modo que não há como incidir regras do processo civil, já que neste não há norma sobre o depósito recursal. Assim, por força art. 899, § 11, da CLT, a fiança bancária ou o seguro garantia judicial devem ser no valor correspondente ao depósito recursal. (MIESSA, 2018, p. 315).

Seguindo esse raciocínio, a 6ª Turma do C. TST já decidiu que, se “a parte apresentou seguro garantia judicial no valor máximo do depósito recursal para o recurso ordinário, cuja apólice prevê a correção do valor pelos índices da poupança, foi atendido o art. 899, §§ 4º e 11, da CLT”, pois “o art. 835, § 2º, do CPC e a OJ n. 59 da SBDI-2 dizem respeito à garantia da execução e não são aplicáveis ao depósito recursal”, que possui regulação própria. Logo, a exigência do acréscimo de 30% violaria o art. 5º, LV, da CF (RR 10152-53.2018.5.03.0007, Rel. Des. Conv. Cilene F.

Amaro Santos, DEJT 7.6.2019). Outrossim, esse é o posicionamento externado em recente julgado da 8ª Turma da Corte Superior Trabalhista (AIRR 1001307-25.2017.5.02.0315, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 25.10.2019).

Em nossa visão, embora se repute essencial a identificação do objetivo do legislador ao aprovar uma norma, essa constatação não possui um caráter absoluto, devendo prevalecer outros métodos interpretativos, como o lógico, o teleológico e o sistemático, sendo de rigor a sua apreciação à luz da Constituição Federal e ponderadas as consequências práticas decorrentes (art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Além disso, o CPC trouxe esse acréscimo em um contexto específico de substituição da penhora já ocorrida (arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único), como forma de garantir que isso aconteceria apenas excepcionalmente e que o valor seria suficiente para suportar os juros de mora, a correção monetária e outras despesas processuais. Por sua vez, o § 11 do art. 899 da CLT prevê a possibilidade de utilização da fiança bancária ou do seguro garantia em substituição ao depósito recursal em pecúnia, o que foi estabelecido como mais uma alternativa à parte, sem qualquer caráter excepcional.

Destarte, entende-se que a norma do § 11 do art. 899 da CLT não atrai a exigência do acréscimo de 30%, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica e o devido processo legal (art. 5º, XXXVI e LIV, da CF, respectivamente), uma vez que descabe impor ao particular uma obrigação que não consta da lei, surpreendendo-o. Explica-se: se o seguro garantia observa o valor pertinente e estabelece a sua atualização (correção monetária e juros de mora, como abordado no tópico anterior), compreende-se como indevida a imposição à parte do acréscimo de 30%, porque, além de deixar de ter justificativa, não há autorização legal para se exigir daquele que faz o seguro uma maior garantia do que daquele que deposita o valor em dinheiro.

A despeito disso, o Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT n. 1/2019 buscou regulamentar a matéria e estabeleceu que, além da “previsão de atualização da indenização pelos índices legais aplicáveis aos débitos trabalhistas” (art. 3º, III), “no seguro garantia para substituição de depósito recursal, o valor segurado inicial deverá ser igual ao montante da condenação, acrescido de, no mínimo 30%, observados os limites estabelecidos pela Lei n. 8.177 e pela Instrução Normativa n. 3 do TST” (art. 3º, II) (BRASIL, 2019).

Ocorre que, em se tratando de ato administrativo, não há como se entender por seu caráter vinculante, mas, sim, exclusivamente orientativo (não obrigatório). Entendimento em sentido contrário implicaria admitir que um ato administrativo teria o condão de impedir o

florescimento e a construção do debate jurisprudencial a respeito de determinada matéria, a qual, inclusive, poderá eventualmente ser examinada pelo E. STF, já que envolve potencial limitação do acesso à Justiça e do direito de defesa, além de alteração do devido processo legal, sem previsão normativa expressa.

Eventual interpretação que lhe atribuisse eficácia normativa e caráter vinculante, além de não observar a reserva legal (art. 5º, II, da CF), violaria a competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CF) e a independência funcional dos magistrados (art. 95 da CF), como bem apontou a Procuradoria-Geral da República em parecer apresentado na ADI 5.516, em que se abordava a mesma controvérsia, mas relacionada à Instrução Normativa n. 39/2016 do C. TST.

Oportuno notar que a ausência de força vinculante de tal ato se reforça pela constatação de que, após a sua publicação (18.10.2019), já houve julgado da 8ª Turma do C. TST (23.10.2019) rejeitando a tese de que o seguro garantia substitutivo do depósito recursal deve ter o acréscimo de 30% (AIRR 1001307-25.2017.5.02.0315).

Por derradeiro, registre-se que o dispositivo se refere ao “montante da condenação”, mas destaca a necessidade de respeito aos limites fixados pela IN n. 3/1993 do C. TST², a qual prevê que existem valores máximos para cada uma das espécies recursais, os quais são periodicamente atualizados por ato da Presidência do C. TST. Desta feita, quanto ao valor, o ato conjunto definiu, para o seguro garantia, a mesma regra já utilizada para o depósito recursal em pecúnia, de sorte que apenas sobre ele (e não sobre todo o valor da condenação, se superior) incidirá o acréscimo de 30%.

5 PRAZO DE VIGÊNCIA DO SEGURO GARANTIA

Outra questão que merece ser abordada é o prazo de vigência do seguro garantia. Como já visto, no âmbito da execução, há julgados do C. STJ rejeitando apólices que prevejam prazo determinado. Quanto à sua utilização como depósito recursal, nos termos do § 11 do art. 899 da CLT, a jurisprudência do C. TST ainda não firmou um posicionamento prevalente ou majoritário:

a) as 3ª, 6ª e 8ª Turmas entendem que, por falta de exigência legal, deve ser admitido o seguro garantia com prazo determinado. Além do mais, o art. 760 do Código Civil dispõe que a apólice deve prever a validade do seguro e a Circular 477/2013 da Susep regulamentou o prazo de

²Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/5132>. Acesso em: 28 out. 2019.

vigência no particular. Caso o seguro garantia perca a sua validade e não seja oportunamente renovado, haverá a deserção do recurso correspondente, se ainda não julgado. Nesse sentido: RR 11135-26.2016.5.03.0006, Rel. Des. Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª Turma, DEJT 9.8.2019; RR 10469-31.2018.5.03.0143, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 30.8.2019. Aliás, já se destacou que o § 11 do art. 899 da CLT não estabelece “qualquer condição de eficácia da apólice para a satisfação do preparo” e que “o mero fato de o seguro judicial não prever a renovação automática de sua vigência é incapaz de comprometer a admissibilidade do recurso”, visto que “não se pode afirmar, de antemão, que a reclamada não solicitará um novo prazo no período determinado pela seguradora, em caso de necessidade” (RR 10655-82.2018.5.03.0069, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 25.0.2019);

b) por sua vez, a 2ª Turma tem decidido que “a garantia do Juízo deve ser concreta e efetiva, sendo, assim, incompatível com a fixação de prazo de vigência da apólice do seguro garantia judicial”, de modo que, caso a execução se prolongue para além de seu prazo de validade, o Juízo não estará mais garantido e o seguro não cumprirá a finalidade do depósito recursal, de garantia do Juízo para futura execução (AIRR 11088-63.2017.5.03.0185, Rel. Min. José R. Freire Pimenta, DEJT 28.6.2019).

Aliás, a Tese n. 14 da Comissão 4-A do XIX Conamat (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) propõe a absoluta inviabilidade da utilização do seguro garantia como depósito recursal, “[...] em razão da sistemática aplicável a esse tipo de instrumento, limitada a determinado tempo de vigência” (FELICIANO; FREITAS; TREVISÓ, 2018, p. 76), o que seria incompatível com a natural duração indeterminada dos processos.

Aqui, dois apontamentos se mostram essenciais.

Primeiramente, caso se admita o uso de seguro garantia com prazo de vigência determinado, obviamente este não poderá ser excessivamente reduzido, pois tal circunstância evidenciará a fraude ou má-fé da parte recorrente.

Em segundo lugar, a abusividade, ou não, do prazo do seguro garantia deve ser analisada sob a ótica do tempo de tramitação das ações trabalhistas. Segundo as estatísticas oficiais do C. TST, uma reclamação trabalhista passa, em média, oito meses e dezoito dias em primeira instância; dez meses e dezenove dias no Tribunal Regional; dois anos, cinco meses e vinte e nove dias no TST, e dois anos, nove meses e vinte e um dias em execução; somando, em todas as fases (obviamente, se utilizadas as vias recursais), seis anos, dez meses e vinte e sete dias. Essa extensa duração impõe cautela, devendo ser lembrado que, no caso do seguro garantia em execução, o tempo de tramitação restante é substancialmente mais curto.

Ora, malgrado não se possa atribuir caráter vinculante ao Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT n. 1/2019, entende-se que o seu art. 3º propôs adequado tratamento da matéria, pois em vez de simplesmente permitir ou proibir o seguro garantia judicial com prazo de vigência determinado, fixou-lhe requisitos primordiais: a) “manutenção da vigência do seguro, mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convenionadas, com base no art. 11, § 1º, da Circular 477 da Susep e em renúncia aos termos do art. 763 do Código Civil e do art. 12 do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966” (inciso IV); b) “vigência da apólice de, no mínimo, 3 (três) anos” (inciso VII); c) “cláusula de renovação automática” (inciso XII); d) previsão de que “o contrato de seguro garantia não poderá conter cláusula de desobrigação decorrente de atos de responsabilidade exclusiva do tomador, da seguradora ou de ambos, tampouco cláusula que permita sua rescisão, ainda que de forma bilateral” (§ 1º) (BRASIL, 2019).

Daí é possível constatar que, embora se tenha admitido a vigência da apólice por prazo determinado e inferior ao prazo médio de tramitação das reclamações trabalhistas, o exequente é devidamente resguardado, uma vez que, além da cláusula de renovação automática, garantiu-se a manutenção da vigência do seguro, mesmo se não pago tempestivamente o prêmio, vedando-se, ainda, por exemplo, a existência de cláusula que permita a sua rescisão, ainda que de forma bilateral.

Conquanto se possa alegar que o ato teria criado obrigações não previstas no § 11 do art. 899 da CLT, o que se fez foi definir parâmetros para que o seguro garantia possa ter a mesma eficácia do depósito recursal em espécie, mesmo sem o prazo de validade vinculado ao recebimento de valores pelo autor em execução, cuja contratação, em tese, seria mais custosa à parte recorrente. Logo, ao mesmo tempo em que protege o trabalhador e permite que o seguro garantia cumpra a finalidade do depósito recursal, de garantia do Juízo para a futura execução, tal solução também preserva a parte contrária e enaltece o intuito do legislador, de permitir um uso mais amplo do seguro garantia e, com isso, facilitar o seu acesso à Justiça (às instâncias recursais).

6 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS EM CASO DE CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADE DO SEGURO GARANTIA

Também se revela essencial discutir: caso se entenda pela irregularidade do seguro garantia judicial apresentado em substituição ao depósito recursal, em razão da falta do acréscimo de 30% (para aqueles que o consideram necessário), ou da ausência de algum requisito atinente

à sua validade (como, por exemplo, o prazo de vigência não inferior a três anos ou a existência de cláusula de renovação automática), qual será a consequência? Vislumbram-se três possíveis desencadeamentos processuais:

a) a concessão de prazo para o recolhimento do depósito em dobro, na forma do § 4º do art. 1.007 do CPC, sob o fundamento de que a situação equipara-se à falta de comprovação do preparo. De plano, deve ser descartada, na medida em que, além de o § 4º do art. 1.007 do CPC não estar previsto na IN n. 39/2016 do C. TST como subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do CPC), porque incompatível, esse é o entendimento majoritário, reiterado e consolidado das Turmas e Seções Especializadas daquela Corte Superior. Exemplificativamente, é o que se decidiu nos seguintes julgados: ARR 2359-97.2013.5.15.0009, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 14.9.2018; Ag AIRR 10092-17.2016.5.15.0072, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 3.5.2019; AIRO 1000797-21.2016.5.02.0000, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, SBDI-2, DEJT 28.9.2018. A título de curiosidade, as 5ª e 7ª Turmas do C. TST adotam posicionamento contrário, inspiradas pelo princípio da primazia do julgamento do mérito e pela maior efetividade à execução proveniente do recolhimento em dobro (ARR 1525-58.2016.5.12.0014, Rel. Min. Cláudio M. Brandão, 7ª Turma, DEJT 14.12.2018; Ag AIRR 11465-54.2015.5.03.0007, Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma, DEJT 14.12.2018);

b) por falta de previsão específica a respeito da matéria, o recurso não deverá ser conhecido sem que seja concedido prazo à parte recorrente para sanar os vícios, pois a situação não equivale nem à falta de comprovação do preparo (art. 1.007, § 4º, do Código de Processo Civil) nem à sua insuficiência (art. 1.007, § 2º). Essa posição mostra-se incompatível com o princípio da primazia do julgamento de mérito - inclusive com o parágrafo único do art. 932 do Código de Processo Civil -, mostrando-se assaz restritiva ao acesso à Justiça. Nada obstante, é essa a consequência processual na hipótese em que, ao ser apreciado o recurso, verifica-se que o prazo de validade do seguro garantia já expirou. Nesse sentido, a 2ª Turma do C. Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que “não se pode aplicar o disposto no art. 1.007, § 2º, do CPC/2015, tampouco a diretriz inserta na OJ n. 140 da SBDI-1, com redação atual, pois não é caso de insuficiência no recolhimento do depósito recursal, mas de total ausência de recolhimento do depósito pertinente ao recurso interposto” (ED-ED AIRR 401-96.2011.5.03.0036, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 16.8.2019);

c) a concessão de prazo para a parte adequar o seguro garantia, nos termos do § 2º do art. 1.007 do CPC e da OJ n. 140 da SBDI-1 do C. TST³, visto que a hipótese guarda similaridade com a insuficiência do preparo. Diante do teor do § 2º do art. 1.007 do CPC e de sua pacífica aplicação ao processo do trabalho (OJ n. 140 da SBDI-1 do C. TST e art. 10 da IN n. 39/2016), reputa-se esta opção a mais consentânea com o escopo do legislador (de ampliar o acesso à Justiça) e com o moderno princípio da primazia do julgamento do mérito (sedimentado, especialmente, a partir do advento do CPC/2015).

E foi esse o posicionamento adotado pelo Ato Conjunto TST. CSJT.CGJT n. 1/2019. De fato, o art. 6º, II, prevê que a apresentação de apólice sem a observância dos requisitos ali previstos acarretará, “no caso de seguro garantia judicial para substituição a depósito recursal, o não processamento ou não conhecimento do recurso, por deserção”; mas, ao final, o art. 12 dispõe que, ao entrar em vigor, as suas disposições já seriam aplicáveis “aos seguros garantia judiciais e às cartas de fiança bancária apresentados após a vigência da Lei n. 13.467/2017”, estabelecendo que caberá “ao magistrado, se for o caso, deferir prazo razoável para a devida adequação” (BRASIL, 2019).

Pondera-se que, ao utilizar a expressão “se for o caso”, o dispositivo ora examinado deixa dúvida sobre em quais hipóteses deverá, ou não, ser concedido o prazo para regularização do seguro garantia, o que ocasiona insegurança jurídica, pois coloca a matéria sob a discricionariedade do juiz, sem previsibilidade para a parte. Considera-se razoável que os magistrados busquem sempre conceder o prazo, ressalvadas hipóteses excepcionais de erro grosseiro e inescusável ou de fraude ou má-fé.

Por fim, vale esclarecer que o art. 12 do ato conjunto se refere a “prazo razoável” - e não ao prazo de cinco dias, como previsto na OJ n. 140 da SBDI-1 do C. TST e nos arts. 923, parágrafo único, e 1.007, § 2º, do CPC -, pois o § 2º do art. 775 da CLT autoriza o Juízo a dilatar os prazos processuais, tratando-se, assim, de uma orientação ao magistrado para que o faça nesta hipótese específica, tendo em vista a exiguidade do prazo diante da burocrática providência a ser cumprida.

³OJ n. 140 da SBDI-1 do C. TST: “DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS PROCESSUAIS. RECOLHIMENTO INSUFICIENTE. DESERÇÃO. (Nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.4.2017. Em caso de recolhimento insuficiente das custas processuais ou do depósito recursal, somente haverá deserção do recurso se, concedido o prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 2º do art. 1.007 do CPC de 2015, o recorrente não complementar e comprovar o valor devido”. (BRASIL, 2017b).

7 CONCLUSÕES

Reitera-se que o citado ato conjunto é administrativo, de sorte que, tal como a IN n. 39/2016 e os diplomas de mesma natureza, carece de força vinculante e, portanto, serve apenas para orientar os magistrados e advogados trabalhistas a respeito do posicionamento do C. SJT e da Presidência e da Corregedoria do C. TST. Isto é, nada impede que sejam firmados entendimentos distintos no âmbito judicial, sendo ainda relevante o conhecimento acerca das diferentes nuances sobre o assunto, especialmente as seguintes conclusões principais, abaixo sintetizadas:

a) embora haja previsão legal específica acerca da atualização do depósito recursal (art. 899, § 4º, da CLT - índices aplicáveis à poupança), ela se mostra incoerente e incompatível com a necessária efetividade processual. Portanto, revela-se adequada a previsão do art. 3º, III, do Ato TST.CSJT.CGJT n. 1/2019, a qual impõe a atualização pelos índices aplicáveis aos débitos trabalhistas, a qual deve ser entendida como abrangendo juros moratórios e correção monetária, devendo ser observada, quanto a esta última, o IPCA-E, conforme a jurisprudência do C. TST e do E. STF;

b) entende-se que a norma do § 11 do art. 899 da CLT não atrai a exigência do acréscimo de 30%, sob pena de se violar o princípio da segurança jurídica e o devido processo legal (art. 5º, XXXVI e LIV, da CF, respectivamente). Diferentemente do art. 882 da CLT, tal dispositivo nem sequer faz alusão ao CPC, o qual, aliás, trouxe esse acréscimo em um contexto distinto e excepcional, de substituição da penhora já ocorrida (arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único). Ademais, se o seguro garantia já terá o seu valor atualizado e a apólice conterá cláusulas que o tornam tão eficaz quanto o depósito em pecúnia, não resta justificativa para o acréscimo, mesmo porque não há autorização legal para se exigir daquele que faz o seguro uma maior garantia do que daquele que deposita o montante em dinheiro. Assim, discorda-se dessa exigência, contida no art. 3º, II, do referido ato conjunto, ao qual, pela sua natureza administrativa, não é possível atribuir caráter vinculante, mas, sim, exclusivamente orientativo, sob pena de ofensa à reserva legal (art. 5º, II, da CF), à competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CF) e à independência funcional dos magistrados (art. 95 da CF);

c) a fim de buscar uma solução para a controvérsia entre as Turmas do C. TST sobre a possibilidade de se utilizar do seguro garantia com prazo determinado, entende-se que o art. 3º do aludido ato propôs adequado tratamento da matéria, pois em vez de simplesmente

permiti-lo ou proibi-lo, fixou-lhe requisitos primordiais, como a cláusula de renovação automática e a manutenção da vigência do seguro mesmo se não pago tempestivamente o prêmio, vedando-se, ainda, por exemplo, a existência de cláusula que permita a sua rescisão, ainda que de forma bilateral. Logo, ao mesmo tempo em que protege o trabalhador e permite que o seguro garantia cumpra a finalidade do depósito recursal, de garantia do Juízo para a futura execução, tal solução também preserva a parte contrária e enaltece o intuito do legislador de permitir um uso mais amplo do seguro garantia e, com isso, facilitar o seu acesso à Justiça;

d) diante de irregularidade do seguro garantia, reputa-se mais consentânea com o escopo do legislador (de ampliar o acesso à Justiça) e com o moderno princípio da primazia do julgamento do mérito a concessão de prazo para a sua adequação, nos termos do § 2º do art. 1.007 do CPC e da OJ n. 140 da SBDI-1 do C. TST, visto que a hipótese guarda similaridade com a insuficiência do preparo. Aliás, é o que prevê o art. 12 do citado ato conjunto, cuja expressão “se for o caso” deve ser interpretada no sentido de que os magistrados busquem sempre conceder o prazo, ressalvadas hipóteses excepcionais de erro grosseiro e inescusável ou de comprovada fraude ou má-fé. Também é descabida a concessão do prazo na situação em que, ao ser apreciado o recurso, o prazo de validade do seguro garantia já está expirado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Calculadora do cidadão**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/corrigirPelaTR.do?method=corrigirPelaTR>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que: “Altera o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”**. Brasília, 2017a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A6B085F52EF8805A9C532DFE133DEB98.

BRASIL. Decreto-Lei n. 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. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 4 mar. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8177.htm. Acesso: em 28 out. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. Portaria n. 440, de 21 de junho de 2016. Disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e de seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal. **DOU**, Brasília, 27 out. 2016a. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-440-de-21-de-junho-de-2016-22063338-22063338>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.867/DF**. Parecer da Procuradoria-Geral da República. Brasília, 13 dez. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339312043&ext=.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.516/DF**. Parecer da Procuradoria-Geral da República. Brasília, 13 set. 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310299104&ext=.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019. **DEJT**, Brasília, n. 2833, Caderno Administrativo do CSJT,

p. 1-3, 18 out. 2019. Disponível em: <https://dejt.jt.jus.br/dejt/f/n/diariocon>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. JT: prazos na JT. **Estatística**. Brasília, [ca. dez. 2019]. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/prazos>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da SDI-1 n. 140. **DEJT**, Brasília, 20 abr. 2017b. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_121.htm#TEMA140. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial da SDI-2 n. 59. **DEJT**, Brasília, 1º jun. 2016b. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_2/n_S5_41.htm#59. Acesso em: 28 out. 2019.

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

FELICIANO, Guilherme Guimarães; FREITAS, Marco Antônio de; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia (Coord.). **Reforma trabalhista**: enunciados aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho Conamat (2018). Brasília: Anamatra, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

MIESSA, Élisson. **Normas processuais da reforma trabalhista**. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista - Lei n. 13.467/2017 e a IN n. 41/2018 do TST. 15 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro**. São Paulo: LTr, 2006.

TEMA 1046 DO STF: análise contextual

STF THEME 1046: contextual analysis

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos*

Nas questões dúbias se há de preferir o que for
mais benigno. (Gaio)¹

Resumo: O objetivo do presente artigo é compreender o **contexto fático e jurídico** no qual se está atualmente a discutir, perante o Supremo Tribunal Federal, o conteúdo da negociação coletiva trabalhista.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Direito do trabalho. Negociação coletiva. Autonomia privada.

Abstract: The purpose of this article is to understand the **factual and legal context** in which the content of collective labor bargaining is currently being discussed before the Federal Supreme Court.

Keywords: Supreme Federal Court. General repercussion. Labor law. Collective bargaining. Private autonomy.

*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro efetivo das Associações Argentina e Uruguia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Diretor da Escola Judicial do TRT-15 no biênio 2017-2018.

¹“Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt” (Gaius). FRANÇA, R. Limongi. **Brocardos jurídicos:** as regras de Justiniano. São Paulo: RT, 1961, p. 72.

1 INTRODUÇÃO

Ao início da década de 50 do século passado, o festejado jurista ítalo-argentino Mario Deveali, ao analisar a viabilidade jurídica de normas sindicais que eventualmente criassem gravames aos trabalhadores ou que alterassem *in peius* suas condições contratuais individuais, afirmou que “sua licitude pode ser seriamente discutida”. Reportando-se a dois casos que haviam ocorrido, um na Itália e outro na Alemanha nazista², o professor da Universidade de La Plata advertia que, a rigor, não se poderia simplesmente supor que os obreiros houvessem autorizado a celebração de medidas que contrariassem seus interesses pessoais³.

Esta breve citação basta para comprovar que a questão referente aos limites legais ou constitucionais quanto ao conteúdo da negociação coletiva sempre foi particularmente espinhosa.

Nunca houve segurança ou consenso acerca de quais poderes de **transação coletiva** estariam concretamente afetos aos entes representativos dos trabalhadores e empregadores, é dizer, onde estaria a **fronteira jurídica da autonomia privada sindical**.

Se bem que seja esse, via de regra, um tema conexo à virtual redução ou neutralização de direitos ou garantias legalmente previstas para a classe trabalhadora - por conta do *status* de **irrenunciabilidade** que lhes é ordinariamente afeto - fato é que, recentemente, passou-se a discutir, inclusive, a suposta impossibilidade da celebração de normas pretensamente desfavoráveis à classe econômica ou empresarial⁴. Ou seja, hoje, a dúvida a tal respeito, ademais de **superlativa**, ainda adquiriu um curioso caráter **bifronte**.

Neste contexto se insere o Tema 1046 da relação de repercussão geral ora vigente perante o Supremo Tribunal Federal. Caberá à instância máxima do Poder Judiciário nacional intentar sanar a dúvida,

²No primeiro caso (Itália), se havia estabelecido uma redução geral de salários e, no segundo (Alemanha), se estipulara um salário máximo.

³DEVEALI, Mario. **Curso de derecho sindical y de la prevision social**. Buenos Aires: V. P. Zavalia, 1952, p. 165.

⁴Confira-se, no particular, extrato de notícia publicada no sítio do TST em 18.5.2017: “A Seção de Dissídios Coletivos do TST declarou nulas as cláusulas de convenção coletiva que proibiam a terceirização nos condomínios residenciais e comerciais do Distrito Federal. As cláusulas foram contestadas pelo Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário e Serviços Terceirizáveis do Distrito Federal, o SEAC. A decisão é referente às cláusulas 51 e 52 da Convenção Coletiva de Trabalho 2011-2013, firmada entre o Sindicato dos Trabalhadores em Condomínios do Distrito Federal, o Seicon e o Sindicato dos Condomínios Residenciais e Comerciais do Distrito Federal, o Sindicondomínio. Os artigos definem as atividades de zelador, garagista, porteiro, serviços gerais e faxineiro como atividades fim e, portanto, não poderiam ser terceirizadas. Com isso, os contratos entre as empresas de asseio e conservação representadas pelo SEAC e os condomínios precisariam ser rescindidos”. (MENDES, 2017).

fixando parâmetros ou perspectivas aptas a nortear, com efeito vinculante, todas as deliberações doravante ultimadas pela Justiça do Trabalho quanto a esse assunto.

A missão que a Suprema Corte se impôs é árdua, e premente: ao trazer esse dificultoso tema para o âmbito da repercussão geral, decretou-se, também, mercê da regra contida no art. 1.037, inciso II, do CPC, a suspensão automática de toda uma miríade de demandas que ora tramitam perante a Justiça especializada, sendo certo que, em muitíssimas delas, o ponto referente à validade ou não de uma determinada norma coletiva é somente um aspecto entre tantos outros, cuja solução igualmente será **indefinidamente postergada**⁵.

Nosso intento aqui será, assim, detalhar e analisar, em **caráter preliminar** ou **propedêutico**, o panorama fático e jurídico pertinente ao tema em apreço.

2 ANTECEDENTES

O Supremo Tribunal Federal, em duas ocasiões anteriores, já se debruçara sobre a matéria dos limites da negociação coletiva trabalhista, desde a perspectiva de justificar-se, ou não, sua análise para efeito de declaração de repercussão geral. E, nessas duas oportunidades, a resposta fora pela **negativa**.

A primeira delas se deu em **16.12.2010**, no bojo do **AI 825675 RG/SP**, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, que veio a transformar-se no **Tema 357**. Nessa ocasião, a Corte Suprema, **por unanimidade**,

⁵O § 10 do art. 1.035 do CPC prescrevia que: “Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal” (BRASIL, 2015b). Esta **salutar disposição** foi, porém, revogada pela Lei n. 13.256/2016. A proposta de revogação deste preceito, assim como daquele similar constante do § 5º do art. 1.037 veio no PL 2468/2015 da Câmara dos Deputados (apensado ao PL 2384/2015), valendo a pena conferir os fundamentos da mesma: “Propõe-se, também, a revogação do § 10 do art. 1.035 e do § 5º do art. 1.037, que estabelecem que a ausência de julgamento no prazo de 1 (um) ano de recurso a cujo tema tenha sido reconhecida a repercussão geral, ou de recurso afetado no regime de recursos repetitivos, implicará a cessação da suspensão dos processos em todo o território nacional. A insegurança jurídica que esse dispositivo poderá trazer é imensa, sobre a tramitação dos processos nas mais variadas fases e, mais especificamente, permitiria que os recursos extraordinários sobrestados nos tribunais de origem fossem remetidos de uma só vez ao STF. A regra faz tábula rasa do volume de processos ainda em tramitação nos tribunais superiores e pretende impor, pela sua existência, um julgamento em massa das questões constitucionais e infraconstitucionais, desconhecendo o que se afigura como humanamente possível” (BRASIL, 2015a). Em que pese a justificação apresentada, fato é que, hoje, essa **suspensão compulsória** de processos em todas as instâncias está paralisando por anos seguidos incontáveis demandas em todo o território nacional, muitas das quais, como as trabalhistas, perseguem **créditos de caráter urgente ou alimentar**.

deliberou não existir repercussão geral, nos termos exarados na ementa seguinte:

Redução do intervalo intrajornada. Majoração da jornada em turnos ininterruptos de revezamento. Convenção e acordo coletivo. Matéria restrita ao âmbito infraconstitucional. Inexistência de repercussão geral.

O segundo julgamento ocorreu em **11.9.2014**, no **RE 820729 RG/SP**, vinculado ao **Tema 762**, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, cuja acórdão, fruto de **votação por maioria** (ficou vencido somente o Ministro Gilmar Mendes) restou ementado como segue:

Processual civil. Recurso extraordinário. Norma coletiva de trabalho. Pagamento das horas *in itinere*. Fixação de limite inferior à metade do tempo efetivamente gasto no trajeto até o local do serviço. Validade. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. 1. A controvérsia relativa à validade de norma coletiva de trabalho que limita o pagamento de horas *in itinere* a menos da metade do tempo efetivamente gasto pelo trabalhador no seu trajeto até o local do serviço, fundada na interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei 10.243/01, é de natureza infraconstitucional. 2. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584608 RG, Min. Ellen Gracie, DJe de 13.3.2009). 3. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC.

Até então, portanto, parecia estar tranquila a orientação do STF no sentido de que a validade, ou não, do **conteúdo transacional** de cláusula coletiva seria um aspecto de ordem meramente infraconstitucional, a ser assim examinado e dirimido unicamente perante o **âmbito exclusivo** da jurisdição especializada laboral.

Porém, fato é que, já em **30.4.2015**, é dizer, menos de um ano depois, o entendimento aparentemente pacificado sofre um **giro radical**, quando do julgamento plenário do **RE 509415**, concernente ao **Tema 152**, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

Esse processo teve, aliás, uma tramitação curiosa. Sua repercussão geral foi reconhecida em 6.3.2009, ou seja, mais de 6 anos antes, sendo que, naquele momento, 7 ministros - Menezes Direito, Ayres Britto, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia, Eros Grau e Ricardo Lewandowski - manifestaram-se **contra a mesma**, e apenas 2 se

externaram a favor (Gilmar Mendes e Marco Aurélio). Faltou, destarte, somente um voto para que, nos termos do § 3º do art. 102 da CRFB, a repercussão geral fosse **recusada**⁶.

Seu objeto era, a rigor, mais abrangente que os casos anteriores, na medida em que nele não se cuidava de norma que se dirigisse a um aspecto somente do contrato individual de trabalho - como intervalos para refeição ou tempo de trajeto -, mas sim da possibilidade de quitação geral de todos os direitos que do pacto fossem virtualmente emergentes, como se denota da **detalhada ementa** correlativa, resultado de **votação unânime**:

Direito do trabalho. Acordo coletivo. Plano de dispensa incentivada. Validade e efeitos. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção 98/1949 e na Convenção 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a

⁶Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". (BRASIL, 1988).

credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: 'A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado'.

Essa nova linha de pensamento veio a ser reprisada em **2 a 8.12.2016**, mediante julgamento unânime, em **sessão virtual**, da 2ª Turma no **RE 895759 AgR-segundo**, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, cuja ementa a seguir se reproduz:

Trabalhista. Agravos regimentais no recurso extraordinário. Acordo coletivo de trabalho. Transação do cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho. Concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. Validade. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590415 (Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 29.5.2015, Tema 152), a Constituição Federal 'reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas', tornando explícita inclusive 'a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas'. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre 'o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justtrabalhistas de indisponibilidade absoluta'. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. 3. Agravos regimentais desprovidos. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa.⁷

⁷Esse processo chegou a ser redistribuído, por conexão, para julgamento conjunto, ao Ministro Barroso, Relator do RE 590415 que, todavia, em despacho datado de 9.5.2016, declinou sua competência sob o argumento de que os "processos em questão não preenchem, a meu ver, o critério utilizado pelo art. 325-A do RISTF, que exige que os recursos sejam relacionados ao mesmo tema para determinar a prevenção, o que não ocorre nesta hipótese". O Ministro Teori Zavascki inicialmente (8.9.2016) o decidira de forma monocrática, o que conduziu à interposição de agravos regimentais pelo Ministério Público Federal e pelo reclamante, ambos desprovidos 3 meses depois pela 2ª Turma.

Estando, pois, nestes termos a jurisprudência do STF, surgiu o caso referente ao tema 1046, que sequencialmente se analisa.

3 O CASO CONCRETO

O *leading case* do tema 1046 é o **ARE 1121633**, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes.

Dentre todos os milhares de casos versando sobre a questão que poderiam ser objeto de reconhecimento de repercussão geral, este quiçá foi um dos mais **improváveis** a ser selecionado. A bem da verdade, a rigor, ele sequer deveria ter sido objeto de exame pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Trata-se de uma reclamação trabalhista, distribuída em 28.2.2014 perante a Vara do Trabalho de Uruaçu/GO (TRT-18), concernente a contrato individual que perdurou de 18.12.2008 a 1º.6.2014, de um empregado do setor de mineração (bláster). A ação foi processada mediante o rito sumaríssimo, contendo um único pedido: recebimento de 50 minutos *in itinere* diários e os reflexos pecuniários daí advindos.

A reclamada defendeu-se alegando que o local de trabalho seria de fácil acesso e que, ademais, existiria norma coletiva suprimindo o direito ao recebimento de horas de percurso.

A sentença de primeiro grau (16.11.2014) entendeu, ancorada em bem fundamentada **análise fática**, não ser caso de incidência à hipótese da Súmula n. 90 do TST. Diante do acolhimento dessa questão prejudicial, nada nela se deliberou acerca de eventual afastamento do direito pela via da negociação coletiva⁸.

O Tribunal Regional, em nova e percuciente análise das **circunstâncias de fato** integrantes da situação concreta (28.1.2015), entendeu

⁸Eis o trecho conclusivo da sentença: “O conjunto probatório constante dos autos permite inferir que o reclamante era transportado de Crixás-GO até a sede da reclamada em condução fornecida por esta. No laudo pericial juntado às fls. 180-190, consignou-se que não havia linha de ônibus urbano da cidade até as instalações da reclamada, sendo o trajeto percorrido em estrada de chão. Não obstante, destacou-se que o local de prestação de serviços dista em 3,5Km do último ponto de ônibus, que é situado dentro da zona urbana do Município de Crixás-GO. Daí, a partir da conclusão do *expert* entende-se que se trata de local de fácil acesso, passível de ser percorrido, inclusive, a pé. Ademais, saliente-se que o Reclamado apresentou, às fls. 170-172, a Lei Municipal 742/89 (que delimita o perímetro urbano da cidade de Crixás-Go), e, às fls. 173, os comprovantes de pagamento do IPTU, demonstrando que a sua sede fica localizada na Zona Urbana, fato que corrobora com a conclusão de que se trata de um local de fácil acesso. Logo, é nítido que a condução que transportava os trabalhadores apenas lhes proporcionava maior comodidade, não sendo indispensável para a realização das atividades normais da empresa ré. Diante dessas considerações, tendo em vista que se trata de local de fácil acesso, o reclamante não faz jus ao cômputo do período de percurso em sua jornada de trabalho. Improcede o pedido”.

que sim seria caso de subsunção à Súmula n. 90 do TST, deferindo, pois, o pedido⁹.

A reclamada ajuizou embargos de declaração, nos quais apenas questionou a possibilidade de aplicação do adicional de 50% sobre as horas de percurso, pela ausência de requerimento específico nesse sentido na petição inicial, na qual somente se fizera referência expressa ao adicional de 75% constante do acordo coletivo de trabalho.

Os embargos foram rejeitados (11.8.2015), daí resultando a interposição de recurso de revista, em que a reclamada alegou negativa de prestação jurisdicional, ocorrência de decisão *extra e/ou ultra petita*, ausência dos requisitos previstos pela Súmula n. 90 do TST e desconsideração da (*sic*) convenção coletiva de trabalho.

No despacho denegatório correlativo, proferido em 18.9.2015, se fez constar que:

A conclusão regional de considerar inválida cláusula de norma coletiva que suprime o direito às horas *in itinere* está em sintonia com a jurisprudência pacificada da SBDI-1 do Colendo TST, o que atrai a observância da Súmula n. 333/TST, sendo inviável cogitar-se de ofensa ao art. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal.

E tal foi a “fresta” através da qual, em 3.5.2019, após a interposição de **7 (sete) recursos consecutivos**, o caso vertente restou formalmente admitido na temática da repercussão geral do STF¹⁰.

De sorte que este é o **cenário**: um processo de **pequeno valor**, onde a pertinência ou não da negociação coletiva sequer fora objeto de **efetivo prequestionamento** nas instâncias ordinárias, é que irá definir o futuro e a história dos limites da autonomia privada coletiva no ordenamento jurídico nacional.

⁹A ementa respectiva foi exarada nos termos seguintes: “EMENTA: HORAS *IN ITINERE*. REQUISITOS. Consoante a inteligência do art. 58, § 2º, da CLT em conjunto com a Súmula n. 90, II, do TST, é computável na jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado no deslocamento até o local de trabalho (e vice-versa), utilizando-se de transporte fornecido pelo empregador, quando incompatível com os horários de trabalho o transporte público regular e se trate de local de difícil acesso”.

¹⁰O **surreal itinerário processual/recursal** percorrido foi o seguinte: **Agravo de Instrumento** (01), interposto para o TST, desprovido monocraticamente em 11.12.2015; **Agravo Regimental** (02), interposto face à decisão monocrática, desprovido em 2.3.2016; interposição simultânea de **Recurso de Embargos** (03) e de Recurso Extraordinário; indeferimento do processamento do Recurso de Embargos em 29.6.2016; interposição de **Agravo** (04), rejeitado, com aplicação de multa, em 10.11.2016; denegação de processamento do **Recurso Extraordinário** (05), em 12.5.2017; interposto **Agravo em RE** (06), remetido ao STF em 5.4.2018; Agravo desprovido monocraticamente, por decisão do Ministro Gilmar Mendes, em 24.8.2018; interposto **Agravo no STF** (07), houve reconsideração da decisão para o efeito de reputar existente repercussão geral em votação virtual plenária, unânime, ocorrida em 3.5.2019.

4 ANÁLISE JURÍDICA

A norma cujo conteúdo está no centro do debate é a cláusula 18ª do acordo coletivo firmado pela reclamada com o sindicato profissional do reclamante, que possui a seguinte redação:

18 - TRANSPORTE - HORA *IN ITINERE*

18.1 - Com o objetivo de suprir deficiência e evitar desconforto do transporte público regular que serve também aos empregados da empresa, é facultado a ela fornecer transporte através de empresa idônea, sob regime do vale-transporte, para uso facultativo do empregado, convencionando-se que a opção não constitui hora *in itinere* ou à disposição do empregador.

O primeiro ponto que se pode registrar quanto a ela é que não se trata de um preceito isolado ou único. Cuida-se de uma cláusula inserida dentro de um instrumento de **negociação mais amplo e abrangente**, em que o tempo de percurso gasto até o local de trabalho é somente um aspecto dentre outros tantos ali tratados. Com efeito: nos instrumentos correlatos se pode constatar uma **contrapartida consistente** de vantagens, tais como: reajuste salarial (cláusula 1ª), aumento salarial real (cláusula 2ª), abono salarial (cláusula 3ª), financiamento de material escolar (cláusula 4ª), cartão alimentação (cláusula 5ª), adicional de horas extras à razão de 75% (cláusula 8ª), plano de assistência médica/odontológica (cláusula 19ª), auxílio-funeral (cláusula 23ª), gratificação aposentadoria (cláusula 25ª).

Essa circunstância é sobremodo relevante, pois, por vezes, se apresentam na prática certos instrumentos de “negociação coletiva” que, na verdade, não exteriorizam trocas de perspectivas, concessões recíprocas ou compensação de vantagens, mas apenas uma sorte de **renúncia coletiva** a garantias ou direitos previstos pela legislação trabalhista. Um bom exemplo seria a elaboração de um “acordo” mediante o qual a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento fosse fixada em 8 horas, sem que daí se extraísse nenhuma contrapartida direta ou indireta aos trabalhadores atingidos.

Quando cogitamos da imperatividade de contrapartidas explícitas, não estamos com isso a defender que tenham elas de estar formalmente vinculadas ou atreladas a este ou aquele direito. Não se afigura essencial que, no instrumento de acordo ou convenção, se prescreva, explicitamente, que certos direitos serão minimizados ou suprimidos em troca, *v. g.*, de um aumento salarial ou de um incremento no adicional geral de horas extras. Basta que exista um conjunto de cláusulas contextualizando a negociação, em ordem a se poder inferir que eventuais

perdas em uma área hajam sido naturalmente contrabalanceadas por ganhos em outras¹¹.

Trata-se, enfim, da aplicação da **teoria do conglobamento**, cuja adoção, aliás, claramente exsurge do exame das decisões do STF nesta matéria¹², notadamente do próprio voto do Ministro Gilmar Mendes ao reconhecer a ocorrência da repercussão geral (negritamos):

Nesse sentido, tendo em vista o reconhecimento da aplicabilidade da **teoria do conglobamento**¹³ por esta Corte, desnecessária a explicitação de vantagens compensatórias que justificassem a redução das horas *in itinere*, haja vista a validade de cláusula coletiva flexibilizadora de direito positivado em lei trabalhista.

Assim, sempre e quando não se trate de flexibilização de um preceito jurídico irrenunciável, a **negociação genuína ou conglobada** deverá ser reputada válida e eficaz¹⁴.

Sem embargo, o conceito ou a amplitude de que seriam direitos absolutamente indisponíveis (irrenunciáveis) segue em aberto. Conquanto o art. 611-B da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, tenha intentado estabelecer um rol supostamente exaustivo de matérias infensas à negociação coletiva, é fácil verificar que isso não corresponde à realidade. Para nada seria válida, por exemplo, uma norma coletiva que estabelecesse salários diferentes para homens e mulheres no tocante a uma mesma função, é dizer, que legitimasse ou promovesse a **discriminação de gênero** no ambiente laboral¹⁵.

¹¹Esta é, a nosso sentir, a exegese que dimana do art. 611-A, § 2º, da CLT: “A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”. (BRASIL, 1943).

¹²“Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os **limites da razoabilidade**, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, **concedeu outras vantagens em seu lugar**, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical” (Ministro Teori Zavascki, RE 895759. Destacamos).

¹³Conglobar, segundo os léxicos, significa “juntar em globo, amontoar, resumir”. DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Lisboa, 2008-2013. Em linha. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/conglobar>. Acesso em: 23 nov. 2019.

¹⁴Como tivemos oportunidade de advertir em outra oportunidade, “[...] nenhum sistema admite uma flexibilidade completa. Sempre existem patamares mínimos a respeitar, inderrogáveis pela vontade das partes, ainda quando se venha esta expressar através da via coletiva, ou seja, por ajustes sindicais, cuja legitimidade não se nega ou desconhece, mas cuja extensão não se admite seja absoluta”. (TOLEDO FILHO, 2017, p. 6).

¹⁵Como oportunamente ponderou no julgamento do RE 590415 o Ministro Barroso, “Embora, o critério definidor de quais sejam as **parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago**, afirma-se que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um ‘**patamar civilizatório mínimo**’, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário-mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, **dispositivos antidiscriminatórios**, a liberdade de trabalho **etc.**” (destacamos).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se tem dito e debatido, nos últimos anos, sobre a conveniência, ou não, de normas jurídicas que estabeleçam direitos ou garantias trabalhistas. Discute-se, em síntese, se deveriam elas existir e, existindo, qual haveria de ser o grau ou o limite ponderado de sua interferência na relação contratual formada entre o capital e o trabalho.

Contudo, a crítica que se faz ao direito do trabalho, notadamente àquele de natureza estatal ou heterônoma, quase sempre é descontextualizada ou incongruente. Ninguém parece se recordar que, quando as primeiras leis trabalhistas foram pensadas e aprovadas, os integrantes dos parlamentos respectivos eram industriais, fazendeiros, banqueiros, comerciantes ou profissionais liberais. Não havia operários entre eles ou, quando ocasionalmente os havia, sua influência era **anódina**. É dizer, a **legislação laboral** foi, antes e acima de tudo uma **invenção capitalista**. Nem mais, nem menos.

Sem embargo, intenções políticas subliminares à parte, não parece haver dúvida acerca de qual seria o **objetivo estrutural** do direito do trabalho: equilibrar uma relação geneticamente desigual e, por isso mesmo, potencialmente conflituosa. O seu desiderato, assim, é, antes e acima de tudo, **pacificar a sociedade**. É um **escopo generoso** fruto de uma **postura virtuosa**. Não é por acaso que, no art. 422 do Código do Trabalho da Costa Rica, cuja redação atual data de 2016, fez-se constar a necessidade de que “na solução dos conflitos se cumpram os princípios cristãos de justiça social”.

Na condição de desdobramento privado da legislação estatal, as normas coletivas igualmente se destinam a, fundamentalmente, “melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores e alcançar a paz social” (GAMONAL CONTRERAS, 2007, p. 238). Seu mote principal, por conseguinte, não será o de meramente **dinamizar a relação de produção**, mas sim o de fazê-lo **com qualidade**. Em outras palavras, a otimização jurídica que delas se espera não poderá ser exclusivamente de ordem econômica, ou somente produzir efeitos econômicos.

Esperamos que seja esta a perspectiva adotada pela Suprema Corte quando venha a delimitar esse tema. A não ser que queiramos revitalizar a máxima de que “a economia vai bem, mas o povo vai mal”¹⁶, cuja época, contexto e adoção para nada nos deixaram recordações alegres ou uma herança que se possa considerar positiva.

¹⁶Frase proferida pelo então Presidente da República, General Emilio Garrastazu Médiçi, à época do chamado “milagre econômico”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.384-A, de 2015.** Disciplina o juízo prévio de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial; altera a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil e dá outras providências. Brasília, 20 out. 2015a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402375&filename=Avulso+-PL+2384/2015. Acesso em: 23 nov. 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.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

DEVEALI, Mario. **Curso de derecho sindical y de la prevision social.** Buenos Aires: V. P. Zavalia, 1952.

FRANÇA, R. Limongi. **Brocardos jurídicos:** as regras de Justiniano. São Paulo: RT, 1961.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. **Derecho colectivo del trabajo.** Santiago: LegisNexis, 2007.

MENDES, Liamara. TST anula cláusulas de convenção coletiva que proíbem terceirização nos condomínios do DF. **Rádio Justiça.** Brasília, Coordenadoria de Rádio e TV do Tribunal Superior do Trabalho, 18 maio 2017. Disponível em: http://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/tst-anula-clausulas-de-convencao-coletiva-que-proibiam-terceirizacao-nos-condominios-do-1/pop_up?_101_INSTANCE_2bsB_viewMode=print&_101_INSTANCE_2bsB_languageId=pt_BR.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Apresentação. *In*: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos (Coord.). **Negociado sobre o legislado no direito comparado do trabalho.** Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2017. Estudos Jurídicos. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/negociado-sobre-o-legislado-no-direito-comparado-do-trabalho.pdf. Acesso em: 24 nov. 2019.

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

THE OUTSOURCING OF CORE ACTIVITY AND (DE) PROTECTION TO SOCIAL RIGHTS

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira*

Resumo: Tem este breve artigo a finalidade de examinar, no julgamento do RE n. 958.252 e da ADPF n. 324, feito pelo STF em 30.8.2018, 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 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. Essa dualidade de argumentos é examinada com profundidade, para se afirmar, ao final, que a terceirização ampla e irrestrita trata-se de um grave perigo para a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Terceirização irrestrita. Atividade fim. Direitos sociais. Reforma trabalhista.

*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.

Abstract: This brief article has the purpose of examining, in the judgment of RE n. 958.252 and ADPF no. 324, made by the STF on August 30, 2018, the theses against or in favor of broad and unrestricted outsourcing, expressed in the votes of the ministers. There are arguments against this type of outsourcing, which, in the view of labor law workers genuinely concerned with the satisfaction of workers' minimum social rights, seem more than logical, even being obvious, also because they provide an increase in workers' income, improvement consumer market and the collective good. From another perspective, the arguments that favor the markets, in the name of the always-proclaimed freedom of enterprise (free enterprise), in the economic analysis of Law, always win in times of economic crises, with the old discourse that the protectionist rules of the labor law hamper the business activity, which is dynamic and needs freedom to face the increasingly fierce competition. This duality of arguments is examined in depth, to affirm, in the end, that broad and unrestricted outsourcing is a serious danger to society as a whole.

Keywords: Unrestricted outsourcing. Core activity. Social rights. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

Bem sabido que a Lei n. 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 encontra-se pendente de apreciação de validade (constitucionalidade) para a efetiva e segura aplicação, com várias ADIs no E. Supremo Tribunal Federal (STF) 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, que deu nova redação ao art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974, abaixo transcrito:

Art. 2º. A Lei n. 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. (BRASIL, 2017). (Destakes não originais).

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 n. 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 n. 6.019/1974 - artigo que tinha pouco tempo de vida, já que acrescido pela Lei n. 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 n. 13.467/2017, as empresas já vinham questionando no STF a constitucionalidade da Súmula n. 331, por meio de recursos extraordinários. Assim que, em março de 2016, a empresa C., de Minas Gerais, havia interposto junto ao STF o RE n. 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 n. 725), inclusive porque tramitava no STF a ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental - n. 324, que havia sido ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio em face do TST em agosto de 2014, e ainda não havia sido julgada.

Em agosto desse ano [2018], após três suspensões do julgamento, finalmente o E. STF, por seu Tribunal Pleno, julgou conjuntamente o RE n. 958.252 e a ADPF n. 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 Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio Mello, 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 n. 324/DF** (ADPF 324) e o **Recurso Extraordinário n. 958.252** (RE 958.252), submetido à temática de repercussão geral (tema n. 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 n. 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:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 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, 30.8.2018.

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, 30.8.2018. (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; DUTRA, 2018, *on-line*¹.

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 n. 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 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 n. 331.

¹Neste 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.

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 judicado 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 n. 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 quantos vezes for necessário: protetivo não é o julgador, mas a própria legislação trabalhista**. (Destaques não originais).

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 n. 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. (BRASIL, 1967).

Melhor regulamentação sobre a **descentralização dos encargos administrativos** foi pela Lei n. 5.645/1970,

[...] 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).

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 n. 6.019/1974:

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 n. 6.019/1974, 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 n. 7.102/1983. 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 n. 256, editada naquele ano. Eis o teor do verbete:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, **é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta**, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (BRASIL, 1986). (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 n. 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. (Destques não originais).

A ampliação de hipóteses legais nas quais seria lícita a terceirização ensejou a edição de **nova súmula pelo TST**, a de n. 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 n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como **a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta**. (Destques 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 n. 331.

Por fim, o voto ainda menciona que leis posteriores permitiram a terceirização de forma mais ampla, tanto que a **Lei n. 8.987/1995** autorizou a terceirização no tocante às “atividades inerentes para as concessionárias de serviço público”, e a **Lei n. 9.742/1997** 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:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. (BRASIL, 1997).

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**. (Destques não originais).

É notável, portanto, que a Súmula n. 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 5.10.1988, 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”:

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 mostra-se conteúdo do **princípio protetor**, o Ministro Marco Aurélio cita bela síntese doutrinária de Ricardo José Macêdo de Britto Pereira², 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, e (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).

Mesmo no âmbito do direito coletivo há implicações drásticas da terceirização irrestrita, uma vez que a situação do terceirizado é

²PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. **Trabalho, Constituição e Cidadania**, 9 set. 2013. Disponível em: <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2013/>. Acesso em: 20 ago. 2018 (pelo Ministro).

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'*. (Destques 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” (BRASIL, 1988).

Na esteira da preocupação com a **falta de integração** do trabalhador na empresa, o Ministro ainda menciona a Convenção 155 da OIT:

[...] internalizada pelo Decreto n. 1.254/1994, 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. (Destques 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, e (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, concluo 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 n. 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 torne-se 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 n. 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 Direito³ -, dando **primazia à liberdade de**

³Sobre a AED - análise econômica do Direito -, de se consultar a preciosa obra de UGARTE CATALDO, José Luis. **Análisis económico del derecho: el derecho laboral y sus enemigos**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 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 à 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 CATALDO, 2001, *passim*).

iniciativa e de empresa, percebendo-se, de saída, o contraste desse conjunto de ideias com as apresentadas no voto do Ministro Marco Aurélio, 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). Esta 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 on-line e outras vicissitudes**. (Destques 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**:

14. Inovação e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da biotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3D, 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’**.

[...]

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*, alfaiates 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**⁴. No entanto, esse discurso de que é necessário ceder alguns direitos trabalhistas para

⁴Como 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.**

se preservar o emprego e se reerguer a economia (ou os mercados) é tão antigo como o próprio direito do trabalho⁵.

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 1990, estudiosos de vários matizes já apontavam o equívoco do prenúncio do fim do trabalho, mas advertindo que realmente haverá um **crecente desemprego estrutural**⁶, 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 do (reduzido) trabalho -, tendo em vista que a liberdade de mercado somente agravará essa dura realidade.

⁵O 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, uma **companheira de viagem histórica** 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).

⁶Ricardo 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 conseguiu gerar novos postos de trabalho para os tantos desempregados** (HOBSBAWM, 1995, p. 402-406).

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 Marx⁷. 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 pode 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 política⁸.

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.

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

⁷MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política, 2004, p. 363-ss.

⁸Na 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 *jung 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 tornou-se 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).

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 lucro⁹, 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 trabalhadores¹⁰, ideia que conforma o princípio ontológico do direito do trabalho, o **princípio da proteção**;

2ª) 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,

⁹Como 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. Acesso em: 6 set. 2018.

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**;

3ª) pior, parece que a 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 jus-laboralista e da inquestionável escala de valores desenhada pelo texto máximo do ordenamento jurídico brasileiro¹¹.

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:

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 determinadas 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.**

¹¹Fica 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.

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. (Destques em negrito 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**¹². 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**. (Destques 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 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 a **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

¹²Vide, 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.

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, e (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”, e c) responsabilidade subsidiária da contratante.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive a consubstanciada na própria Súmula n. 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 comzezinhas 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”¹³;

(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 contratados diretamente¹⁴. Ao se permitir

¹³Guilherme Guimarães Feliciano, 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) [...]”. (Destques no original) (FELICIANO, 2018, p. 256).

¹⁴Vide Feliciano: “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 contratavam 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 [...]”. (FELICIANO, 2018, p. 256).

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 apresenta-se 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 adotar estratégias de produção que “lhes assegurem melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade”;

(ii) **violação ao princípio da segurança jurídica** - para ele, a dicotomia das atividades (de fim e de meio) pela Súmula n. 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 n. 331 do TST. (Destques 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 n. 8.212/1993.

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 7 votos favoráveis e 4 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 seguridade 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**”¹⁵. 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

¹⁵Como 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: “**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** [...]”. (Destques originais) (FELICIANO, 2018, p. 256). 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).

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.**

5 CONCLUSÃO

Bem se 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:

[...] 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 arts. 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. (FELICIANO, 2018, p. 246-247).

Espero, sinceramente, daqui a 10 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

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

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.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 27 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. **DOU**, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de

11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 256**. Brasília, 1986. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7. ed. rev. atual. e ampl. 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, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

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

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. **Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)**. 4. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Terceirização, a CLT e a Constituição. **Trabalho, Constituição e Cidadania**, 9 set. 2013. 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.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A função social da propriedade e a proteção ao trabalhador**. 2018. Artigo ainda não publicado.

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

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

A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO NAS ESCALAS DE 12X36 HORAS

THE APPLICATION OF THE EXCEPTION OF THE UNFULFILLED CONTRACT AT THE 12-HOUR SHIFT SCALE

BELUTTO, Renan Martins Lopes*

Resumo: Este trabalho busca examinar a ineficácia do acordo de compensação de jornadas, elaborado no sistema de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas, nos casos em que o empregador viola a sua obrigação de conceder os repousos da escala, à luz do princípio da exceção do contrato não cumprido.

Palavras-chave: Horário de trabalho. Compensação. Ineficácia.

Abstract: This work examines the ineffectiveness of the working hours compensation agreement, developed under the 12-hour shift scale alternated by 36 hours of rest, in cases where the employer violates his obligation to grant the rest in the scale, according to the principle of the exception of the unfulfilled contract.

Keywords: Working hours. Compensation. Ineffectiveness.

1 INTRODUÇÃO

A jornada caracterizada pelo trabalho por 12 horas consecutivas, seguido de um repouso de 36 horas ininterruptas consiste em uma modalidade de compensação de horários, por meio da qual o labor que excede o limite constitucional diário de 8 horas é compensado com as folgas da escala.

*Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo-SP. Graduado em Direito no ano de 2012.

A Lei n. 11.901/2009, em seu art. 5º, foi o primeiro diploma legal federal que previu essa sistemática de trabalho, ao disciplinar a profissão dos bombeiros civis. Não obstante, mesmo antes dessa lei a escala 12x36 horas era aplicada a muitas outras profissões, como, por exemplo, na área da saúde, em virtude de previsões em normas coletivas.

A inexistência de lei sobre o tema gerou uma grande quantidade de recursos dirigidos ao C. Tribunal Superior do Trabalho (TST) para o exame da questão, em razão da alegada violação ao art. 7º, XIV, da Constituição Federal (1988), e do art. 59, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que limita a prestação de horas extras a 2 horas diárias.

A Corte Superior, contudo, concluiu que essa modalidade de compensação é válida, desde que prevista em lei ou em norma coletiva, tendo sido editada nesse sentido a Súmula n. 444, no ano de 2012. Os principais fundamentos para o acolhimento dessa jornada foram o prestígio à vontade coletiva, na linha do art. 7º, XXVI, da Constituição da República, e o fato de que, a cada duas semanas, a escala 12x36 horas implica em jornada média de 42 horas semanais, o que não excede o módulo semanal estatuído na Lei Fundamental.

O tema também foi enfrentado pelo E. Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4.842, julgada no ano de 2016, na qual a Corte Suprema considerou constitucional a previsão do art. 5º da Lei n. 11.901/2009.

Na esteira das decisões dos Tribunais Superiores, a Lei n. 13.467/2017 buscou disciplinar a escala 12x36 horas, promovendo a inclusão do art. 59-A na CLT, com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no *caput* deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação. (BRASIL, 1943).

Além desse artigo, que é específico da escala 12x36 horas, a Reforma Trabalhista também incluiu na CLT a previsão de que “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação

de jornada e o banco de horas” (parágrafo único do art. 59-B), que se aplica a todos os sistemas de compensação (BRASIL, 1943).

Neste artigo, pretendemos examinar criticamente a aplicação conjunta das duas disposições, em especial nos casos em que as horas extras habituais decorrem do labor nos dias destinados à folga da escala 12x36 horas, e as possíveis consequências dessa extrapolação no contrato de trabalho.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao lado do princípio da função social, a boa-fé constitui um dos postulados mais importantes dentro do Direito Civil atual, o que repercute em todos os demais ramos que compõem o regime jurídico privado.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 dispõe que a boa-fé deve funcionar como diretriz de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), como limite do exercício legítimo de direitos (art. 187) e como princípio contratual explícito (art. 422), o que demonstra a relevância desse princípio no Novo Código.

Com isso, o direito privado busca superar o antigo formalismo jurídico, erigindo a eticidade como um dos valores que informam a própria visão do atual diploma. Ou seja, busca-se demolir o muro teórico que pretendia separar Direito e Moral, para reconhecer e exigir a aplicação de valores éticos também nas relações privadas.

Outro importante avanço se deu com a positivação da boa-fé objetiva, eis que o Código de 1916 limitava-se a reconhecer a boa-fé subjetiva. Conforme lições da doutrina:

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava na codificação de 1916. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como boa-fé subjetiva, eis que mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio. (TARTUCE, 2017, p. 642).

Portanto, dentro do novo modal do Código Civil de 2002, a discussão acerca de eventual violação à boa-fé não se restringe à ciência da parte acerca das circunstâncias que envolvem a sua ação.

É certo que a boa-fé subjetiva continua presente, como, por exemplo, na classificação da posse de acordo com a ciência, ou não, do possuidor acerca do vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201).

Contudo, especialmente no exame dos contratos, tem assumido maior relevância a análise objetiva das condutas empregadas pelos contratantes na elaboração e na execução do pacto, tendo menor importância a intenção que o agente possuía naquele momento.

Com isso, reforçam-se os valores da previsibilidade, da lealdade e da confiabilidade nos contratos, os quais assumem relevante papel nos negócios jurídicos, podendo a sua violação produzir, até mesmo, o inadimplemento contratual, ainda que a conduta violadora não se relacione com o objeto em si do contrato.

Portanto, com a inovação trazida pelo Código de 2002, a aplicação da eticidade nos contratos tem por objetivo a proteção da confiança das partes, garantindo a estabilidade das relações jurídicas e, em última instância, promovendo a segurança jurídica no âmbito privado.

Em termos práticos, pode-se indicar como primeira consequência da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos a existência dos deveres anexos ou laterais de conduta das partes.

Esses deveres constituem ações ou abstenções que os contratantes devem observar na fase pré-contratual, na execução da avença e mesmo após o seu cumprimento, por se tratar de condutas ínsitas a todos os contratos, independentemente de previsão no instrumento contratual.

Pode-se citar como alguns dos deveres anexos ou laterais: o dever de respeito mútuo, o dever de informação, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de agir com razoabilidade, equidade e bom senso, o dever de sigilo, entre outros.

Nessa linha, a título de exemplificação, ainda que inexista no contrato cláusula específica acerca da confidencialidade, se uma das partes divulgar o conteúdo do negócio jurídico para terceiros, o prejudicado pode buscar a reparação de danos com base na responsabilidade contratual, em virtude da quebra de um dos deveres anexos ao contrato, derivado da boa-fé objetiva.

Reitere-se não ser relevante a existência de dolo ou culpa, porque não se trata da boa-fé subjetiva. Se o contrato pode, de qualquer modo, repercutir negativamente na imagem de alguém, o contratante possui a justa expectativa de que o sigilo será mantido, independentemente de previsão contratual nesse sentido.

Por tal razão, é prescindível o exame da intenção da parte que quebrou o sigilo do contrato. Uma vez praticada a conduta que se espera

adequada para o caso (a manutenção da confidencialidade, dentro do exemplo proposto), tem-se a violação do dever anexo ao contrato, exsurgindo a obrigação de reparar os danos causados ante a verificação da conduta que infringiu a boa-fé contratual.

Além dos deveres laterais, cumpre examinar os chamados conceitos parcelares da boa-fé objetiva, que constituem outras repercussões desse princípio nos contratos, extraídas do estudo do Direito Comparado.

O primeiro dos conceitos parcelares que pode ser citado é a *supressio*, que implica na perda de uma posição contratual, por renúncia tácita, pelo seu não exercício com o passar do tempo. Vale ser destacado que o art. 330 do Código Civil claramente incorpora esse conceito ao dispor que: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato” (BRASIL, 2002).

Nota-se que a conduta do credor de reiteradamente aceitar o pagamento em local diverso do contratado se sobrepõe à previsão contratual e mesmo à intenção que o levou a aceitar essa prática reiterada, sendo notável a relevância que o Novo Código dá à previsibilidade e a proteção às expectativas geradas.

De outro lado, a supressão sofrida por uma parte gera a aquisição de uma posição pela outra parte, o que configura a *surrectio*.

Na linha do art. 330 supracitado, o devedor adquire, pela *surrectio*, o direito de continuar efetuando o pagamento no local conveniado pela prática reiterada, em detrimento da previsão contratual.

Outro conceito parcelar amplamente conhecido é o *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição da prática de conduta contraditória a um comportamento anteriormente adotado na relação contratual.

Conforme se extrai das lições sobre esse tema, são quatro os pressupostos para a configuração do comportamento contraditório:

A função do *nemo potest venire contra factum proprium* é, como já se esclareceu, a tutela da confiança. Os pressupostos de sua aplicação devem, portanto, ser informados por este fim. Embora a afirmação pareça truísta, parte considerável da doutrina, e mesmo aqueles autores que vinculam expressamente o *nemo potest venire contra factum proprium* à noção de confiança, limitam-se muitas vezes a repetir o elenco de pressupostos que se centra exclusivamente sobre o fator da coerência. Tal orientação deve ser rejeitada. Cumpre propor, em consonância com os melhores estudos, um rol de pressupostos declaradamente informado pela tutela da confiança.

À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição. (SCHREIBER, 2016, p. 127).

Outro conceito parcelar invocado em diversos julgados do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) consiste no *duty to mitigate the loss*, isto é, no dever de minimização ou redução dos prejuízos.

Segundo essa figura parcelar da boa-fé, ainda que tenha ocorrido o inadimplemento, o credor da reparação deve cooperar com o devedor e agir para atenuar as perdas sofridas. Não pode a parte permitir, por sua ação ou omissão, que o dano se amplifique de maneira desmedida.

Cabe destacar o seguinte excerto de aresto da Corte Superior acerca do tema:

[...] o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (*v. g.*: lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade. [...] (STJ. REsp 1201672/MS. Relator: Desembargador Convocado Lázaro Guimarães. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 21.11.2017).

Em conclusão, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva, atualmente positivado no Código Civil de 2002, possui destacada relevância no âmbito do Direito Privado, servindo como importante guia da conduta das partes em todas as fases contratuais, de modo a tutelar a proteção da confiança nos negócios jurídicos.

3 A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção do contrato não cumprido constitui um dos conceitos parcelares da boa-fé objetiva, a qual foi destacada do capítulo anterior, a fim de permitir o seu exame de maneira mais aprofundada.

De início, cabe registrar que essa figura possui expresso acolhimento no Código Civil de 2002, em seu art. 476, o qual está assim redigido: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (BRASIL, 2002).

Verifica-se uma clara aplicação do princípio da boa-fé na relação contratual, pois se mostra contrário à proteção da lealdade e ao dever de colaboração admitir que uma parte inadimplente na sua obrigação possa exigir o cumprimento da obrigação recíproca da outra parte.

Ainda, assegura a Lei Civil, também, a suspensão da execução do contrato pela parte que antevê a possibilidade de inadimplemento pela outra parte, em virtude do risco de insolvência:

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. (BRASIL, 2002).

Assim, a exceção do contrato não cumprido consiste em uma espécie de defesa concedida ao devedor que pode se recusar ao cumprimento da sua obrigação em face do inadimplemento do credor, ou do risco de este se tornar insolvente antes do cumprimento da sua parte na avença.

Vale destacar que o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 expressamente prevê como pressuposto processual da ação de execução a comprovação, pelo exequente, de que cumpriu com sua obrigação quando esta constituir pressuposto da obrigação a ser cumprida pelo executado:

Art. 787. Se o devedor não for obrigado a satisfazer sua prestação senão mediante a contraprestação do credor, este deverá provar que a adimpliu ao requerer a execução, sob pena de extinção do processo. (BRASIL, 2015).

Diante da cominação da Lei Adjetiva, nota-se que o Juízo pode, de ofício, exigir a comprovação pelo exequente, mormente porque as regras extraídas do princípio da boa-fé são de ordem pública.

A interpretação do art. 476 do Código Civil à luz do princípio da boa-fé objetiva revela como pressupostos da exceção do contrato não cumprido: 1) a bilateralidade e a onerosidade do contrato, 2) a reciprocidade das obrigações e 3) a proporcionalidade entre o inadimplemento verificado e a obrigação recusada pelo devedor.

Acerca do primeiro pressuposto, é certo que não é possível ao devedor invocar a exceção nos contratos unilaterais ou gratuitos, pois nesses casos não se cogita de obrigação devida pelo credor a justificar a resistência do devedor.

No tocante à reciprocidade, é oportuno trazer a doutrina abalizada sobre o tema:

[...] se é certo que o legislador não mencionou a equivalência das prestações como requisito ao exercício da exceção do contrato não cumprido, não menos verdade que a bilateralidade subentende a relação de causalidade entre as obrigações das partes. Pressupõe, por outras palavras, uma implicação entre elas, de modo que mesmo não havendo total equivalência, têm ambas um peso similar. (MONTEIRO; MONTEIRO, 2015, p. 114).

De fato, é necessário haver uma imbricação entre as obrigações das partes, porque somente justifica a resistência do devedor o descumprimento de uma cláusula contratual que guarde relação lógica com a obrigação devida ao credor.

Ora, a exceção visa a proteger a boa-fé contratual. Assim, a sua invocação não pode dar guarida a possíveis abusos da parte inadimplente.

Por fim, é necessário destacar que, ainda que o contrato seja bilateral e oneroso e que as obrigações examinadas sejam recíprocas, deve estar presente inadimplemento relevante da parte credora. A violação deve ser tal que justifique a resistência do devedor e a não execução da sua parte na avença.

Assim, havendo situações em que se observe o adimplemento substancial da obrigação pelo credor, não se abre para o devedor a possibilidade de invocação da exceção. Conforme já decidiu o C. STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULAS N. 5 E N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL E MÍNIMO DA AVENÇA. DESPROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES.

[...] 3. 'A exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. (...) A recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da argüição da exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é parcial e mínimo' (REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23.4.2010). 4. Diante do contexto de desproporcionalidade que a presente hipótese evidência, verifica-se que o acórdão, ao afastar a exceção do contrato não cumprido, acabou por violar princípios norteadores da relação contratual, quais sejam, o da proporcionalidade, da boa-fé e da função social do contrato, porque, por uma importância desproporcional ao valor do bem, garantiu aos recorridos um benefício muito maior do que o contratado, haja vista que, o atraso na quitação do IPTU, no montante declinado, nunca representaria motivo suficiente ao pedido de rescisão contratual, seja pelo fato de que o imóvel já havia sido entregue, seja pelo fato de que o valor das prestações já quitadas supera em muito o montante atribuído ao Fisco e que, facilmente, poderia ter sido abatido do valor devido. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ. REsp 1220251/MA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 6.3.2012).

Em síntese, a exceção do contrato não cumprido assegura a uma parte do contrato que deixe de cumprir a obrigação que lhe foi imposta, em virtude de inadimplemento relevante de uma obrigação recíproca pela outra parte, em contrato bilateral e oneroso.

4 O ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS

Acerca da jornada de trabalho, o art. 7º da Constituição Federal estabelece, em seus incisos XIII e XIV, os limites da duração do trabalho nos seguintes termos:

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

[...]

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

mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. (BRASIL, 1988).

A prestação de serviços para além desses limites consiste em labor em prorrogação de jornada, o que impõe a remuneração das horas excedentes com o adicional de, no mínimo, 50% do valor da hora normal, conforme inciso XVI do mesmo artigo da Lei Fundamental.

Ocorre que, como se nota do texto constitucional, há expressa previsão de compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

De fato, considerando que os limites da duração do trabalho consistem em normas de proteção da saúde dos trabalhadores, haja vista os diversos estudos que relacionam acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ao excesso de trabalho, a compensação de horários se mostra medida menos gravosa do que o simples pagamento da remuneração extraordinária. Ou seja, havendo prestação de serviços para além dos limites constitucionais, a melhor medida reparadora consiste na compensação do sobrelabor, sendo o pagamento de horas extras a última medida a ser empregada.

Nesse sentido, pode-se conceituar o acordo de compensação de horário como o pacto incidente no contrato de emprego, pelo qual o trabalho para além dos limites legais ou constitucionais é compensado com folgas adicionais dentro de um certo módulo temporal.

Exemplo de pacto compensatório, derivado de construção pretoriana, consiste na compensação semanal de jornadas.

Por meio desse acordo, disciplinado pela Súmula n. 85 do C. TST, o labor correspondente aos sábados pode ser diluído na jornada de segunda a sexta-feira, usufruindo o trabalhador da folga adicional no sábado.

Outra modalidade de compensação, inserida na CLT no ano de 2001, consiste no chamado banco de horas, no qual as horas extras prestadas pelo empregado, até o limite de duas diárias, são acumuladas para posterior descanso, dentro do interstício de um ano.

Em virtude da previsão expressa do § 2º do art. 59 da CLT, esse sistema de compensação deve estar autorizado em norma coletiva para poder ser implantado pela empresa. Contudo, a Lei n. 13.467/2017 passou a admitir o acordo individual, desde que a compensação de horas se dê no período de 6 meses.

Ainda, destaque-se a escala 12x36 horas que também consiste em jornada desenvolvida por meio de acordo de compensação de

horários, na medida em que a jornada diária do obreiro excede o limite constitucional de 8 horas, mas é compensada com as folgas da escala, que implicam em jornada semanal média de 42 horas.

Como registrado na introdução deste trabalho, o referido sistema encontrava previsão em diversas normas coletivas, tendo sido validado pela jurisprudência do C. TST, o que culminou na edição da Súmula n. 444.

Por fim, vale apontar que, embora essas sejam as modalidades de compensação mais comuns, há outros sistemas de trabalho menos difundidos, firmados em razão das especificidades da profissão ou do local da prestação de serviços.

O grande desafio no exame dos acordos de compensação reside no fato de o contrato de emprego constituir um dos pactos mais complexos da ordem privada, em virtude de muitas das suas cláusulas e condições serem estabelecidas verbal ou tacitamente entre as partes, de acordo com a dinâmica da prestação de serviços, como permite o art. 442 da CLT.

Com efeito, é muito comum em reclamações trabalhistas que cláusulas fundamentais do contrato, como os horários de trabalho, as atividades desempenhadas pelo empregado e a contraprestação paga, divirjam sensivelmente do que foi firmado no instrumento de contratação, sendo objeto de discussão o que se deu na prática adotada pelas partes.

É por esse motivo que o Direito do Trabalho possui como um dos seus princípios fundamentais a primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual:

[...] deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual - na qualidade de uso - altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matices lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. (DELGADO, 2019, p. 244).

Essa contingência do contrato de trabalho revela a enorme importância da aplicação da boa-fé objetiva no Direito do Trabalho, eis que, como visto, esse princípio visa a tutelar, exatamente, a proteção à

confiança dos contratantes diante das práticas assumidas reiteradamente no curso da relação laboral.

Conforme lições da doutrina:

[...] não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, empregado e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a fonte do salário e do lucro. Os arts. 482 e 483 da CLT, ao indicarem a casuística da justa causa, em verdade estão a elencar hipóteses em que a conduta do empregado ou do empregador acarreta a quebra da confiança que um no outro depositava. Não há melhor expressão, no direito do trabalho em vigor no Brasil, da função informadora do princípio da boa-fé. (CARVALHO, 2019, p. 90).

Considerando que o contrato de emprego é um contrato de trato sucessivo, firmado, em regra, por prazo indeterminado, é essencial para o desenvolvimento da relação jurídica que as partes tenham protegidas as expectativas decorrentes das práticas reiteradas.

É por essa razão que a Súmula n. 85 do C. TST consagra o entendimento de que o acordo de compensação semanal de jornada pode ser encetado tacitamente. De fato, se o empregado labora algumas horas a mais na semana, e tem, em contrapartida, o repouso no sábado, ainda que nada esteja escrito no contrato de emprego, tem-se um acordo de compensação constituído pela prática das partes.

Trata-se, assim, de aplicação concreta do princípio da boa-fé no contrato de trabalho, especificamente na disciplina do acordo de compensação de horas.

Não é demasiado recordar que a própria Lei n. 13.467/2017 buscou aproximar o Direito do Trabalho do Direito Civil ao alterar a redação do § 1º do art. 8º da CLT, para prever que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho” (BRASIL, 1943). Logo, não é possível admitir que tal aproximação se dê sem a utilização dos valores éticos que guiam a aplicação do Código Civil de 2002, conforme estudado acima.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO CONCESSÃO DAS FOLGAS DA ESCALA 12X36 PELO EMPREGADOR

Conforme desenvolvido ao longo deste estudo, a escala de trabalho de 12 horas alternadas por repouso de 36 horas consiste em um acordo de compensação de horários.

Cabe dizer que, para sua validade, é essencial a autorização em acordo ou convenção coletiva de trabalho, como exige expressamente o inciso XIII do art. 7º da Carta da República.

O sistema de compensação semanal preconizado na Súmula n. 85 do C. TST constitui exceção a essa regra, podendo ser encetado individualmente por se tratar de uma condição mais benéfica ao trabalhador. Com efeito, o empregado obtém vantagem considerável no contrato - o repouso por dois dias seguidos - em troca das 4 horas de trabalho diluídas de segunda a sexta-feira.

Já os demais sistemas de compensação, notadamente o banco de horas e a escala 12x36 horas, apresentam regras mais complexas e submetem o trabalhador a condições de trabalho mais severas, de modo que, para a sua validade, tem-se a obrigatoria autorização coletiva.

Assim, padecem de inconstitucionalidade material as regras da CLT incluídas pela Lei n. 13.467/2017 que autorizam sistemas de compensação acordados individualmente, ressalvado o acordo semanal, por constituir pacto benéfico ao empregado.

Destarte, inexistindo previsão em norma coletiva, o acordo de compensação de horários no regime de 12x36 horas é nulo, nos termos do art. 104, III, do Código Civil, por não atender à forma prescrita em lei.

Em havendo a autorização em acordo ou convenção coletiva, a sua aplicação no contrato de emprego pode se dar por previsão expressa no instrumento escrito ou por acordo verbal ou tácito, como examinado no tópico anterior.

Uma vez firmado o acordo para a jornada 12x36 horas, o empregado passa a ser obrigado a laborar por até 12 horas consecutivas, e o empregador a conceder, em contrapartida, o repouso de 36 horas. Se o trabalho excede o limite ajustado, o empregado se torna credor de horas extras.

Nesse ponto, contudo, o parágrafo único do art. 59-B da CLT dispõe que: “A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas” (BRASIL, 1943).

Tem-se com isso a pergunta central deste estudo: havendo o trabalho nos dias destinados à folga da escala, permanece eficaz o acordo de compensação de jornadas?

Pois bem. O dispositivo trazido pela Reforma Trabalhista não possui nenhum parâmetro objetivo que oriente a sua leitura pelo intérprete. Não obstante, como sói acontecer com qualquer norma jurídica, a sua aplicação deve ser balizada pela razoabilidade e, como desenvolvido ao longo deste trabalho, pela boa-fé objetiva.

Se o empregado, por exemplo, ativa-se em todos os dias por 13 horas, não há dúvidas de que ele faz jus ao pagamento de 1 hora extra diária, o que constitui a prestação habitual de serviços extraordinários.

Contudo, essa habitualidade, por si, não descaracteriza o acordo de compensação de horas, por não atingir o seu núcleo com intensidade grave o bastante.

Há nesse caso, portanto, a aplicação da nova norma jurídica trazida pela Lei n. 13.467/2017, que busca preservar a eficácia das convenções estabelecidas entre as partes no curso da relação de emprego, em linha com o princípio da segurança jurídica e com o princípio da boa-fé.

Outra solução deve ser dada, todavia, quando as horas extras decorrem do labor nas folgas da escala de trabalho, isto é, no caso de o empregado realizar novo turno de trabalho de 12 horas, para o mesmo empregador, no período das 36 horas.

Nessa hipótese, a essência do acordo de compensação de horas é violada pelo empregador. A principal obrigação devida pela empresa no pacto é contrariada de modo grave, o que obsta que o empregador então exija a contrapartida do empregado, na forma do art. 476 do Código Civil.

Cabe ser apontado que a doutrina abalizada já vem indicando que essa prática patronal viola a boa-fé objetiva. Podemos citar, nesse sentido:

A despeito do que dita o novo parágrafo único do art. 59, é certo que, nos termos do 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'. Caberá ao intérprete, pois, separar o joio do trigo. Se a realização habitual de horas extras revelar que a única ou principal 'utilidade' do acordo de compensação de horas é a desoneração do empregador quanto à observância dos limites diários e/ou semanais de jornada, sem que haja qualquer benefício correspondente para o trabalhador (que não obtém, com o acordo, qualquer previsibilidade de jornada, tornando-se enfim inócuos, para a gestão da sua vida privada, os horários de compensação), então o juiz terá diante de si um negócio jurídico praticado com o objetivo de fraudar os limites constitucionais do art. 7º, XIII, restando-lhe negar efeitos ao referido negócio, seja por força do referido art. 9º da CLT, seja por força do próprio art. 422 do Código Civil (c/c art. 8º, § 1º, CLT), no que positiva o princípio da boa-fé objetiva (a obstar o *venire contra factum proprium*). (DIAS *et al.*, 2018, p. 65).

Por derradeiro, a Lei n. 13.467/2017 acresceu à CLT preceito (art. 59-B, parágrafo único) que contraria toda experiência jurídica, ao estatuir que 'a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas'. Vale dizer: mesmo que o empregador contrate um limite de jornada e costumeiramente não o cumpra, a existência formal ou até tácita de um acordo de compensação fará devido o adicional, segundo a nova lei, apenas sobre as horas excedentes da quadragésima quarta hora semanal. É inevitável que se anote, neste passo, o acintoso contraste entre essa regra legal e o princípio da boa-fé objetiva ou, em sua esteira, ao princípio da vedação de condutas contraditórias (*venire contra factum proprium*). (CARVALHO, 2019, p. 304).

Conforme desenvolvido anteriormente, entendemos, respeitosamente, que o enquadramento da conduta do empregador entre os conceitos parcelares da boa-fé se dá na exceção do contrato não cumprido e não no *venire contra factum proprium*.

Isso porque a vedação ao comportamento contraditório exige a prática de uma ação concreta pela parte (o *factum proprium*), a criação da expectativa de cumprimento na parte adversária e a frustração dessa confiança com um comportamento posterior.

No caso da escala 12x36 horas, tem-se mostrado comum nos processos trabalhistas situações em que, desde o início, o empregado habitualmente presta serviços nos dias de folga do regime, a despeito da existência formal do acordo de compensação.

Nesses casos verifica-se que o trabalhador, na realidade, sequer possui a expectativa de sempre usufruir do repouso alternado de 36 horas, tendo, ao contrário, a certeza de que laborará em turnos extras no decorrer dos meses.

É por tais razões que compreendemos não estarem atendidos todos os pressupostos do *venire contra factum proprium*, tais como elencados acima.

Por outro lado, há o perfeito enquadramento nos pressupostos da exceção do contrato não cumprido, porque o empregador descumpre a obrigação recíproca que lhe cabe no contrato bilateral e oneroso.

Acerca da gravidade do inadimplemento, que constitui o terceiro pressuposto estudado no capítulo próprio, tem-se a relevante distinção entre as horas extras prestadas diariamente sem a descaracterização do próprio acordo (como no exemplo do labor por 13 horas) e as horas extras decorrentes do exercício de um novo turno no intervalo de 36 horas, o que fere sensivelmente a obrigação do empregador.

Cabe repisar que é a empresa que frustra o pacto firmado ao exigir o labor em dias em que foi ajustada a concessão de folga. Ato contínuo, não pode o empregador, por um dever de coerência, exigir a outra parte no acordo.

Não obstante tais considerações, independentemente do conceito parcelar específico a ser invocado, não há dúvidas de que a conduta do empregador de exigir apenas a parte que o beneficia no acordo de compensação fere a boa-fé objetiva, por revelar conduta desleal, ímproba e desonesta.

Cabe registrar, ademais, que não se trata de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 59-B da CLT, nem de se lhe negar vigência, em possível violação ao entendimento da Súmula Vinculante n. 10 do E. STF.

Como amplamente abordado neste trabalho, esse dispositivo tem aplicação plena nos casos em que as horas extras, embora habituais, não violam a essência do pacto de compensação firmado, o qual pode ser aproveitado na maior parte, assegurando-se a remuneração do serviço extraordinário ao empregado.

Por outro lado, quando a prestação de labor em sobrejornada se dá de tal forma que o pacto é subvertido na sua razão de ser, em especial no trabalho nos dias de folga da escala de 12x36 horas, é o próprio empregador que nega a eficácia do acordo ao não cumprir a sua parte na avença. Com isso, a ineficácia do acordo é apenas uma consequência do inadimplemento do empregador, tendo aplicação os limites normais da jornada de trabalho.

Portanto, é o princípio da boa-fé objetiva, como norteador das condutas em todos os ramos do Direito Privado, que impede que o empregador se beneficie da sua violação ao pacto compensatório firmado com o empregado.

6 CONCLUSÃO

O regime de trabalho desenvolvido na escala de 12 horas trabalhadas por 36 horas descansadas consiste em uma das modalidades de acordo de compensação de jornadas admitidas pelo Direito do Trabalho, cuja validade depende da previsão em norma coletiva, em conformidade com o art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Como tal, a prestação de horas extras habituais, por si só, não invalida nem torna ineficaz esse pacto, de acordo com a disciplina do parágrafo único do art. 59-B da CLT.

Contudo, na hipótese de as horas extras habituais decorrerem do labor nas folgas previstas para a escala 12x36 horas, a conduta do empregador retira a eficácia do acordo, pois nega ao empregado o repouso que configura a contrapartida essencial do negócio jurídico.

Nessa linha, presente violação que contrarie a própria essência do acordo de compensação de horários, o empregado pode invocar a exceção do contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil), porque o empregador não pode exigir a prestação de serviços para além de 8 horas se não cumpre a sua parte no contrato, consistente na concessão do repouso nos exatos termos constantes do pacto compensatório firmado.

REFERÊNCIAS

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.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho: curso e discurso**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* **Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MONTEIRO, Marina Stella de Barros; MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros. A causa dos contratos e a *exceptio non adimpleti contractus*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 99-117, ago. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

A TEORIA DOS JOGOS E A ESTRATÉGIA DA COOPERAÇÃO

GAME THEORY AND COOPERATION STRATEGY

JANON, Renato da Fonseca*

Para enxergarmos mais longe temos que olhar por
cima dos muros que nos cercam.
(Marcelo Gleiser, físico e astrônomo)

Resumo: A Teoria dos Jogos permite-nos entender **justiça** como **estratégia** para a cooperação social, um método estruturado a fim de possibilitar a composição dos conflitos de interesses de modo que as pessoas convivam em sociedade de forma solidária, colaborando entre si na busca do maior benefício possível para todos os indivíduos. O dilema do interesse público evidencia o problema do comportamento individualista quando alienado da noção de “bem comum”. As vantagens da estratégia da cooperação constituem um argumento efetivo para convencer os interlocutores, com exemplos práticos, que a postura colaborativa é a que trará o melhor resultado para todos. Cooperação não é uma questão de altruísmo ou caridade. É pensamento estratégico.

Palavras-chave: Teoria dos jogos. Cooperação. Estabilidade. Reciprocidade.

Abstract: The Game Theory allows us to understand **justice** as a **strategy** for social cooperation, a structured method in order to enable the composition of conflicts of interest so that people live together in society in solidarity, collaborating with each other in the search for the greatest possible benefit for all individuals. The public interest dilemma highlights

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

the problem of individualistic behavior when alienated from the notion of “common good”. The advantages of the cooperation strategy constitute an effective argument to convince the interlocutors, with practical examples, that the collaborative posture is the one that will bring the best result for everyone. Cooperation is not a matter of altruism or charity. It is strategic thinking.

Keywords: Game theory. Cooperation. Stability. Reciprocity.

1 INTRODUÇÃO

O que é justiça? Essa é a pergunta fundamental da ciência jurídica, para a qual até hoje não temos uma resposta definitiva. Trata-se de uma palavra polissêmica que comporta múltiplas interpretações. Conceituá-la é uma das questões centrais da filosofia do direito porque define a forma como os conflitos de interesses devem ser resolvidos de modo a permitir que os seres humanos possam conviver em sociedade.

Platão, em **A República**, entende justiça (*dikaíosunē*) como o bem-estar coletivo da pólis ou da comunidade. Aristóteles, em **Ética a Nicômaco**, define justiça como equidade, o meio-termo que traz equilíbrio na relação entre os cidadãos. Para o romano Ulpiano, justiça é a vontade de dar a cada um o que é seu (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Para Immanuel Kant, justiça tem a ver com a autonomia da vontade para agir como se cada conduta pudesse se tornar uma lei universal (*Age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza*). John Rawls enfatiza o conceito de justiça como igualdade de oportunidades. Ronald Dworkin associa justiça à razoabilidade e à dignidade humana. Enfim, temos vários conceitos distintos e complementares - todos igualmente válidos.

Todavia, a moderna Teoria dos Jogos também nos permite pensar no conceito de justiça sob uma perspectiva nova, como **estratégia** para a cooperação social. Estratégia no sentido de ser um método estruturado para a composição dos conflitos de interesses de modo que as pessoas possam conviver em sociedade de forma solidária, cooperando entre si na busca do maior benefício possível para todos os indivíduos.

Solidariedade, na acepção técnica do termo, não é sinônimo de bondade ou caridade. Solidariedade, na definição de Émile Durkheim, remete à ideia de que os indivíduos se sintam integrantes de uma mesma comunidade e, portanto, interdependentes, com coesão social e consciência coletiva. Em outras palavras, solidariedade, para a sociologia e para o direito, consiste no “compromisso pelo qual as pessoas, voluntariamente, obrigam-se umas às outras e cada uma delas a todas”. É cooperação,

pertencimento, interdependência. Logo, ser solidário não tem a ver com altruísmo ou com generosidade, mas com “**necessidade**”.

O objetivo dessa **estratégia**, lastreada na colaboração solidária, é encontrar o melhor resultado possível para o conjunto de cidadãos, mediante a adequada destinação dos bens públicos. Entende-se por **bens públicos** não apenas os recursos materiais propriamente ditos, mas também aqueles valores sociais incomensuráveis (e nem por isso menos relevantes), tais como meio ambiente, saúde, educação, segurança e direito ao trabalho. Compreende-se por **estratégia** o método organizado, lógico e sistemático que leva uma pessoa ou instituição a atingir o **objetivo** que foi por ela previamente determinado (no nosso caso, esse objetivo seria o bem-estar social). Difere de **tática**, que consiste na escolha das ações necessárias para implementar o método. A estratégia é permanente ou de longa duração, enquanto a tática é conjuntural e dinâmica. Em uma analogia mais simples, podemos dizer que estratégia é escolher o melhor caminho para se chegar ao destino traçado, enquanto a tática são os passos que devemos dar para trilhar o caminho escolhido.

A Teoria dos Jogos, quando aplicada à sociologia, revela que, a despeito do desprendimento de alguns, boa parte das decisões tomadas pelos indivíduos depende muito mais dos estímulos que eles recebem da sociedade mediante os mecanismos de punição ou recompensa, prêmio ou castigo, na medida em que, em uma sociedade com múltiplos conflitos, o cidadão médio age de modo a buscar o resultado que mais o beneficia, orientando-se pelas possíveis consequências das suas atitudes. Para compreendermos esses mecanismos de escolha precisamos estudar não apenas o comportamento individual, como se cada cidadão seguisse uma lógica de resultados particular, mas também as interações sociais, ou seja, como as ações de outros “jogadores” influenciam na tomada de decisões de cada indivíduo. Precisamos ir além das táticas se quisermos enxergar a estratégia. Essa é a proposta do presente artigo.

Veremos, inicialmente, a radiografia do problema (o dilema do interesse público) e, em seguida, exploraremos a estratégia mais eficaz para solucioná-lo (a cooperação).

2 CONCEITOS E EXEMPLOS: o dilema do interesse público

Antes de adentrarmos no desenvolvimento da estratégia e suas táticas, vamos nos concentrar em algumas definições mais elementares, que são imprescindíveis para a compreensão do **dilema do interesse público e da tragédia dos bens comuns**, haja vista que a resolução de um problema começa pelo diagnóstico correto.

De uma forma bem simplificada, **jogo** é um conflito de interesses cuja solução depende das decisões que serão tomadas, simultaneamente, por todos os jogadores. O resultado não depende apenas da escolha individual de uma única pessoa, mas da interação entre as escolhas de todos os interessados envolvidos nesse conflito.

Jogador é o participante do jogo, a pessoa interessada que o conflito seja resolvido a seu favor, de modo a auferir o maior benefício possível para si próprio. O método utilizado para alcançar seu objetivo configura a **estratégia** do jogador. Esse objetivo é a recompensa ou a solução final do conflito.

A **teoria dos jogos** é o ramo da matemática aplicada que estuda as diferentes estratégias que os jogadores podem adotar na tentativa de obter o melhor resultado na solução do conflito. Trabalha com lógica dedutiva e pensamento estruturado.

Dentre os diversos modelos de jogos existentes, interessa-nos, em especial, o chamado **dilema do interesse público**, bem representado pela “tragédia dos bens comuns”. A **tragédia dos bens comuns** é uma situação em que indivíduos, agindo de forma independente e de acordo com seus próprios interesses, comportam-se em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando algum recurso de uso coletivo. Este conceito foi baseado, originalmente, em um ensaio feito pelo matemático e economista William Foster Lloyd sobre a posse comunal da terra em aldeias medievais, muito embora tenha sido popularizado pelo **ecologista** Garret Hardin no ensaio **The Tragedy of the Commons**, publicado em 1968¹.

Esse dilema pode ser usado para explicar desde fenômenos complexos, tais como a contaminação por uso de agrotóxicos, as epidemias de dengue ou a cobertura da vacinação, até questões cotidianas mais simples, como a divisão da conta de um restaurante, o pagamento da conta de água ou as brigas internas em um grupo de WhatsApp. Para exemplificar esse dilema, Hardin ilustra o problema da “**tragédia dos bens comuns**” usando a parábola de um grupo de pastores que mantinham seus animais em uma terra pública. Cada pastor pensava em acrescentar um animal ao seu rebanho com o seguinte raciocínio: o animal extra proporcionaria um lucro adicional e, no geral, a pastagem diminuiria somente um pouquinho. Parecia, então, que era perfeitamente lógico o pastor colocar um animal extra. Porém, a tragédia ocorre quando todos os outros pensam da mesma maneira. Quando todos adicionam um animal, a terra se torna superpopulosa e, em breve, não haverá mais nenhum pasto sobrando.

¹HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. **Science**, Washington DC, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

Os animais morrerão de fome porque o pasto não aumentará, continuará sendo sempre o mesmo - ou diminuirá. O resultado é que aquela aparente pequena vantagem individual acaba se transformando em um grande prejuízo para todos.

Hardin recorreu à parábola dos pastores para representar o conceito da tragédia dos bens comuns do ponto de vista da **economia ecológica**, tendo como pressuposto implícito a **lei da escassez**. Escassez é o problema econômico fundamental de se ter desejos humanos praticamente infinitos em um mundo de recursos limitados. Ele postula que a sociedade tem meios de produção e recursos insuficientes para atender aos desejos e necessidades de todos os seres humanos. Daí a necessidade de se fazer escolhas, a partir de estímulos, para que esses recursos possam beneficiar o maior número de pessoas.

Explorando a hipótese de Hardin, podemos conjecturar o que aconteceria se um agricultor resolvesse usar **agrotóxicos** de forma indiscriminada para controlar as pragas que afetam a sua plantação e, assim, maximizar sua produtividade. Em um primeiro momento, é provável que esse indivíduo aumentasse o seu lucro e alcançasse o seu objetivo imediato. Contudo, em pouco tempo, o solo, o lençol freático e os rios estariam contaminados, prejudicando não apenas aquele agricultor, mas todos os produtores da vizinhança. Em seguida, a produtividade de toda a região ficaria comprometida. Ao final, além do consumidor, que passaria a consumir um alimento envenenado, todo o ecossistema seria afetado, produzindo um desastre ambiental de proporções bíblicas. Tudo em consequência do ato irresponsável de um único indivíduo que agiu pensando somente no benefício pessoal imediato. Mas pode ser muito pior. Imaginemos, então, se, ao perceber o ganho inicial daquele fazendeiro, seus vizinhos resolvessem agir da mesma forma, disseminando o uso de agrotóxicos cancerígenos de forma irresponsável - afinal, ninguém quer ficar para trás. A catástrofe se tornaria uma hecatombe. Significa que, em um primeiro momento, as decisões egoístas de cada indivíduo podem indicar um ganho inicial em sua lucratividade, mas, logo em seguida, como os recursos são finitos, todos têm que pagar a conta da perda da produtividade global, resultando em um prejuízo coletivo, inclusive para aquele que, em princípio, achou ter se beneficiado ou levado alguma vantagem sobre os demais.

A tragédia amplia seu poder destrutivo quando alguns colaboram por benefício mútuo, mas outros percebem que poderiam se sair melhor, no curto prazo, ao quebrar a cooperação, desprezando as consequências futuras. O jogo se complica quando entra em cena o chamado *free rider*, aquele que quer “pilotar sozinho”, ou seja, quem, fechando os olhos para o prejuízo coletivo que sobrevirá no futuro, preocupa-se apenas com o suposto benefício individual imediato. É o que ocorre quando alguém,

mesmo tendo uma lixeira por perto, joga um papelzinho no chão achando que não fará diferença ou que ninguém perceberá. Se todos agirem da mesma forma, as ruas ficarão atoladas de lixo².

Em uma análise imediatista, o *free rider*, também chamado de **parasita**, beneficia-se ao não colaborar, sempre pegando carona nas costas dos outros que colaboraram. Todavia, mais adiante, todos pagam o preço dessa escolha equivocada, inclusive aquele que, inicialmente, achou ter levado uma vantagem. É o caso da **conta de água**. Em um modelo de condomínio, no qual o pagamento da água do prédio é dividida de forma igual entre todos os apartamentos, se eu gastar um pouco mais ou ficar cantando debaixo do chuveiro, não pagarei mais pelo meu consumo se os outros moradores economizarem no banho, na medida em que a conta será dividida na mesma proporção entre todos os condôminos. Assim, em um primeiro momento, o *free rider* levaria uma vantagem diante dos outros moradores que colaboraram. Porém, logo em seguida, os demais serão estimulados a agir da mesma forma irresponsável e, no final, o consumo aumentará e todos acabarão pagando uma conta bem mais cara. Isso se a água não faltar. Afinal, se expandirmos o exemplo para todos os prédios e casas da cidade, se todos os moradores não tiverem um estímulo para controlar o uso da água, por certo o abastecimento da comunidade inteira acabará sendo afetado, pois os recursos naturais são escassos. Basta ver quantas cidades tiveram que implantar o racionamento em um passado recente. Essa é a tragédia dos comuns. Daí a tendência de se exigir medidores individuais para aferir o consumo de cada casa e, assim, desestimular o uso irresponsável das reservas hídricas.

Outro exemplo é a **divisão da conta do restaurante**. Imaginemos um grupo de amigos que sai para comemorar. Cada um pede um prato diferente com um preço distinto. Se, no final, a conta for dividida igualmente entre todos, aquele que, porventura, pediu um prato muito mais caro acabará levando vantagem sobre os demais porque, na divisão, pagará menos do que deveria - a menos que essa repartição tenha sido previamente acordada entre todos, os demais ficarão com uma justificável sensação de injustiça. É provável que, no futuro, o *free rider*, que em um primeiro momento pensou ter levado vantagem, não venha mais a ser convidado para as próximas confraternizações. Pequenos benefícios imediatos (como economizar alguns reais em uma conta de restaurante) podem trazer grandes prejuízos futuros (como ficar excluído de um grupo social, lembrando que, hoje em dia, a rede de relacionamentos

²Para se entender, de forma mais didática, a **tragédia dos bens comuns** e a figura do **parasita**, recomenda-se acessar a Khan Academy. Disponível em: <https://pt.khanacademy.org/economics-finance-domain/microeconomics/consumer-producer-surplus/externalities-topic/v/tragedy-of-the-commons>. Acesso em: 20 dez. 2019.

pode facilitar até mesmo novas propostas de trabalho). E o cenário pode até ser pior: se vários indivíduos resolverem abusar do consumo, a conta do grupo ficará muito cara. Se diversas pessoas se omitirem na hora de pagar a conta, o próprio grupo pode desfazer-se e todos sairão perdendo. Afinal, ninguém gosta de ser passado para trás.

Raciocínio idêntico ocorre na **sonegação tributária**. Quando alguém deixa de pagar impostos ou recolher a contribuição previdenciária - ou menos do que deveria -, não está lesando apenas o Estado, mas sim todos os contribuintes, que terão que pagar mais para cobrir a conta. No final, alguém sempre acaba pagando no lugar daquele que deixou de pagar a parte que lhe cabia. As despesas dos serviços públicos, como saúde, educação, segurança, justiça, são pagas pelos contribuintes. Se um indivíduo não honra com suas obrigações, outros serão prejudicados, seja com o aumento da carga tributária, ou com o sucateamento dos serviços públicos. Portanto, o suposto benefício individual do sonegador prejudicará toda a sociedade, desde o cidadão honesto, que passa a pagar mais impostos do que deveria, até o usuário das escolas, das creches e dos hospitais. O sonegador é corresponsável pelo sofrimento dos pacientes que agonizam nas filas das unidades de saúde ou das crianças que não têm onde estudar. No mundo dos mortais, nada é de graça. Alguém sempre paga a conta.

Exatamente igual quando um **empregador** não adota as medidas de segurança no ambiente de trabalho ou não concede o intervalo e as pausas preventivas. No final, essa “economia” será cobrada de toda a sociedade, que acabará pagando a conta dos benefícios previdenciários dos trabalhadores que forem vítimas de acidentes e doenças ocupacionais, sem falar no prejuízo do próprio acidentado. Nunca é de graça. O suposto lucro imediato do indivíduo que se comporta de forma egoísta sempre será pago pelos outros que agiram de forma correta. Assim, os demais também serão levados a agir de modo semelhante e, por fim, todos sairão perdendo, inclusive o **parasita**.

Fenômeno parecido ocorre em **grupos de WhatsApp**. Imaginemos um grupo que tenha sido criado para tratar exclusivamente de temas profissionais ou institucionais. No entanto, um dos membros resolve romper as regras de convivência previamente combinadas e passa a usar aquele espaço virtual para fazer propaganda política ou tratar de assuntos que são exclusivamente de seu interesse pessoal. Em um primeiro momento, ele pode se achar esperto e acreditar que está fazendo prevalecer seu ponto de vista ao expressar sua opinião sobre temas acerca dos quais os outros silenciam, em respeito à regra inicial. Contudo, é provável que, incomodados, outros resolvam responder e também passem a tratar de questões estranhas à proposta do grupo. Se todos resolverem agir assim, em breve estarão brigando por motivos irrelevantes e o grupo

perderá a finalidade para a qual foi criado. Em pouco tempo, o próprio grupo deixará de existir.

É a aplicação prática do conceito de “lei universal” de Immanuel **Kant**: todo homem é um legislador na medida em que suas ações criam uma norma social. A conduta de um cidadão estabelece um padrão de comportamento que pode ser seguido pelos outros, ou seja, ao agir de uma determinada forma, o indivíduo concede aos demais o direito de agir de forma semelhante. Daí a máxima popular: trate os outros da mesma forma que você gostaria de ser tratado; não faça o que você não gostaria que fizessem com você.

Como se vê, simples exemplos do cotidiano ilustram, com clareza, a tragédia dos comuns na vida real. Porém, há hipóteses de maior gravidade que ilustram com mais contundência o **dilema do interesse público**. Pensemos na recusa individual em se vacinar. Alguém que acredite em uma teoria da conspiração lida na internet pode recusar-se a tomar uma vacina ou a vacinar seus filhos, pensando que assim levaria a “vantagem” de não ser contaminado. Porém, esse comportamento egoísta, se adotado por muitas pessoas, trará graves consequências à saúde pública, uma vez que, sem a barreira da **vacinação**, a população inteira poderá ficar exposta a doenças contagiosas que eram perfeitamente preveníveis. Aliás, sem a imunização coletiva, mesmo as pessoas que se vacinaram serão prejudicadas, na medida em que terão que pagar o elevado custo do atendimento médico-hospitalar na rede pública de saúde para aqueles que, de forma egoísta ou por ignorância, recusaram-se a tomar a vacina. A questão é tão grave que, priorizando a saúde pública e o bem-estar dos menores, já houve decisão judicial obrigando os pais a vacinarem os seus filhos, entendendo-se que esta não é uma escolha individual, mas uma obrigação de todos os cidadãos, um dever das famílias³.

De igual modo sucede nas epidemias de **dengue**. O proprietário de um imóvel que não limpa o seu terreno, não cobre a caixa d’água e deixa formar focos do *aedes aegypti* pode até “economizar” com o custo da limpeza. Contudo, ele estará colocando em risco sua própria saúde e a de todos os seus vizinhos, sendo que, em caso de dengue hemorrágica ou de pacientes debilitados, muitos poderão até morrer. Hospitais ficam lotados. Pacientes sofrem na fila de espera dos postos de saúde. A produtividade das empresas fica prejudicada pela ausência dos trabalhadores. A sociedade inteira acaba pagando um preço muito alto pela irresponsabilidade de alguns poucos indivíduos. Essa é a razão de diversas decisões

³FREITAS, Luís. Justiça obriga casal a vacinar filho de três anos no interior de SP. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/justica-obriga-casal-a-vacinar-filho-de-tres-anos-no-interior-de-sp.shtml>.

judiciais autorizarem o ingresso de agentes públicos em imóveis desocupados, mesmo sem autorização do proprietário⁴.

Em uma linguagem mais técnica, a partir da microsociologia podemos dizer que:

Dilemas sociais são situações em que a racionalidade individual leva a uma irracionalidade coletiva, à medida que o comportamento individual utilitário leva a situações em que todos estão piores. Desse modo, ao fazer aquilo que parece individualmente racional e razoável, indivíduos acabam com resultados piores do que aqueles que seriam encontrados, caso eles não tivessem feito essa escolha (Dawes & Messick, 2000).

Nesse sentido, um dilema social é uma armadilha coletiva simétrica, em que a existência de estrutura de incentivos idêntica para todos os participantes os leva a responder a esses incentivos, ignorando as consequências sociais, de maneira que todos eles são levados a uma situação pior do que estariam, caso tivessem ignorado esses incentivos individuais (Messick & Brewer, 1983).

Assim, de acordo com Dawes (1980), dilemas sociais se caracterizam por, pelo menos, duas propriedades: (a) comportamento oportunista gera *payoffs* individuais maiores do que o comportamento cooperativo. No entanto, (b) todos os indivíduos recebem *payoffs* menores, caso todos prefiram trapacear em vez de cooperar. (KIRSCHBAUM; IWAI, 2011, p. 141).

Conceituado o problema, vamos analisar as possíveis soluções.

3 SOLUÇÕES: a estratégia da cooperação

Resta, então, indagar como podemos conciliar a liberdade individual e a autonomia da vontade com a prevalência do interesse público, de modo a evitar a “tragédia dos bens comuns”. A resposta passa pela exata compreensão do conceito de **cooperação**, que muitas vezes acaba sendo erroneamente confundido com caridade ou filantropia. Devemos compreender que levar em conta o interesse coletivo não é uma questão de altruísmo, mas sim de um pensamento estratégico que beneficia a todos.

⁴DENGUE: justiça autoriza entrada em imóveis fechados. Agência Brasília, Brasília, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/09/16/dengue-justica-autoriza-entrada-em-imoveis-fechados/>.

Para tanto, precisamos superar o anacrônico paradigma de Adam Smith, segundo o qual o melhor para o grupo (ou para a sociedade) acontece quando cada indivíduo faz o melhor para si. Smith, expoente do “protoliberalismo” e pai da economia moderna, dizia que, em um ambiente competitivo, as ambições individuais serviam ao bem comum. Logo, cada “jogador” ou cidadão deveria pensar em fazer o melhor para si, em tomar a atitude que mais o beneficiaria individualmente. Contudo, John Forbes Nash, matemático sênior da Universidade de Princeton, prêmio Nobel de Economia e uma dos principais formuladores contemporâneos da moderna Teoria dos Jogos, teve um *insight* brilhante, bem retratado no filme **Uma mente brilhante**:

[...] Adam Smith disse que o melhor resultado vem quando todos no grupo fazem o que é melhor para si, certo? Foi isso que ele disse, não? No entanto, essa afirmação está incompleta. Porque o melhor resultado acontece quando todo mundo do grupo faz aquilo que é melhor para si e **para o grupo como um todo**. (BRASIL, 2015). (Destacamos).

Para entendermos melhor esse raciocínio precisamos assimilar que Nash não está falando de altruísmo ou de desprendimento (o que dependeria da consciência de cada um), mas sim de uma estratégia vencedora para encontrar o melhor resultado possível em situações de conflitos de interesses (o que interessa mesmo àqueles que são mais egoístas e pensam apenas no benefício próprio). Porém, mesmo o equilíbrio de Nash pode não ser a melhor estratégia para todos os jogadores, como demonstra o dilema do prisioneiro. Há cenários em que o ótimo de Pareto pode ser a melhor solução. Devemos ter em mente que são dois **conceitos inconfundíveis**: (i) o **ótimo de Pareto** é um conceito:

[...] que define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante. (EFICIÊNCIA, 2018).

O (ii) **equilíbrio de Nash**, por sua vez,

[...] representa uma situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente. (EQUILÍBRIO, 2019).

O equilíbrio de Nash e o ótimo de Pareto são conceitos matemáticos nem sempre de fácil assimilação, mas que podem ser melhor compreendidos através do **dilema do prisioneiro**:

‘Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo [uma espécie de **delação premiada**]: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?’ (DILEMA, 2018).

Vamos supor que ambos os prisioneiros são completamente egoístas e têm como única meta reduzir a sua própria estadia na prisão. Esses prisioneiros têm duas opções: cooperar com o seu cúmplice e permanecer calado ou trair o seu cúmplice e confessar. O resultado de cada escolha depende da decisão do cúmplice. Infelizmente, um não sabe o que o outro escolheu fazer. Mesmo se pudessem falar entre si, não poderiam estar plenamente seguros da escolha do comparsa. Sempre existiria a possibilidade da mentira ou do blefe. Se presumisse que o cúmplice escolhera cooperar com ele e permanecesse em silêncio, a opção ótima para o primeiro seria confessar, o que significaria que seria libertado imediatamente, enquanto o cúmplice teria que cumprir uma pena de 10 anos. Se presumisse que o cúmplice decidira confessar, a melhor opção seria confessar também, já que ao menos não receberia a pena completa de 10 anos, e apenas teria que cumprir 5 anos, tal como o comparsa. Porém, se ambos decidissem cooperar e permanecessem em silêncio, os dois seriam libertados em apenas 6 meses.

Em princípio, parece que confessar é uma estratégia dominante para ambos os jogadores. Seja qual for a escolha do outro jogador, poderão reduzir sua sentença confessando (esse seria o **equilíbrio de Nash**). O problema é que isto conduz a um resultado de prejuízo recíproco, no qual ambos confessam e ambos recebem longas condenações. Aqui se encontra o ponto-chave do dilema. As interações individuais contemplam uma terceira alternativa em que a situação dos dois detidos poderia melhorar sem que isto implicasse em uma piora para o outro jogador - ou prisioneiro. O melhor resultado possível seria o cenário em que ambos os detidos não confessassem, porque aí a pena seria de somente 6 meses (esse seria o **ótimo de Pareto**).

A **racionalidade individualista**, que no exemplo dos prisioneiros foi baseada no **equilíbrio de Nash**, levaria ambos a confessarem.

Se todos os jogadores pensarem da mesma forma, ficarão presos por 5 anos. Por outro lado, a **racionalidade cooperativa**, que no modelo citado foi baseada no **ótimo de Pareto**, levaria os dois prisioneiros a não confessarem, beneficiando-se mutuamente com uma pena reduzida de apenas 6 meses. Percebe-se, então, que mesmo em uma perspectiva meramente egoísta, a solução mais inteligente para ambos é a **cooperação**. Embora abrindo mão de um suposto benefício maior (a liberdade total), deverá ou não deverá o prisioneiro colaborar com o próximo sem o trair, para que a vantagem do grupo, equitativamente distribuída, possa ser maximizada - a pena de 6 meses em vez de 5 ou 10 anos?

O raciocínio subjacente ao dilema do prisioneiro aplica-se a diversas situações práticas com conflitos semelhantes, desde questões complexas, como crises diplomáticas ou uma negociação comercial, até questões mais cotidianas, como uma relação conjugal ou mesmo uma relação de trabalho. A diferença é que, no mundo real, nas relações de trato sucessivo, o “jogo” do dilema do prisioneiro costuma ser repetido inúmeras vezes, dia após dia, como se tivesse infinitas rodadas, sem *game over*. Então ocorre uma repetição dos mecanismos de escolha (“trair” ou “ser fiel”, “cooperar” ou “competir”) e recompensa (“prêmio” ou “castigo”), uma vez que, na próxima partida, o outro jogador poderá “retribuir” o tratamento que recebeu na jogada anterior. Assim, quem “foi traído”, tende a “trair” da próxima vez porque acredita, com base no precedente, que esse continuará sendo o comportamento do outro jogador. Por outro lado, quem recebeu “cooperação” ou “fidelidade”, também fica estimulado a cooperar ou ser fiel. Cada atitude cria uma expectativa de comportamento futuro, e o medo de uma possível retaliação, ou seja, que o outro jogador aja da mesma forma na rodada seguinte, faz com que cada participante pense duas vezes antes de optar pela “traição”. O resultado é que, nos jogos repetitivos (o “dilema do prisioneiro iterado”), o estímulo e as vantagens da cooperação são ainda maiores, como comprovou o estudo de Robert Axelrod, professor de Políticas Públicas e Ciência Política da Universidade de Michigan, transcrito no *best-seller* **The Evolution of Cooperation**⁵.

Pensemos em uma empresa que convoca trabalhadores para o labor em um feriado, prometendo pagar as horas extras em dobro, a fim de atender ao aumento de demanda. Muitos trabalhadores gostam do estímulo, e colaboram com a empresa. Se a promessa for cumprida e as horas extras forem pagas corretamente, é provável que, na próxima convocação, esses mesmos trabalhadores se disponham a colaborar novamente e que outros sigam o seu exemplo. Por outro lado, se a empresa não

⁵AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The evolution of cooperation. **Science**, Washington DC, v. 211, n. 4489, p. 1390-1396, 1981.

pagar as horas extras da forma prometida, a confiança estará quebrada, e da próxima vez os trabalhadores pensarão duas vezes antes de se oferecerem para trabalhar no feriado. É até provável que a produtividade durante a jornada normal fique comprometida, diante da frustração coletiva com a eventual “traição”.

É evidente que, no plano ideal, as pessoas deveriam cooperar e agir corretamente apenas por princípio ou por caráter. Alguns assim procedem. Mas nem todos têm essa consciência. No mundo real, muitos agem de acordo com seus interesses, pensando somente no benefício que podem ter a partir de uma determinada decisão. É uma lógica utilitarista, pautada pelos estímulos e resultados. Daí a importância de se reiterar que a **cooperação não é uma questão de “ser bonzinho”** ou de pensar no outro primeiro. Não se trata de caridade ou filantropia. É uma questão de inteligência, pensando em si mesmo, haja vista que todos saem ganhando com a decisão de colaborar, aumentando o lucro de ambos os jogadores.

Se esse argumento ainda não for suficiente, podemos demonstrar outros dois benefícios concretos que devem ajudar a convencer o “jogador” de que, mesmo estando em uma posição privilegiada e podendo auferir todo o benefício sozinho, será mais vantajoso para ele próprio se buscar uma solução que seja boa para todos ou que, pelo menos, não prejudique tanto os demais. Mais uma vez, esses dois benefícios nada têm a ver com altruísmo ou benemerência, e sim com pensamento estratégico, na medida em que, ao buscar uma solução boa para todos os jogadores, ou que, ao menos, seja menos prejudicial para os “perdedores”, o vencedor estará pensando em proteger os seus próprios interesses. Estamos falando da **estabilidade** e da **reciprocidade**.

A vantagem da **estabilidade** significa que, ao buscar um resultado de maior equilíbrio, o “vencedor” poderá auferir a sua vantagem por mais tempo e sem maiores contestações, na medida em que o “perdedor” não se sentirá tão prejudicado e, portanto, não se sentirá estimulado a subverter as regras do jogo. Um exemplo clássico vem da **geopolítica**, em especial da diferença entre as sanções que os vencedores da Primeira Guerra Mundial impuseram aos perdedores, com o **Tratado de Versalhes**, e o tratamento dispensado pelo Aliados aos derrotados na Segunda Grande Guerra, com o **Plano Marshall**. No primeiro caso, o Tratado de Versalhes, assinado em 1919, impôs severas sanções à **Alemanha**, que não o considerou um acordo, mas sim um *diktat* (uma imposição). Além de perderem parte do seu território, os alemães ficaram proibidos de manter um exército numeroso e tiveram que pagar pesadas indenizações de guerra à França, à Inglaterra, à Rússia e aos Estados Unidos. O orgulho nacional foi ferido e as sanções econômicas ajudaram a arruinar a cambaleante economia sob a República de Weimar, gerando desemprego, recessão e hiperinflação. O resultado foi o ressurgimento de

um nacionalismo extremista, movido pelo ressentimento e pelo desejo de vingança que, junto com outros fatores (como a queda da Bolsa de Nova York em 1929), colaborou para a ascensão de Hitler e de todos os horrores produzidos pelo regime nazista, inclusive o Holocausto.

Percebendo o equívoco dos vencedores da Primeira Grande Guerra e receosos com a influência soviética, os norte-americanos adotaram uma postura completamente diferente depois da vitória em 1945. Desta feita, após julgarem e condenarem os líderes nazistas (alguns até foram executados depois do Tribunal de Nuremberg), os Estados Unidos implantaram o Plano Marshall para ajudar a reconstruir a Europa Ocidental e, assim, evitar que o ressentimento contra os vitoriosos resurgisse entre aqueles povos que foram derrotados no último conflito. Postura semelhante foi adotada em relação aos japoneses após a rendição e a retirada das tropas do General MacArthur. O Japão abandonou o belicismo, mas, em contrapartida, teve ajuda para a recuperação econômica. O resultado foi a **estabilidade** e uma nova forma de aliança geopolítica, pautada pela cooperação e por interesses recíprocos. Todos saíram ganhando. Os derrotados tiveram uma saída honrosa e conseguiram reconstruir sua economia, enquanto os vencedores transformaram antigos inimigos em potenciais aliados.

Outra vantagem que pode ajudar a convencer os “vencedores” a buscarem uma solução mais equânime ou menos danosa para os “perdedores” é a **reciprocidade**. Há evidências empíricas segundo as quais, quando alguém se sente muito prejudicado e entende que foi tratado de forma injusta, tentará, de todas as formas, buscar uma retaliação, ainda que aumente o seu prejuízo. O reverso também é verdadeiro. Quando tratamos alguém com um mínimo de justiça e equidade, mesmo que esteja “perdendo” em um conflito a pessoa tenderá a aceitar com mais naturalidade o resultado que lhe seja desfavorável, ou até mesmo a colaborar com o “vencedor” se acreditar que, no futuro, também poderá se beneficiar das regras do “jogo”.

Exemplo clássico da vantagem da **reciprocidade** é o **jogo do ultimato**⁶, muito utilizado em experimentos de psicologia social e neuroeconomia. De uma forma bem resumida, **o jogo do ultimato ocorre da seguinte maneira: a banca concede um prêmio a uma pessoa, o líder, que deverá dividi-lo com uma segunda pessoa, o receptor, oferecendo-lhe uma oferta. Porém, se o receptor recusar essa oferta, a banca não pagará nada a nenhum dos dois.** O líder é o único que pode definir os parâmetros da oferta, porém, a decisão final será do receptor. Ele não pode

⁶O jogo do **ultimato** tem sua invenção relacionada com o aparecimento do artigo dos economistas alemães Werner Güth, Rolf Schmittberger e Bernd Schwarze, de 1982, intitulado “An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining” (“Uma Análise Experimental da Negociação do Ultimato”).

mudar a oferta, mas pode aceitá-la ou recusá-la. No Brasil, houve uma versão simplificada do jogo do ultimato que se tornou muito popular ao ser adaptado para o programa de televisão **Sete e Meio**, apresentado por Silvio Santos, no SBT (Sistema Brasileiro de Televisão).

Em outros termos, no chamado jogo do ultimato, dois jogadores têm a oportunidade de dividir uma quantia de dinheiro. Um deles recebe a quantia e decide qual será a oferta sobre como o dinheiro deverá ser dividido entre os dois. Por exemplo, se for atribuída a ele uma quantia de R\$ 100,00, ele poderá fazer uma oferta de distribuição igual (R\$ 50,00 para cada um) ou de distribuição desigual (por exemplo, R\$ 90,00 para si mesmo e apenas R\$ 10,00 para o outro). Então, o segundo jogador terá somente duas opções: aceitar ou rejeitar a oferta. Se aceitar, o dinheiro será dividido conforme a oferta. Se rejeitar, ambos os jogadores nada receberão. Na teoria, a lógica sugere que o receptor aceite qualquer proposta desde que receba uma quantia maior que zero. Isso porque, por exemplo, mesmo R\$ 1,00 é melhor do que não ganhar nada.

Todavia, diversos experimentos de psicologia social revelam que na prática os resultados são bem diferentes. Quando as ofertas giram em torno de 50% para cada jogador, a proposta quase sempre é aceita pelo receptor, com raríssimas exceções (a aceitação é superior a 95%). Porém, quando a oferta é parcialmente favorável ao **líder** (que seria o “vencedor” e ficaria com 70% do prêmio), destinando-se 30% para o **receptor** (ou o “perdedor”), o índice de aceitação fica em torno de 50%, ou seja, metade dos jogadores aceita a proposta e a outra metade costuma recusá-la. Já quando a oferta do líder destina menos do que 30% para o receptor, a proposta costuma ser recusada pela maioria dos jogadores. A recusa passa de 70%, contrariando a lógica intuitiva. Isto porque os “perdedores” preferem ficar sem nada do que receber um valor que consideram manifestamente injusto ou desproporcional⁷.

Esta “aversão à desigualdade” é um comportamento atávico, gravado em nossa memória genética, tanto que é encontrada em primatas não humanos, como nos macacos capuchinhos e nos chimpanzés⁸. Esse “senso de equidade” intuitivo foi uma vantagem evolucionária que permitiu ao *homo sapiens* viver em grupos, facilitando a luta contra os predadores e a obtenção da caça, uma vez que, durante a evolução da cooperação, tornou-se crítico para o indivíduo comparar seus esforços e

⁷SIGMUND, Karl; FEHR, Ernst; NOWAK, Martin A. The economics of fair play: biology and economics may explain why we value fairness over rational selfishness. **Scientific American Magazine**, New York, Jan. 2002. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/the-economics-of-fair-pla/>.

⁸PROCTOR, Darby; WILLIAMSON, Rebecca A.; DE WAAL, Frans B. M.; BROSNAN, Sarah F. Chimpanzees play the ultimatum game. **PNAS**, Washington DC, 110 (6), Feb. 2013. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/110/6/2070>.

recompensas com **os dos demais integrantes do seu clã ou comunidade**, a fim de avaliar se cada um ficava com a parte que merecia. Por outro lado, essa comparação ou “justiça primitiva” induzia a reações negativas quando as expectativas eram violadas⁹.

Assim como na **vida real, há muitas situações que envolvem trade-off (conflito de escolha) entre egoísmo e justiça, entre cooperação e competição**. Exemplo histórico de como o jogo do ultimato pode ser expandido para explicar um comportamento supostamente irracional de toda uma sociedade foi o apoio que a **greve dos caminhoneiros** de 2018 recebeu de boa parte da população brasileira. Mesmo tendo prejuízo com o desabastecimento, sofrendo com a falta de comida e de combustível, suportando a elevação dos preços, muitos brasileiros apoiaram a greve dos caminhoneiros contrariando seus próprios interesses (até porque, depois, os contribuintes pagaram a conta dos subsídios, estimados em mais de 13 bilhões de reais!). Isto porque, à época - pouco importa se com razão ou não -, uma parcela expressiva da sociedade sentia-se “injustiçada” e preferiu assumir um prejuízo para punir aquele que considerava a fonte original dessa injustiça - o “Governo”¹⁰.

Enfim, sem um mínimo de equidade ou de “percepção de justiça”, aquele que se considera “perdedor” jamais aceitará a vantagem do “vencedor” e fará de tudo para mudar as regras do jogo, ainda que isso importe em prejuízo pessoal.

Entrementes, se, por um lado, o jogo do ultimato põe em evidência os problemas que decorrem da ausência de reciprocidade, por outro ele sugere **soluções**, ressaltando os benefícios que um senso mínimo de equidade e justiça pode trazer para o equilíbrio das relações sociais. O copo está meio cheio e, ao mesmo tempo, meio vazio. Tudo depende do ponto de vista de quem o observa.

Vejamos um exemplo bem simples e de fácil compreensão: a **parábola da divisão do bolo**. Imaginemos uma mãe que vivia sozinha com suas duas filhas. Todo dia, ao voltar para casa, ela trazia um pedaço de bolo. E se esforçava para dividi-lo em duas fatias exatamente iguais. Cada filha, porém, sempre achava que a mãe dera o maior pedaço à outra - ainda que isso não fosse a verdade, o que importava para as crianças era a “percepção da injustiça”. As duas crianças atormentavam a pobre mulher, dizendo que ela amava mais uma filha do que a outra. Era um jogo. Se recorresse à estrutura básica do jogo do ultimato, a mãe poderia

⁹BROSNAN, Sarah F.; DE WAAL, Frans B. M. Monkeys reject unequal pay. **Nature**, New York, v. 425, Sept. 2003. Disponível em: <http://www.nature.com/nature/journal/v425/n6955/abs/nature01963.html>.

¹⁰Vide artigo do economista Samy Dana sobre a greve dos caminhoneiros de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-jogo-do-ultimato-22742151>.

deixar as próprias filhas se entenderem, deixando uma fazer a divisão e dando à outra o direito de escolher se aceitaria ou não a oferta. Se a responsável por repartir o bolo fizesse uma divisão equânime, provavelmente teriam um acordo. Do contrário, a outra irmã recusaria a proposta e ambas ficariam sem fatia alguma para aprenderem a lição. Porém, nessa segunda hipótese, o problema persistiria e a mãe continuaria sem paz dentro da sua casa. Então, talvez fosse melhor ela adaptar o jogo do ultimato para uma solução mais construtiva, que obrigasse a cooperação entre as irmãs sem dar margem a espertezas: uma filha iria fazer a divisão do bolo em duas fatias e a outra poderia escolher com qual pedaço ficaria. Assim, diante da reciprocidade e da possibilidade de ficar com um pedaço menor, aquela que iria cortar o bolo faria de tudo para que a divisão das fatias fosse a mais justa possível.

A vantagem dessa segunda abordagem é que, mesmo respeitando a “autonomia” das filhas (a mãe não impôs como o bolo deveria ser repartido), na prática ela não as deixou com outra alternativa a não ser a de fazer uma divisão justa, forçando a cooperação entre as irmãs. Essa também deveria ser a postura do legislador para estimular a cooperação entre os cidadãos, inclusive nas relações de trabalho. Criar condições objetivas que levassem os indivíduos a, voluntariamente, cooperar entre si porque as demais alternativas seriam piores - por exemplo, uma sanção legal eficiente, capaz de inibir o comportamento egoísta. Destarte, não faltam exemplos para demonstrar que tanto a **estabilidade** quanto a **reciprocidade** são estímulos concretos e objetivos para que o jogador que está “vencendo” um jogo - ou um conflito - aceite uma solução mais equânime ou menos prejudicial para o “perdedor”. Ele próprio só tem a ganhar ao buscar um ponto de equilíbrio.

No ambiente laboral, podemos traduzir **estabilidade** como a redução dos focos de conflito na relação entre capital e trabalho, abrindo-se espaço para o diálogo construtivo como instrumento para a solução de impasses. Mais estabilidade significa menos litígios e mais harmonia e, por consequência, induz a maior produtividade.

Por sua vez, **reciprocidade** implica em maior comprometimento, na medida em que, se os empregados perceberem que são valorizados e que também têm a ganhar com o crescimento da empresa, serão mais dedicados e aumentarão seu desempenho. Para tanto, é imprescindível que os benefícios decorrentes desse aumento de produtividade também sejam compartilhados, de modo que todos se sintam favorecidos.

Significa dizer, em síntese, que buscar resolver conflitos de interesses de forma mais justa e equilibrada interessa tanto aos empregados quanto aos próprios empregadores. E, mais uma vez, insisto que não estamos falando de “justiça social”, “filantropia” ou “altruísmo”, mas de eficiência. Os interlocutores devem cooperar, mesmo aqueles que estão

em uma posição mais vantajosa, porque essa é a melhor estratégia para que todos possam usufruir do maior benefício possível, de forma estável e segura.

A concepção de **justiça** como **estratégia** pode ser bem resumida na **lenda de Chuang Tzu**, um sábio chinês que fazia o papel de magistrado em sua pequena aldeia e que sempre era consultado quando havia algum conflito. Certa feita, um camponês foi se queixar com ele que seu vizinho, um caçador, tinha cães ferozes que não estavam bem treinados e, muitas vezes, pulavam a cerca para correr atrás de suas ovelhas. O camponês pediu ao vizinho para manter seus cães afastados, mas o pedido foi ignorado. Um dia, os cães pularam a cerca novamente e feriram gravemente as pobres ovelhas. O camponês, cansado desses ataques, foi à cidade para suplicar a intervenção de Chuang, que ouviu atentamente a sua história e, em seguida, disse:

- Você tem razão. Porém, nós temos dois caminhos para resolver esse problema e vou deixar você escolher qual deles quer seguir. Eu posso punir o caçador e dar instruções para manter seus cães acorrentados ou presos. Mas então você iria perder um amigo e ganhar um inimigo para toda a vida. O que você prefere: um amigo ou um inimigo próximo a você? - o agricultor respondeu que preferiria ter um amigo.

- Bem, então vou lhe oferecer uma outra solução que irá permitir que você mantenha seu rebanho seguro sem criar uma inimizade.

Tendo ouvido a solução do juiz, o camponês concordou. Quando o camponês retornou a sua casa, imediatamente colocou em prática o que lhe fora dito pelo ancião. Levou três das suas melhores ovelhas e as deu aos três filhos pequenos do seu vizinho, que ficaram muito felizes e passaram a brincar com os animais. Para proteger os novos “companheiros” de seus filhos, o caçador construiu uma gaiola segura para os seus cães e, desde então, eles nunca mais incomodaram o rebanho do camponês. Para demonstrar sua gratidão pela generosidade do camponês, o caçador passou a partilhar a sua caça com o vizinho. O camponês, da mesma forma, dividia com o caçador a lã que ele tosquiava. Em pouco tempo, aqueles que poderiam ser inimigos capitais tornaram-se amigos inseparáveis. Um juiz formalista teria aplicado a letra da lei sem dialogar com as partes e feito dois inimigos para sempre. O juiz sábio aplicou a **justiça estratégica** e, através de um acordo, resolveu o conflito entre as partes de forma pacífica e inteligente. Todos saíram ganhando.

Como diz um provérbio popular africano, “se você quiser ir rápido, vá sozinho; se você quiser ir longe, vá acompanhado”. Não foi por acaso que, na África, berço da humanidade, surgiu a palavra **ubuntu**: “sou o que sou pelo que nós somos”.

A vida é uma maratona. Você prefere ir rápido ou ir mais longe?

REFERÊNCIAS

AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The evolution of cooperation. **Science**, Washington DC, v. 211, n. 4489, p. 1390-1396, 1981.

BRASIL, Felipe Moura. Morre John Nash, fica a teoria do bar de “Uma mente brilhante”: quem vai na loira? **Veja**, São Paulo, 24 maio 2015. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/morre-john-nash-fica-a-teoria-do-bar-de-8220-uma-mente-brilhante-8221-quem-vai-na-loira/>.

BROSNAN, Sarah F.; DE WAAL, Frans B. M. Monkeys reject unequal pay. **Nature**, New York, v. 425, Sept. 2003. Disponível em: <http://www.nature.com/nature/journal/v425/n6955/abs/nature01963.html>.

DANA, Samy. O jogo do ultimato. **O Globo Economia**, jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-jogo-do-ultimato-22742151>.

DENGUE: justiça autoriza entrada em imóveis fechados. **Agência Brasília**, Brasília, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/09/16/dengue-justica-autoriza-entrada-em-imoveis-fechados/>.

DILEMA do prisioneiro. **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 5 ago. 2018. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Dilema_do_prisioneiro.

EFICIÊNCIA de Pareto. **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 26 jun. 2018. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Efici%C3%Aancia_de_Pareto.

EQUILÍBRIO de Nash. **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 6 mar. 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Equil%C3%ADbrio_de_Nash.

FREITAS, Luís. Justiça obriga casal a vacinar filho de três anos no interior de SP. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 8 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/justica-obriga-casal-a-vacinar-filho-de-tres-anos-no-interior-de-sp.shtml>.

GÜTH, Werner; SCHMITTBERGER, Rolf; SCHWARZE, Bernd. An experimental analysis of ultimatum bargaining. **Journal of Economic Behavior & Organization**, Amsterdam, v. 3, p. 367-388, 1982.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. **Science**, Washington DC, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

KHAN, Sal. A tragédia dos bens comuns. **Khan Academy**, Mountain View, 19 set. 2013. Disponível em: <https://pt.khanacademy.org/economics-finance-domain/microeconomics/consumer-producer-surplus/externalities-topic/v/tragedy-of-the-commons>. Acesso em: 20 dez. 2019.

KIRSCHBAUM, Charles; IWAI, Tatiana. Teoria dos jogos e microsociologia: avenidas de colaboração. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 15, n. 1, p. 138-157, jan./fev. 2011.

PROCTOR, Darby; WILLIAMSON, Rebecca A.; DE WAAL, Frans B. M.; BROSANAN, Sarah F. Chimpanzees play the ultimatum game. **PNAS**, Washington DC, 110 (6), Feb. 2013. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/110/6/2070>.

SIGMUND, Karl; FEHR, Ernst; NOWAK, Martin A. The economics of fair play: biology and economics may explain why we value fairness over rational selfishness. **Scientific American Magazine**, New York, Jan. 2002. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/the-economics-of-fair-pla/>.

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO ASSISTENCIAIS E SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

THE POSSIBILITY OF CUMULATING ASSISTANCE AND SUCUMBENTIAL LAWYER FEES IN LABOR JUSTICE

PEREIRA, Paulo Henrique Motta*

LARAIA, Ricardo R.**

Resumo: A Lei n. 13.467/2017 entrou em vigência em 11.11.2017 e com ela foram promovidas diversas alterações na legislação trabalhista, principalmente no tema relacionado aos honorários de advogado. Neste breve artigo serão examinadas as alterações jurisprudenciais e legislativas relacionadas aos honorários de advogado, tendo por base os honorários assistenciais e sucumbenciais, a fim de concluir se existe ou não a possibilidade de cumulação entre aqueles honorários na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais. Reforma trabalhista. Alterações jurisprudenciais e legislativas. Cumulação.

Abstract: Law n. 13.467/2017 came into force on 11.11.2017 and with it several changes were made to the labor legislation, mainly in the matter related to attorney's fees. In this brief article, the jurisprudential and legislative changes related to attorney's fees will be examined, based on the assistential and succumbent fees, in order to conclude whether there is or not the possibility of cumulation between those fees in the Labor Court.

Keywords: Assistance and succumbential lawyer fees. Labor reform. Jurisprudential and legislative changes. Cumulation.

*Servidor público federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Formado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas-SP. Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1 INTRODUÇÃO

O advogado tem importante papel no Estado Democrático de Direito, sendo indispensável à administração da justiça¹. Por esta importância, deu-se vigência à Lei n. 8.906/1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a qual passou a reger a atividade de advocacia no País tendo como um dos capítulos os honorários de advogado, cujo tema será abordado neste breve trabalho.

Segundo o art. 22 da Lei n. 8.906/1994, “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência” (BRASIL, 1994), sendo este último objeto deste artigo. Na Justiça Comum (Estadual e Federal)², há tempos são devidos os honorários de advogado pela mera sucumbência, não havendo maiores discussões quanto ao tema, conforme art. 20 do antigo Código de Processo Civil de 1973 e art. 85 do atual Código de Processo Civil³.

Já na Justiça do Trabalho, em regra os mesmos honorários de advogado pela mera sucumbência não eram devidos aos advogados até a entrada em vigência da Lei n. 13.467/2017. Além disso, nesta Justiça Especializada vigora o *jus postulandi* e os honorários de advogado eram devidos apenas ao representante sindical, sendo também chamados de honorários de advogado assistenciais.

Diante disso, este trabalho revisitará a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca dos honorários de advogado, apontando as alterações jurisprudenciais e legais ao longo dos anos, principalmente as alterações ocorridas após a vigência da Lei n. 13.467/2017, a fim de concluir pela possibilidade ou não de cumulação entre os honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

Essa reflexão é necessária, porque impactará no valor final dos custos do processo trabalhista, caso se conclua pela possibilidade de cumulação entre aqueles honorários de advogado (assistenciais e sucumbenciais).

¹Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL, 1988).

²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que é Justiça comum e a Justiça especializada? **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-justica-comum-e-a-justica-especializada/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

³Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. (BRASIL, 2015).

2 HONORÁRIOS DE ADVOGADO ASSISTENCIAIS E SUCUMBENCIAIS: possibilidade de cumulação

Na Justiça do Trabalho vigora o *jus postulandi*, o qual confere à parte da reclamação trabalhista a capacidade para postular perante as instâncias judiciárias sem representação de advogado⁴. Por outro lado, nesta mesma Justiça Especializada a assistência judiciária pode ser prestada pelo sindicato da categoria profissional aos empregados hipossuficientes, nos termos do art. 14, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 16 da Lei n. 5.584/1970:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

[...]

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente. (BRASIL, 1970).

Em outras palavras, o legislador ordinário permitiu à parte postular em juízo sem assistência de advogado na esfera trabalhista, bem como conferiu legitimidade ao sindicato para prestar assistência aos empregados hipossuficientes, concedendo ao ente sindical o direito à percepção dos honorários decorrentes desta assistência, ou seja, dos honorários de advogado assistenciais.

Interpretando estes dispositivos, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que:

⁴SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 308.

Jamais a sucumbência gerou honorários de advogado na Justiça do Trabalho. Nem ao tempo do CPC de 39, nem sob a égide do legislador de 73, porque as partes têm o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. A Lei n. 5.584/70 disciplinou o assunto: só tem jus a honorários de advogado o profissional dado ao empregado pelo sindicato quando o patrão sucumbe. (RR 2626/1982, Ac. 1ªT 2182/1983, Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 30.9.1983, Decisão por maioria). (BRASIL, 2016).

Em outro julgado, aquele Tribunal Superior decidiu que:

O art. 20 do CPC não incide na Justiça do Trabalho. A Lei 5584/70 dispõe que só são devidos os honorários assistenciais quando o Empregado-autor se faz acompanhar de advogado dativo do sindicato de sua categoria profissional e vence a causa. (RR 3920/1981, Ac. 1ªT 1054/1983, Red. Min. Coqueijo Costa, DJ 24.6.1983, Decisão por maioria). (BRASIL, 2016).

A partir destes julgados e outros, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 219, cuja redação original se deu pela Resolução n. 14/1985, publicada no DJ 19.9.1985 e 24, 25 e 26.9.1985, nesses termos (grifamos):

N. 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento **Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência**, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (BRASIL, 1985).

Esta Súmula sofreu alterações ao longo dos anos, porém o Tribunal Superior do Trabalho manteve o entendimento de que na Justiça do Trabalho a condenação ao pagamento dos honorários de advogado não decorre da mera sucumbência, devendo a parte estar assistida pelo sindicato de classe e comprovar sua hipossuficiência.

Atualmente, a Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho possui a seguinte redação:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO
(alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV

a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.3.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970) (ex-OJ n. 305 da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. (BRASIL, 2016).

Portanto, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu ao longo dos anos que a condenação ao pagamento dos honorários de advogado não decorre da sucumbência na Justiça do Trabalho, sendo devidos apenas os honorários assistenciais, desde que presentes os requisitos da referida Súmula, com base no art. 16 da Lei n. 5.584/1970. Vale dizer, os honorários assistenciais não têm e não tinham a natureza jurídica de honorários de sucumbência segundo a jurisprudência histórica do TST.

Logo, os honorários de advogado na Justiça do Trabalho limitavam-se, em regra, aos honorários assistenciais, com exceção das hipóteses de ação rescisória e lides que não derivassem de relação de emprego, em que se admitem os honorários de advogado sucumbenciais e situações que não serão abordadas neste artigo.

Contudo, esta realidade foi alterada pela Lei n. 13.467/2017, também chamada de “lei da reforma trabalhista”. Com a vigência desta lei, a condenação ao pagamento dos honorários de advogado passou a decorrer da mera sucumbência na Justiça do Trabalho, consoante art. 791-A da CLT:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (BRASIL, 2017).

Além disso, o primeiro parágrafo deste dispositivo legal dispôs que: “Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria” (BRASIL, 2017).

Ou seja, o legislador pátrio ampliou as consequências da sucumbência na Justiça do Trabalho e permitiu a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais nas ações em que a parte esteja assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria profissional, sem se ater aos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, que vem decidindo ao longo dos anos que os honorários assistenciais não têm a natureza jurídica de honorários de sucumbência.

Daí, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017 em 11.11.2017, passaram a coexistir duas possibilidades de condenação ao pagamento dos honorários de advogado: dos honorários assistenciais previstos no art. 16 da Lei n. 5.584/1970 e dos honorários sucumbenciais previstos no art. 791-A, § 1º, da CLT.

No entanto, a partir de 5.10.2018 o art. 16 da Lei n. 5.584/1970 foi revogado pelo art. 3º da Lei n. 13.725/2018, a qual alterou o art. 22 da Lei n. 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Após esta nova alteração legislativa, os honorários assistenciais foram mantidos, porém são devidos somente pela mera sucumbência e não mais pela assistência da entidade sindical, conforme interpretação conjunta do art. 22, §§ 6º e 7º, da Lei n. 8.906/1994, e § 1º do art. 791-A da CLT, respectivamente:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenicionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

[...]

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se aos honorários assistenciais, compreendidos como os fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual, sem prejuízo aos honorários convencionais.

§ 7º Os honorários convencionados com entidades de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações decorrentes do contrato originário a partir do momento em que este foi celebrado, sem a necessidade de mais formalidades. (BRASIL, 1994).

Art. 791-A [...]

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (BRASIL, 2017).

Então, a partir da publicação da Lei n. 13.725/2018 e da revogação do art. 16 da Lei n. 5.584/1970, deixaram de existir na Justiça do Trabalho os honorários assistenciais pela assistência em ação individual ou coletiva, ficando superado em parte o entendimento da Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho (*overruling*)⁵, pois passaram a existir apenas os honorários sucumbenciais previstos no art. 791-A, § 1º, da CLT e art. 22, § 6º, da Lei n. 8.906/1994.

Diante disso e considerando a aplicação da lei no tempo, há três situações a serem observadas: os honorários assistenciais são devidos à parte que comprovar o preenchimento dos requisitos da Súmula n. 219 do TST até a vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017. Após a vigência desta lei e até a entrada em vigor da Lei n. 13.725/2018, em 5.10.2018, é possível a cumulação entre os honorários assistenciais e honorários por sucumbência. Por fim, após a vigência da Lei n. 13.725/2018, só são devidos honorários por sucumbência, estando superado em parte o entendimento da Súmula n. 219 do TST.

Ressalte-se que as regras de direito processual com efeitos materiais, a exemplo dos honorários de advogado sucumbenciais, devem ser aquelas vigentes ao tempo do ajuizamento da ação, de acordo com os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, além do art. 6º da Instrução Normativa n. 41 do Tribunal Superior do Trabalho⁶, a fim de preservar a justa expectativa e evitar a chamada “decisão surpresa”.

⁵DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 456.

⁶O art. 6º da Instrução Normativa n. 41 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que: “Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e

Portanto, é possível cumular honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais quando a reclamação trabalhista foi ajuizada no interregno entre a vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017, até a entrada em vigor da Lei n. 13.725/2018, em 5.10.2018.

3 CONCLUSÃO

A figura do advogado é de inegável importância para o Estado Democrático de Direito e sua atuação na administração da justiça ganha força com a entrada definitiva na Justiça do Trabalho dos honorários de advogado pela mera sucumbência de maneira geral, e não por exceção como era anteriormente.

A despeito de o *jus postulandi* continuar a existir nesta Justiça Especializada, a partir da entrada da Lei n. 13.467/2017 os honorários de advogado são devidos pela mera sucumbência e, pela interpretação das alterações legislativas ao longo desses anos, pode-se concluir pela possibilidade de cumulação dos honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais, o que acarretará aumento nos custos finais do processo trabalhista.

Pelo que foi examinado, os honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais são cumuláveis e, para que isto aconteça, devem ser observadas três situações: os honorários assistenciais são devidos à parte que comprovar o preenchimento dos requisitos da Súmula n. 219 do TST até a vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017. Após a vigência desta lei até a entrada em vigor da Lei n. 13.725/2018, em 5.10.2018, é possível a cumulação entre os honorários assistenciais e os honorários por sucumbência. Por fim, após a vigência da Lei n. 13.725/2018, só haverá condenação ao pagamento de honorários por sucumbência, estando superado em parte o entendimento da Súmula n. 219 do TST.

Em suma, é possível cumular honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais quando a reclamação trabalhista foi ajuizada no interregno entre a vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11.11.2017, até a entrada em vigor da Lei n. 13.725/2018, em 5.10.2018.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que é Justiça comum e a Justiça especializada? **Agência CNJ de Notícias**, Brasília,

parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei n. 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e 329 do TST". (BRASIL, 2018).

14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-justica-comum-e-a-justica-especializada/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

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.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm.

BRASIL. Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 29 jun. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **DOU**, Brasília, 5 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 14, de 12 de setembro de 1985. Aprova os Enunciados n. 208 a 234 para compor a Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Diário da Justiça**, Brasília, 19 set. 1985. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/25636>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018. Edita a Instrução Normativa n. 41, que dispõe sobre as normas da CLT, com as alterações da Lei n. 13.467/2017 e sua aplicação ao processo do trabalho. **DEJT**: Cad. Jud. TST, Brasília, n. 2501, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/138949>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219 do TST. **DEJT**, Brasília, 17 mar. 2016. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219. Acesso em: 21 jan. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

ARTIGO 507-A DA CLT: embrião de uma nova tendência?

CLT ARTICLE 507-A: embryo of a new trend?

DALASTTI, Michel Henrique*

Resumo: Decerto, sempre existiu o empregado e o empregador, e essa relação, ao longo da história, passou por diversas fases. Outrossim, houve o desenvolvimento da legislação trabalhista, cujo objetivo era proteger o trabalhador compensando a hipossuficiência econômica deste com proteção jurídica especial. Com efeito, para algumas pessoas a desburocratização é essencial para gerar empregos e harmonizar o arcabouço jurídico brasileiro à modernidade e às novas formas de labor. Por essa razão, houve a inclusão do art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho, o qual permite a aplicação da arbitragem na resolução de dissídios individuais trabalhistas, fato esse rechaçado pelas Cortes especializadas. Nessa atmosfera jurídica, desenvolveu-se o presente estudo a partir de pesquisas em doutrinas, artigos e jurisprudências, com intuito de conhecer o método de solução de conflitos denominado arbitragem, bem como levantar informações acerca de sua aplicação prática, para descobrir se esta pode ser utilizada no âmbito juslaboralista para dirimir conflitos individuais. Logo, esta pesquisa justifica-se na medida em que pretende entender se a simples inclusão do artigo supracitado na Consolidação tem o condão de modificar todo o arcabouço justralhista.

Palavras-chave: Arbitragem. Conflito de interesses. Contratos. Emprego. Legislação trabalhista.

Abstract: Certainly, there has always been an employee and an employer, and this relationship has, throughout history, gone through several phases. Also, there was the development of labor legislation, whose objective was

*Graduando do curso de Direito do IESB - Instituto de Ensino Superior de Bauru. E-mail: dalasmh@gmail.com.

to protect the worker compensating the economic hyposufficiency of this with special legal protection. In fact, for some people, debureaucratization is essential for generating jobs and harmonizing the Brazilian legal framework with modernity and new forms of labor. For this reason, article 507-A has been included in the Consolidation of Labor Laws, which allows for the application of arbitration in the resolution of individual works disputes, this fact was rejected by the specialized courts. In this juridical atmosphere, the present study was developed from researches in doctrines, articles and jurisprudence, with the objective of knowing the method of conflict resolution called arbitration, as well as to obtain information about its practical application, to find out if this one can be used in the laborite context to resolve individual conflicts. Therefore, this research is justified insofar as it intends to understand whether the mere inclusion of the aforementioned article in the Consolidation has the effect of modifying the entire laborite framework.

Keywords: Negotiating. Conflict of interest. Contracts. Employment. Labor legislation.

1 INTRODUÇÃO

Trabalho, palavra simples, mas com diversos significados. Simboliza o esforço, a dedicação humana. Entretanto, a história nos revela períodos sombrios, nos quais se equiparava o trabalhador à mercadoria.

Escravos, servos, trabalhadores livres, todos sem qualquer segurança e nas piores condições de labor. Como exemplo das injustiças cometidas tem-se: trabalho infantil, homens e mulheres realizando o mesmo serviço pesado, turnos de trabalho excessivos, entre outras.

A fim de mudar essa triste realidade, houve diversas manifestações, revoltas e lutas até se chegar a uma legislação protetiva, que assegurasse direitos e equilibrasse o descompasso entre o poder econômico e a força de trabalho.

Hodiernamente, os direitos trabalhistas estão dispostos na Constituição Federal, sendo, para alguns juristas, cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser alteradas *in pejus*.

Por seu turno, algumas pessoas entendem que há proteção excessiva, o que dificulta a geração de empregos, prejudica o empresário e tira a competitividade das empresas brasileiras perante outros países. A partir desse raciocínio, o Congresso Nacional decidiu modificar alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Dentre as justificativas apresentadas pelo governo está a diminuição do desemprego, a flexibilização e a desburocratização da legislação trabalhista.

Por se tratar de um tema delicado, diversos magistrados, juristas, sindicatos e doutrinadores criticaram a proposta, alegando que não houve a devida discussão:

Projetos legislativos com tantos dispositivos, e tamanha penetração na sociedade, costumam ser discutidos por muito mais tempo e por especialistas. Assim ocorreu com a Lei de Diretrizes da Educação, Lei de Recuperação Judicial e os Códigos Civil e de Processo Civil. A Lei n. 13.467/2017 teve poucas semanas de tramitação na Câmara dos Deputados, praticamente nula discussão pela sociedade civil e não recebeu qualquer aperfeiçoamento no Senado. Para encerrar a trajetória, restou promulgada pelo Executivo sem qualquer veto. (SOUZA, 2017, p. 471).

Uma das modificações foi a inclusão do art. 507-A na CLT:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 1943).

A partir desse texto legal, os dissídios individuais trabalhistas poderão ser julgados por juízo arbitral. Porém, a Constituição Federal de 1988 autoriza a arbitragem somente nos dissídios coletivos. Por conseguinte, a jurisprudência trabalhista rechaça qualquer possibilidade diversa.

Outro fundamento apresentado para ratificar a exclusividade do Estado-juiz na resolução dos dissídios individuais é o princípio da irrenunciabilidade de direitos, que serve de “escudo” contra injustiças e tentativas de burlar a legislação.

Pergunta-se: os direitos trabalhistas são indisponíveis? Essa é uma questão que possui fortes argumentos e doutos juristas dizendo que sim e outros que não.

Partindo dessa atmosfera jurídica, este artigo tem por objetivo responder a seguinte questão: será que o art. 507-A da CLT é um embrião,

o qual se desenvolverá e alterará a doutrina e a jurisprudência trabalhista, permitindo, assim, a resolução de conflitos individuais trabalhistas por meio da arbitragem?

2 HERMENÊUTICA JUSTRABALHISTA

Para este estudo, os elementos históricos e teleológicos são significativos para se entender os princípios e as normas que regem o direito do trabalho hodierno.

Ensina Carlos Maximiliano que o arcabouço legislativo evolui com o passar do tempo. Surge em razão dos anseios sociais. Por isso, é importante estudar os institutos jurídicos ao longo da história com o propósito de entender os motivos que levaram à sua criação, bem como os resultados que geraram:

O que hoje vigora abrolhou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. (MAXIMILIANO, 2011, p. 112).

Decerto, a interpretação teleológica busca captar a finalidade da lei, ou seja, atinar o seu porquê. No âmbito do direito trabalhista, talvez esse seja o aspecto primordial, interpretar a norma segundo seus objetivos.

Para a doutrina especializada, o propósito do direito do trabalho é diminuir, em razão das diferenças socioeconômicas, as desigualdades existentes entre os empregados e os empregadores. Assim, a desvantagem financeira é compensada pela vantagem legal. Nas palavras do jurista mexicano Mario de La Cueva (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 89):

‘O Direito do Trabalho, como diria Savigny, continua vivendo na consciência popular e assim tem que ser, porque nenhum ramo do direito, em qualquer tempo, esteve tão estreitamente vinculado à vida do povo como o Direito do Trabalho. A missão do intérprete há de consistir, pois, em conservar-lhe esse caráter e, por isso, a primeira e por sua vez a regra básica de interpretação do Direito do Trabalho consiste em julgá-lo de acordo com sua natureza, isto é, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, uma melhoria em suas condições de vida’.

Destarte, visando equilibrar a relação jurídica que tem de um lado o empregado e de outro o empregador, a legislação trabalhista é norteada pelo princípio da função social do trabalho. Para Octavio Bueno Magano (*apud* DELGADO, 2016, p. 46) o direito do trabalho consiste no:

[...] conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais’.

À vista do exposto, antes de discutir o assunto específico desta pesquisa, é mister explanar, resumidamente, sobre o trabalho ao longo da história.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS

A palavra trabalho deriva do latim *tripalium*, cuja origem é um instrumento de tortura, o qual possuía três hastes de madeira presas ao solo formando um triângulo.

Ao chegar à França, em pleno Século XII, seu significado estava atrelado a grande sofrimento físico ou moral, por isso a expressão “trabalho de parto”. Somente no final do Século XVI a palavra trabalho passou a ser associada à profissão (RODRIGUES, 2011).

Superada a questão etimológica, faz-se necessário expor o conceito cunhado pelo direito justtrabalhista, segundo o qual trabalho caracteriza-se como uma relação de emprego em que exista: pessoalidade, por parte do empregado; não eventualidade; subordinação; onerosidade, e alteridade, ou seja, o risco do negócio fica por conta do empregador (MARTINS, 2017).

Ao longo dos séculos, o trabalho passou por vários estágios, cada um com características peculiares. A escravidão, a servidão, as Corporações de Ofício e a relação empregatícia são exemplos. Essas formas são marcantes em determinadas épocas da história, como a servidão durante o feudalismo. Contudo, não são sequenciais, não houve uma evolução de modelos, pois algumas delas existiram de forma concomitante.

Na Antiguidade, o trabalho era considerado mercadoria, logo, os escravos eram tratados como objetos, os quais possuíam um proprietário, cujo direito autorizava dispor das coisas respeitando certos limites, como ceifar-lhes a vida sem causa (BARROS, 2016, p. 46).

Com efeito, entre o declínio do trabalho escravo e o alvorecer do trabalho livre, surgiram as Corporações de Ofício em virtude da

necessidade dos habitantes em trocar seus produtos por mercadorias naturais ou manufaturadas pelos artesãos.

Merece destaque que, embora não existisse sujeição pessoal (como na escravidão ou servidão), a relação trabalhista nas Corporações de Ofício sonhava diversos benefícios aos trabalhadores. As regras não eram concebidas de acordo com os anseios da classe operária, mas em razão do arbítrio das Corporações. O contrato individual foi esquecido e passaram a vigorar normas corporativas gerais. A jornada de trabalho era extenuante, normalmente chegava até o pôr do sol.

Sobre o tema escreveu a Dra. Alice Monteiro de Barros:

Na época medieval, as relações jurídico-laborais que se desenvolviam nas corporações de ofício enquadravam-se dentro de uma orientação heterônoma. A regulamentação das condições de trabalho era estabelecida por normas alheias à vontade dos trabalhadores. [...] (BARROS, 2016, p. 49).

Esse sistema opressor e oligárquico perdurou por séculos. A decadência total ocorreu no final do Século XVIII, no qual se sucederam profundas transformações no mundo. Dentre os principais acontecimentos destacam-se: o Iluminismo, a Revolução Industrial, a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.

Em 1789, os ventos da Revolução Francesa sacudiram até as estruturas justralhistas. Leciona o Dr. Sérgio Pinto Martins:

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. (MARTINS, 2017, p. 48).

Outro marco histórico foi a Revolução Industrial, porque esta propiciou a modernização dos equipamentos, provocando, assim, o fechamento de diversos postos de trabalho e a qualificação do empregado passou a ser uma exigência.

Por isso houve um crescimento do desemprego e da liberdade contratual, obrigando os trabalhadores a aceitar qualquer emprego. A desigualdade entre o poder econômico (empregador) e a força de trabalho (empregado) era tão excessiva que este se sujeitava a trabalhar nas piores condições possíveis. O Dr. Sérgio Pinto Martins ilustra essa afirmação:

O Estado estava atuando para a manutenção da ordem pública. Não intervinha nas relações privadas. Acarretava a exploração do homem pelo próprio homem. O trabalho era considerado mercadoria. Como havia muita oferta de trabalhadores e pouca procura, o empregado aceitava as condições impostas pelo patrão, recebendo salários ínfimos e trabalhando 15 horas por dia, sem descanso ou férias. (MARTINS, 2017, p. 51).

Deveras, como consta da Declaração de Filadélfia, o “trabalho não é uma mercadoria” (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 73), o ser humano empresta sua força laboral a fim de obter o próprio sustento, melhorar sua condição de vida. Logo, é degradante a exploração da mão de obra, é vil o homem que se enriquece em detrimento do sofrimento alheio. Isto posto, faz-se mister uma legislação trabalhista eficiente, atualizada e norteadada pela função social do labor.

Entretanto, por falta de um arcabouço jurídico específico, o contrato de trabalho foi regido pelo Código Civil, sendo uma modalidade de locação, similar ao que ocorria no Império Romano: *locatio conductio*. Os Códigos Cívicos Argentino, Espanhol e Brasileiro (1916) nortearam-se por essa linha de raciocínio (BARROS, 2016, p. 50-51).

Certamente a relação de trabalho não é efêmera, pois exige confiança recíproca. Se por um lado o trabalhador fornece sua força vital, seu esforço, por outro o empresário abre as portas de sua empresa para recebê-lo. A reputação, a imagem do empregador perante a sociedade e os clientes depende, na maioria das vezes, da atuação do funcionário. Logo, não se trata de um simples contrato bilateral. Américo Plá Rodriguez disserta a respeito da dignidade do empregado:

O que se quis dizer é que não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador. (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 73).

Para dirimir a injustiça e equilibrar a desigualdade, raiou o direito justtrabalhista:

O Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho. As desigualdades

somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto. (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 66).

Em virtude dessa evolução, surge o operário, senhor de seu corpo e de sua força, dos quais pode dispor de acordo com suas vontades. Assis e Kumpel explicam que:

A relação de produção capitalista expressa, no plano jurídico, a noção de que todos são proprietários (igualdade), mas com uma singular diferença: os trabalhadores são proprietários da força de trabalho e os capitalistas são proprietários dos meios de produção. (ASSIS; KÜMPEL, 2011, p. 202).

Com o término da Primeira Guerra Mundial, iniciou-se a constitucionalização dos direitos sociais, incluindo o direito do trabalho.

A pioneira foi a Constituição Mexicana de 1917. Todavia, o jurista Mauricio Godinho Delgado considera como marco inicial a promulgação da Constituição alemã de Weimar (1919) e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo esboço foi desenhado no Tratado de Versalhes (DELGADO, 2016).

A partir de 1888 começaram a surgir legislações esparsas brasileiras. Em 1934 já ocorre a constitucionalização dos direitos trabalhistas. Por conseguinte, não houve o período de sistematização e consolidação do direito do trabalho. Tal acontecimento prejudicou seu aperfeiçoamento, uma vez que é durante essas fases que ocorrem debates e discussões a fim de amadurecer as ideias e se chegar a um denominador comum que satisfaça, mesmo que parcialmente, ambos os lados:

A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma fase de sistematização e consolidação, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. Afirmando-se uma intensa e longa ação autoritária oficial (pós-1930) sobre um segmento sociojurídico ainda sem uma estrutura e experiência largamente consolidadas (como o sistema anterior a 30), disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo. (DELGADO, 2016, p. 117).

São notórias as inovações justrabalistas introduzidas por Getúlio Vargas. Contudo, o ato mais memorável foi a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual unificou as legislações esparsas, tornando-se a principal fonte material do direito trabalhista:

Não se trata de um código, pois este pressupõe um Direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente na época, consolidando-a. Não foi inspirada na *Carta del Lavoro* italiana. A CLT não é cópia da *Carta del Lavoro*. Esta tinha 30 declarações. A CLT tem aproximadamente 922 artigos. A CLT é muito maior que a norma italiana. (MARTINS, 2017, p. 58).

Apesar de todos os episódios históricos, lutas e discussões, o neoliberalismo prega uma desvinculação entre o Estado e as relações justrabalistas.

Os libertários sustentam que o Estado deve preocupar-se, basicamente, com a proteção da sociedade, deixando que a lei de mercado regule as contratações e os salários. Tal teoria ganhou força na década de 1980 com as retóricas políticas de Ronald Reagan e Margaret Thatcher.

O economista norte-americano Milton Friedman (*apud* SANDEL, 2016, p. 80-81) traduz de forma clara o pensamento libertário:

Para ele, o governo não tem o direito de interferir no salário pago pelos empregadores, mesmo que seja baixo, se os trabalhadores resolverem aceitá-lo. O governo também viola a liberdade individual quando cria leis contra a discriminação no mercado de trabalho. Se os empregadores quiserem discriminar com base em raça, religião ou qualquer outro fator, o Estado não tem o direito de impedir que eles ajam assim. Na opinião de Friedman, 'tal legislação envolve claramente a interferência na liberdade dos indivíduos de assinar contratos voluntários entre si'.

Nessa linha de raciocínio, leciona o Dr. Mauricio Godinho que os estadunidenses adotam o modelo de Normatização Autônoma e Privatística. O Estado dita algumas regras básicas e a grande parte das normas jurídicas trabalhistas são produzidas pelas próprias partes, ou seja, surgem da negociação entre empregadores, empregados e sindicatos.

De outra banda, em países como o Brasil vigora a Normatização Privatística Subordinada, isto é, o governo elabora as regras e os particulares possuem liberdade para transacionar, contudo dentro dos limites fixados (DELGADO, 2016, p. 105-106).

Mesmo com as disposições constitucionais, tem-se a impressão que os ventos libertários voltaram a estremecer nossas estruturas juslaboralistas. Há uma forte pressão para que o Brasil adote o modelo anglo-saxão de normatização autônoma e privatística, em oposição ao modelo privatístico, mas subordinado, típico de países europeus como a França, a Alemanha e a Itália:

A transição democrática no Brasil realizou-se, porém, em meio a profunda crise cultural, caracterizada pela incorporação no país, na década de 1990, de linhas de pensamento que propugnavam pela diminuição da intervenção estatal, inclusive normativa, na economia e na sociedade. Essa vertente ideológica defendia a desregulamentação acentuada das relações econômicas e sociais, inclusive na seara do Direito do Trabalho, que deveria, em consequência, criar instrumentos para a mais franca desconstrução ou flexibilização de suas regras jurídicas. (DELGADO, 2016, p. 120).

Em 2017, com o discurso de modernizar a legislação trabalhista, o governo federal sancionou a Lei n. 13.467, de 13.7.2017, que “reformou” a CLT.

4 JUÍZO ARBITRAL

De acordo com o jurista Carlos Carmona (*apud* CAHALI, 2018, p. 35):

‘A arbitragem era já conhecida e praticada na antiguidade, tanto para a solução de controvérsias no âmbito do direito interno como também para a solução de controvérsias entre cidades-Estado da Babilônia, cerca de 3.000 anos antes de Cristo’.

Se antes preocupava-se com os limites de cada território, a globalização diminuiu as distâncias, tornou invisíveis as fronteiras entre os países e transformou o mundo, em alguns aspectos, em uma grande nação.

Ante esse fenômeno, a arbitragem evoluiu e se fortaleceu, tornando-se um dos principais métodos de resolução de litígios no âmbito do comércio internacional:

E, no caminho traçado pela globalização da economia, a maneira eficaz para tornar seguras as relações

comerciais internacionais foi depositar na arbitragem, como já há muito faziam países europeus nas suas relações continentais. (CAHALI, 2018, p. 37).

Internacionalmente, a questão alcançou um elevado patamar, induzindo a Organização das Nações Unidas (ONU) a criar um comitê a fim de elaborar modelos de cláusulas contratuais e leis para o comércio internacional. A **United Nations Commission on International Trade Law** (Uncitral) é assim definida:

Recalling its resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, by which it established the United Nations Commission on International Trade Law with a mandate to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade and in that respect to bear in mind the interests of all peoples, in particular those of developing countries, in the extensive development of international trade [...]. (UNITED NATIONS, 2014, p. 1).

Especificamente sobre arbitragem:

Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes that may arise in the context of international relations and the wide use of arbitration for the settlement of treaty-based investor-State disputes [...]. (UNITED NATIONS, 2014, p. 1).

A partir de suas resoluções e modelos, a Uncitral disseminou um padrão internacional, influenciando o legislativo de diversos países:

Basta notar a edição, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, em 1985, de uma **lei modelo** para oferecer uma referência aos Estados na reforma e modernização de suas normas sobre arbitragem comercial, cujas regras representam consenso mundial sobre os mais importantes pontos da disciplina arbitral. Esta proposta é conhecida como **Lei Modelo Uncitral** e tem sido utilizada como padrão para a elaboração de diversas legislações nacionais sobre arbitragem. (CAHALI, 2018, p. 37).

Com o objetivo de adequar a legislação brasileira, o Congresso Nacional, norteado pela Lei Modelo Uncitral, editou a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem - LArb (CAHALI, 2018, p. 38-39).

Malgrado apoiar-se em um consenso internacional, no Brasil a lei de arbitragem encontrou certa resistência, questionando-se, inclusive, sua constitucionalidade.

Houve diversas críticas à norma jurídica em análise. Dentre os juristas, o ex-Presidente da OAB-SP João Piza Fontes e o advogado Fábio Costa Azevedo publicaram um artigo intitulado **A lei de arbitragem analisada à luz dos Princípios Gerais de Direito**, no qual dissertam os nobres doutores que a Lei de Arbitragem é fruto da pressão que os empresários e as multinacionais exerceram sobre o Brasil, aliada ao fortalecimento de blocos econômicos como o Mercosul, o Nafta e a União Europeia:

Isto porque, conclui-se ser o liberalismo uma concepção individualista da sociedade, baseada na existência de um Estado Mínimo, assim como também o são o sistema de mercado e nossa atual Lei de Arbitragem, que têm na sua estrutura a liberdade individual e a mínima ingerência estatal como suas regras matrizes. (FONTES; AZEVEDO, 1999).

Deveras, entre erros e acertos, críticas e decisões da Suprema Corte, a Lei n. 9.307/1996 foi declarada constitucional, está em vigor e foi atualizada em 2015.

Princípios da arbitragem

Disserta o catedrático Carlos Alberto Carmona que a arbitragem equipara-se ao processo estatal, não sendo correto classificá-la como um mero procedimento. Se por um lado o juiz segue o balizamento firmado pelos princípios gerais de direito, princípios constitucionais, códigos processuais, o árbitro tem a obrigação de orientar-se por determinadas regras:

Notem que não falei em **procedimento arbitral**, mas sim em **processo arbitral**, porque minha visão é de perfeita equivalência entre a arbitragem (mecanismo jurisdicional) e o processo estatal (mecanismo também jurisdicional): em outras palavras, o árbitro faz, efetivamente, o papel de juiz, de fato e de direito, e por isso, a própria natureza jurídica do instituto responde a esta ideia de jurisdicionalidade. (CARMONA, 2004, p. 151-2).

No direito brasileiro não há um código de arbitragem, já que a Lei n. 9.307/1996 regulou a arbitragem “ao transitar entre o direito material e o direito processual relativos ao instituto” (CAHALI, 2018, p. 128).

Superada essa análise inicial, é necessário expor os princípios específicos do juízo arbitral que são: autonomia privada (autonomia da vontade) e competência-competência (*kompetenz-kompetenz*).

A autonomia privada não é algo novo, já que faz parte do ordenamento jurídico na esfera civil.

Nas palavras de Francisco Amaral (*apud* TARTUCE, 2018, p. 655):

‘A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real’.

Desse modo, as partes são livres para aderirem, ou não, à convenção arbitral, bem como para escolherem o árbitro, ou os árbitros, à câmara arbitral ou ao procedimento *ad hoc*, isto é, têm autonomia para “configurarem” o modo como será dirimido o conflito (CAHALI, 2018, p. 147).

Dando prosseguimento, o princípio da competência-competência teve origem no direito alemão e é exclusivo do juízo arbitral (CAHALI, 2018, p. 149). Ele preceitua que o árbitro definirá se é competente, ou não, para conhecer da causa. De mais a mais, o árbitro analisará se estão presentes os requisitos de existência, validade e eficácia da convenção arbitral:

Tratado como o princípio da competência-competência, seu acolhimento significa dizer que, com primazia, atribuiu-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato. (CAHALI, 2018, p. 149).

5 ARBITRAGEM NO ÂMBITO JUSTRABALHISTA

Inicialmente, antes de adentrar no tema específico deste estudo, faz-se necessário expor, de forma sucinta, alguns princípios basilares do direito trabalhista.

Tal abordagem é necessária, porquanto na ciência jurídica princípios são regras básicas, essenciais, que derivam dos costumes e dos valores da sociedade. Eles devem nortear o legislador no momento de elaboração da norma jurídica, bem como balizar o exegeta. Nas palavras do Dr. Mauricio Godinho Delgado:

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. (DELGADO, 2016, p. 189).

Seguramente, merecem destaque o princípio da proteção e o princípio da irrenunciabilidade dos direitos.

O primeiro é de suma importância para o ramo trabalhista, possuindo três desdobramentos: *in dubio, pro operario*; regra da aplicação da norma mais favorável, e regra da condição mais benéfica.

A regra da aplicação da norma mais favorável será útil quando, no caso concreto, houver duas ou mais normas aplicáveis à contenda. Nessa conjuntura, preferir-se-á à norma mais favorável ao obreiro.

Porém, para empregá-la, faz-se mister interpretar com cautela todo o sistema jurídico. Apenas se realmente existirem diversas possibilidades, elege-se-á a de maior benesse ao trabalhador.

Em consequência dessa magnitude, esse princípio tem a capacidade de remodelar a pirâmide da hierarquia legislativa. Explica o Dr. Mauricio Godinho que, enquanto a pirâmide de Hans Kelsen tem como ápice a Constituição, na área trabalhista tem-se a norma mais benéfica:

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendando a seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo trabalhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego - objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador -, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central trabalhista. (DELGADO, 2016, p. 1538).

Como exposto, o direito juslaboral nasceu para regular as relações empregatícias, nivelar a diferença existente entre o empregador e o obreiro. Por isso, de forma simples e direta, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio” (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 142).

Sabe-se que em razão das circunstâncias pessoais, da escassez de recursos, da falta de instrução, o trabalhador pode ser coagido ou induzido a renunciar alguns de seus direitos. De mais a mais, tal princípio garante ao hipossuficiente a liberdade de optar por aquilo que seja mais vantajoso, sem lançar mão de sua dignidade. Alonso Garcia (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 161) leciona que:

‘O princípio da irrenunciabilidade deriva da aplicação ao ordenamento jurídico-trabalhista da doutrina sobre os vícios do consentimento, entendendo-se em virtude dela que o trabalhador que renuncia o faz por ignorância ou erro que vicia o ato’.

Superada essa fase preliminar, começa o estudo da arbitragem no âmbito trabalhista.

Asseveram os doutrinadores que o direito do trabalho “[...] engloba dois segmentos, um individual e um coletivo, cada um deles contando com regras, institutos e princípios próprios” (DELGADO, 2016, p. 1445).

O direito individual do trabalho visa à proteção do empregado em razão da diferença socioeconômica existente entre o empregado e o empregador. Por seu turno, o direito coletivo do trabalho parte do princípio de que o empregado está sendo representado pelo sindicato, o qual também possui certa força para negociar com a empresa ou o sindicato patronal:

De fato, em tal relação o sujeito empregador age naturalmente como um ser **coletivo**, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações, ainda que intraempresariais, têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um ser **individual**, consubstanciado no trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez despontar um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar,

juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

O Direito Coletivo, ao contrário, é ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais. Em correspondência a esse quadro fático distinto, emergem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos. (DELGADO, 2016, p. 1445).

Com efeito, durante anos a jurisprudência trabalhista firmou o entendimento de que apenas à negociação coletiva pode-se aplicar a arbitragem, sendo esta vedada para a solução de dissídios individuais.

Tal decisão fundamenta-se na Constituição, a qual prevê que (art. 114, § 1º), “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros” (BRASIL, 1988). O § 2º do referido dispositivo complementa:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (BRASIL, 1988).

Para Mauro Schiavi:

Na esfera do Direito Coletivo do Trabalho, há autorização constitucional para que o conflito coletivo do trabalho, se assim convencionarem as partes, possa ser dirimido pela arbitragem. Nesse sentido, é o art. 114, § 1º, da CF, que assim dispõe: ‘Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros’. (SCHIAVI, 2018, p. 57).

Dessarte, não há controvérsia quando o assunto é arbitragem e dissídio coletivo.

A celeuma existe nos dissídios individuais - argumentam os tribunais e doutrinadores que não é cabível, porquanto há visível afronta aos princípios basilares do direito do trabalho, bem como não há autorização legal. Nesse sentir, a 2ª Turma do E. Tribunal Superior do Trabalho decidiu:

[...] ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador - hipossuficiente - e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Não há falar, portanto, em existência de coisa julgada. Agravo de instrumento desprovido. [...] (BRASIL, 2017b).

A partir dessa cognição, traz-se à baila o art. 507-A da CLT.

6 INCLUSÃO DO ART. 507-A NA CLT

O dispositivo legal *sub examine* dispõe que:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa,

nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. (BRASIL, 1943).

Preliminarmente, dois pontos merecem destaque: a remuneração do trabalhador deve ser “superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, hoje (2019) R\$ 5.839,45, ou seja, R\$ 11.678,90. Ademais, deve ser “pactuada cláusula compromissória de arbitragem”, isto é, as partes avençam que eventual lide futura será dirimida por árbitro.

Para alguns juristas, o Congresso Nacional adotou o critério puramente econômico para definir um trabalhador com maior ou menor proteção estatal. Segundo eles, na prática, o parâmetro não é eficaz:

A escolha de um valor razoável de remuneração como parâmetro de aplicabilidade, vem no mesmo sentido de algumas antigas decisões judiciais, que reconheceram o procedimento arbitral para altos executivos, tomando por regra que tais profissionais têm maiores condições de discernimento e liberdade para optar pela Arbitragem. Contudo, não é o que vemos na prática. O que a realidade tem apontado, nas próprias reclamações trabalhistas, é que o empregado, independentemente de sua remuneração, continua numa posição de sujeição, e, muitas vezes, de dependência. Podemos concluir que aquele que recebe R\$ 11.100 é menos dependente do seu emprego que aquele que recebe R\$ 11.000, por exemplo? (DISSENHA, 2017, p. 174-175).

Ao anuir à cláusula compromissória, o empregado lança mão do juízo estatal, cabendo ao juízo arbitral conhecer de eventual lide.

À luz do art. 337, inc. X, do Código de Processo Civil (CPC), o réu poderá alegar em preliminar de contestação a existência de convenção de arbitragem. Se acolhida, o magistrado extinguirá o feito com fundamento no art. 485, VII, do CPC. Nesse sentir:

Sociedade. Arbitragem. Cláusula compromissória. Extinção da demanda, com fundamento no art. 485, inc. VII, do NCPC. Todas as questões discutidas na demanda encontram fundamento no contrato social e, por isso, não há como se reconhecer a competência da jurisdição estatal. Cláusula compromissória que determina a instauração de arbitragem para resolução de questões amparadas no contrato social. Extensão e abrangência da cláusula compromissória que deve ser dirimida pelo Juízo Arbitral (art. 8º da Lei n. 9.307/1996). Recurso desprovido. (SÃO PAULO, 2018).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, é necessário ressaltar que a essência da Lei de Arbitragem é o comércio. Como visto, a norma que serviu de modelo ao Congresso Nacional foi a recomendação editada pela Uncitral, a qual regula as relações comerciais internacionais, com o objetivo de solucionar conflitos entre empresas pertencentes a países diferentes, visto que envolve legislações diversas.

Contrariamente aos preceitos constitucionais, o art. 507-A da CLT faz distinção entre trabalhadores. Enquanto nossa Lei Maior assegura a igualdade, a consolidação flexibiliza o direito de alguns trabalhadores em função da remuneração.

Decerto, o salário não é parâmetro para cindir entre empregados com maior ou menor proteção legal. Para o Dr. João Renda Leal Fernandes:

Ainda que o empregado conte com remuneração superior ao dobro do teto de benefícios do RGPS, na grande maioria das vezes o estado de subordinação inerente à procura pelo emprego (e à necessidade de sua manutenção como única ou principal fonte de subsistência) acaba por relativizar e mitigar a autonomia na estipulação de cláusulas contratuais, inclusive na eventual pactuação de cláusula compromissória. Isto é, na maior parte dos casos, o empregado não terá quaisquer condições de efetivamente negociar ou interferir na redação das cláusulas contratuais. Na expressão de origem anglo-saxônica, a proposta contratual de emprego é analisada basicamente na forma do *'take-it-or-leave-it'* (ou seja, *'é pegar ou largar'*). (FERNANDES, 2018, p. 92-93).

Malgrado o Pretório Excelso entender que a pessoa não renuncia ao direito de recorrer ao Poder Judiciário, mas simplesmente opta por uma “segunda via” para solucionar os conflitos (Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha), é temerária a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Se mesmo entre os advogados esta é uma seara pouco conhecida, o que dirá em relação aos trabalhadores.

Tal insegurança é amplificada quando há uma interpretação sistemática entre o art. 4º da Lei n. 9.307/1996 e os arts. 337, inc. X, e 485, inc. VII, ambos do CPC, já que um dos efeitos legais de se escolher a arbitragem é obstar a busca de justiça perante o Estado-juiz, pois este só poderá conhecer da causa se reconhecida a incompetência do juízo arbitral ou existir cláusula patológica: “Este é o efeito negativo da cláusula

compromissória, na medida em que afasta do Poder Judiciário a apreciação do conflito” (CAHALI, 2018, p. 130).

É preciso destacar que a sentença arbitral só será invalidada pelo Poder Judiciário em algumas situações específicas (art. 32 da LArb) e o único recurso admitido no juízo arbitral é o pedido de esclarecimentos, similar aos embargos de declaração. Dessarte, não há o duplo grau de jurisdição (CAHALI, 2018, p. 348).

Outra questão é a subsidiariedade do direito comum no ramo trabalhista (art. 8º, § 1º e art. 769, ambos da CLT, art. 15 do CPC), o qual só será observado quando a legislação especializada for omissa e desde que não contrarie os princípios juslaboralistas. Entretanto, em virtude da autonomia privada, as partes têm permissão para definirem quais leis serão seguidas pelo árbitro ao apreciar o conflito.

À vista disso, há a possibilidade de se deslocar as normas trabalhistas incidindo a legislação civil, fato que prejudicaria o trabalhador. Nessa ótica, surge no horizonte a perspectiva de se retroceder ao Século XX, no qual as divergências trabalhistas eram dirimidas à luz do Código Civil.

A Constituição Federal veda o retrocesso:

A aplicação da chamada proibição de retrocesso aos direitos sociais tem conquistado destaque nas Cortes Constitucionais, em especial em momentos de crise e durante a realização de políticas de austeridade. Trata-se de princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial [...]. Na definição de Häberle, esse princípio possui ‘um núcleo de elementos que se fundamentam na dignidade humana e no princípio democrático e que não podem ser eliminados’. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 644).

Outrossim, existe a probabilidade de ocorrer o “Darwinismo Social”, isto é, apenas os “mais fortes” terão seus direitos garantidos. Os advogados Dr. João Piza Fontes e Dr. Fábio Costa Azevedo asseveram:

Paladinos modernos do ‘darwinismo social’, se alguma classificação lhes devesse ser dada em função das idéias que pregam, sem se aperceberem, esperase - no sentido de lhes conceder um tempo para que um dia em breve se convençam do pernicioso que praticam - propõem, travestidas de modernidade, o

que Herbert Spencer teve coragem de estender aos homens aquilo que Darwin descobrira como importante fator seletivo entre os organismos de modo geral: a sobrevivência dos mais aptos, dos mais fortes. De modo que, no mundo competitivo que apregoam como necessário hoje, aquela sociedade que estiver mais organizada em favor dos interesses dos mais fortes, dos mais espertos terá vantagens, enquanto os pobres, os miseráveis, de preferência devem sucumbir, pois sua incapacidade em competir, provada pela miserabilidade em que vivem, os coloca como fardo indesejável para os 'mais evoluídos'. (FONTES; AZEVEDO, 1999, p. 2).

Para os defensores do juízo arbitral, se cabe transação, acordo, cabe arbitragem. Nas palavras o professor Luciano Benetti Timm:

Outro equívoco é definir os direitos trabalhistas como indisponíveis. Claramente, os direitos trabalhistas têm natureza econômica e são disponíveis; tanto é assim, que empregados frequentemente fazem acordos, negociam cláusulas. O que existe é uma natureza imperativa de muitas normas trabalhistas que limitam a barganha das partes. E essa natureza imperativa das normas trabalhistas deverá ser observada pelos árbitros em procedimentos arbitrais entre empregadores e empregados. (TIMM, 2017).

Em que pese tal pensamento, arbitragem não é sinônimo de transação. Enquanto esta é obtida através de negociação, perdas e ganhos de ambas as partes, aquela tem sua decisão imposta por um terceiro. De acordo com Sérgio Pinto Martins:

Não se confunde a arbitragem com a transação. A transação é negócio jurídico bilateral em que as partes extinguem suas obrigações mediante concessões recíprocas. Na arbitragem as partes não estão interessadas na concessão de mútuas vantagens. A questão principal é que na arbitragem não existem concessões mútuas, mas a solução do litígio pelo árbitro, que irá dizer quem tem razão. (MARTINS, 2017, p. 1152).

Diante disso, fica clara a intenção de se utilizar no âmbito trabalhista um instituto que não foi criado para tal fim. Isso é um grave erro, conforme explica o Dr. Abril Pérez San Martín (*apud* PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 375-376):

‘O erro corrente nesta matéria é pretender o transplante direto das personalidades e, em geral, de todas as soluções civis e comerciais ao Direito do Trabalho e ainda reclamar **disparate**, quando este direito as rechaça, sem notar que este direito responde a princípios gerais distintos, aplica-se diferentes aspectos da consciência humana, a zonas diversas, com valores diferentes. Pretender o contrário é o mesmo que tratar uma enfermidade psíquica do mesmo modo que a uma somática. Embora ambas tenham valores comuns, por exemplo o conceito de saúde, é absolutamente evidente que as próprias realidades enfocadas implicarão princípios e conclusões distintas’. [...]

Nesse sentir disserta o jurista Mauricio Godinho:

Acresça-se, ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. De fato, a Lei n. 9.307 parece querer conferir qualidades de coisa julgada material à decisão arbitral, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial/Empresarial, Direito Internacional e outros segmentos jurídicos - onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade -, ela não parece passível de arredamento no campo justralhista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas. Registre-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modelares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho encontra-se a arbitragem. (DELGADO, 2016, p. 1598).

Superada a questão legal, desponta o aspecto econômico, já que as custas da arbitragem são altas e não há os benefícios da justiça gratuita.

Ante o exposto, mesmo com a entrada em vigor das modificações na CLT, o doutrinador Mauro Schiavi é contra a utilização do instituto em tela na solução dos conflitos individuais trabalhistas:

De nossa parte, a lei não é adequada, pois fixa a possibilidade de cláusula de arbitragem na contratação do empregado, ou durante a vigência do vínculo de emprego, quando presente o estado de subordinação. Além disso, a remuneração de R\$ 11.062,62 é relativamente baixa para se afastar o trabalhador da Justiça do Trabalho, e não retira o estado de vulnerabilidade do trabalhador ao aceitar uma cláusula compromissória de arbitragem. De outro lado, no Brasil, a via arbitral ainda é um procedimento caro e, praticamente, inacessível ao trabalhador desempregado, que é o litigante mais frequente na Justiça do Trabalho. (SCHIAVI, 2018, p. 64-65).

Enfim, o canto da sereia é fascinante, mas é preciso cautela, sob pena de transformar as alterações na CLT no féretro dos direitos trabalhistas. Não obstante existam diversos argumentos justificando a aplicabilidade da arbitragem no âmbito juslaboralista, tal entendimento não deve prevalecer.

Decerto, o trabalhador moderno é diferente daquele dos séculos passados. Hoje ele tem mais consciência dos seus direitos, possui uma malha protetiva mais eficiente, não é ingênuo como antes. Todavia, o espírito do capitalismo não mudou e não mudará com o passar dos anos. Aumentam as ofertas de mão de obra e diminuem as vagas de emprego.

Ante o exposto, conclui-se que a arbitragem é inaplicável na resolução de dissídios individuais trabalhistas. O art. 507-A da CLT não pode ser aceito como embrião de uma nova tendência.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

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. Acesso em: 26 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Brasília, 9 ago. 1943.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **DOU**, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista do Reclamante n. 633-96.2013.5.02.0382**. Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 28 mar. 2017b. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Proceso arbitral. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, v. 30, n. 30, 2004. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/issue/view/32/showToc>. Acesso em: 26 jul. 2018.

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

DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=327961#page/1>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FERNANDES, João Renda Leal. A arbitragem em conflitos individuais trabalhistas: uma interpretação constitucional e lógico-sistemática do art. 507-A da CLT. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, v. 7, n. 10, p. 89-104, out. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147813>. Acesso em: 11 dez. 2018.

FONTES, João Piza; AZEVEDO, Fábio Costa. Continuação 2: a lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 out. 1999. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/1999-out-11/continuacao>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

RODRIGUES, Sérgio. Uma verdade inconveniente: o trabalho nasceu da tortura. **Revista Veja**, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/uma-verdade-inconveniente-o-trabalho-nasceu-da-tortura/>. Acesso em: 4 set. 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 1021538-44.2015.8.26.0309**. Relator Desembargador Alexandre Marcondes. São Paulo, 8 out. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 10 out. 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. Reforma trabalhista: riscos e inseguranças de aplicação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, Edição especial, p. 471-478,

nov. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127096/2017_trindade_rodrigo_reforma_insegurancas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Justiça trabalhista colocava óbices na arbitragem em contrato de trabalho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-31/luciano-timm-justica-trabalhista-colocava-obices-arbitragem>. Acesso em: 13 out. 2018.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. **Uncitral rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration**. Vienna: United Nations Office, 2014. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O TELETRABALHO NA FRANÇA E NO BRASIL

BRIEF COMPARATIVE STUDY ON TELEWORK IN FRANCE AND BRAZIL

GAURIAU, Rosane*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar, de modo conciso, o estudo comparado sobre o teletrabalho, no setor privado, a partir da exegese da legislação trabalhista francesa e brasileira. Para tanto, serão examinadas as noções fundamentais e o regime jurídico aplicável: conteúdo, formalidades necessárias para a implementação e término do teletrabalho na França e no Brasil. Por fim, considerando o que foi apresentado no artigo, propor uma breve reflexão sobre as contribuições deste estudo comparado.

Palavras-chave: Teletrabalho. Direito comparado. França. Brasil. Regime jurídico.

Abstract: This article aims to address a short comparative study of teleworking (remote work) in the private sector based on the exegesis of French and Brazilian social legislation. Furthermore, we will cover fundamentals as well as various relevant legal regime: content and the necessities requirements for setting up and termination of teleworking (remote work) in France and Brazil. To conclude this article we will briefly consider and expand some possible outcomes emerging from this study.

Keywords: Teleworking. Comparative Law. France. Brazil. Legal Regime.

*Jurista. Pesquisadora. Doutora em Direito pela Université Paris 1 - Sorbonne. Membre associée Centre Jean Bodin, Université d'Angers, França. Participante do Institut Psychodynamique du travail, Paris, França. Membro do Institut Recherche Juridique de la Sorbonne, Paris, França.

Résumé: Le présent article a pour objet d'aborder de manière concise une étude comparé du télétravail dans le secteur privé à partir de l'exégèse de la législation sociale française et brésilienne. Pour autant, seront ici examinés les notions fondamentales et le régime applicable: contenu, formalités nécessaires à sa mise en place et fin du télétravail en France et au Brésil. Enfin, à la suite de nos développements, une brève réflexion sur les enjeux de la présente étude.

Mot clés: Télétravail. Droit comparé. France. Brésil. Régime.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o de propor um breve estudo comparado sobre o teletrabalho, no setor privado, a partir da exegese da legislação trabalhista francesa e brasileira.

Segundo o relatório da Organização Internacional do Trabalho (ILO), "**Working anytime, anywhere: the effects on the world of work**", o teletrabalho, também denominado *home office*, *remote work* ou *telework*, trabalho remoto ou trabalho a distância, favorece a redução do tempo de transporte, oferece maior autonomia e flexibilidade em termos de organização do tempo de trabalho, maior produtividade e melhor equilíbrio entre trabalho e vida privada. Efetuado de modo permanente, alternado ou ocasional, no domicílio do empregado ou em outro local, o teletrabalho traduz a ideia de organização do trabalho flexível e sem fronteiras (RAY, 2018).

No Brasil, a Lei n. 13.467/2017, denominada de "Reforma Trabalhista", promoveu diversas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas, regulamentou o teletrabalho por meio dos arts. 75-A a 75-E.

Na verdade, o legislador consolidou uma prática adotada por várias empresas e profissionais, com fundamento na Lei n. 12.551/2011, que alterou o art. 6º da CLT e introduziu o trabalho realizado a distância no ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo não fez distinção entre o trabalho realizado nas dependências da empresa e aquele executado no domicílio do empregado, desde que presentes os pressupostos da relação de emprego (BASSO; BARRETO JUNIOR, 2018). Embora o referido artigo não fizesse expressa menção ao teletrabalho, ele era utilizado para tal fim até o advento da Lei n. 13.467/2017.

Na Europa, o teletrabalho foi inicialmente tratado pelos atores sociais e regulamentado pelo Acordo Europeu de 16 de julho de 2002, o qual proclama que o teletrabalho só pode ser implementado de forma voluntária. Dispõe, ainda, sobre as condições de trabalho do

teletrabalhador (igualdade de direitos em relação ao trabalho presencial¹), respeito à vida privada, equipamento necessário para o exercício do teletrabalho, proteção da saúde ocupacional, organização do tempo de trabalho, treinamento/formação dos teletrabalhadores e direitos coletivos dos teletrabalhadores.

Na França², sob a influência do referido Acordo Europeu de 2002, o teletrabalho foi incorporado ao direito interno francês, no setor privado, inicialmente, pelo Acordo Nacional Interprofissional (ANI) de 19.7.2005³ e pela Lei n. 2012-387, de 22.3.2012 (*Loi Warsman*⁴), que introduziu os arts. L1222-9 a L1222-11 no Código do Trabalho francês.

Posteriormente, em 22.9.2017, um outro texto modificou o art. L1222-9 (*Ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail*). Diversos acordos coletivos (*accords de branche* ou *d'entreprise*) sobre teletrabalho foram celebrados com base nesses dispositivos.

No setor público, o teletrabalho foi disciplinado pela Lei n. 2012-347, de 12.3.2012 (*Loi Sauvadet*⁵).

No Brasil e na França, o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho a distância (fora da estrutura de produção) e traduz a ideia de trabalho do futuro, sem fronteiras, em razão do uso de tecnologias da informação e comunicação (RAY, 2018).

De fato, o teletrabalho apresenta muitas vantagens. Para a empresa, menos custos (energia, água, aquecimento, refeição, mobiliário, telefone, computador, dentre outros) e maior produtividade. Para o trabalhador, menos tempo de transporte e, portanto, menos poluição, maior autonomia e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida.

Todavia, se o trabalho a distância é o trabalho do futuro, ele é confrontado com diversos problemas, como o aumento do risco de informalidade, o tratamento diferenciado entre trabalhador presencial e trabalhador remoto, a demanda crescente do aumento de produtividade e redução de custos, a dificuldade de prevenção e eliminação dos riscos físicos e psicossociais, o trabalho contínuo e o direito à desconexão (LAFARGUE; VERKINDT, 2013), o equilíbrio entre a vida profissional e vida familiar, dentre outros (PROBST, 2018).

¹Sobre as noções de empregado/trabalhador presencial e teletrabalhador, v. *infra*.

²Toda a legislação francesa mencionada está disponível no site: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

³*Accord National Interprofessionnel du 19 juillet 2005 (ANI)*. Esse acordo, inspirado do Acordo Europeu de 2002 é fruto do diálogo social entre confederações sindicais dos empregados (CFDT, CFE-CGC, CFCT, CGT e CGT-FO) e empregadores (*le MEDEF, la CGPME et l'UPA*). Foi o primeiro acordo a regulamentar o teletrabalho no território francês, a nível nacional e interprofissional.

⁴*Loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, loi dite "Warsman"*.

⁵*Loi n. 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*.

Feitas estas considerações, passa-se ao estudo dos requisitos essenciais para a implementação do teletrabalho, confrontando os pontos em comum e de divergência, assim como as particularidades das legislações francesa e brasileira a partir do exame das noções para a implementação do teletrabalho, bem como do regime aplicável.

2 NOÇÕES

2.1 Teletrabalho

Da leitura dos arts. L1222-9 a L1222-11 do Código do Trabalho francês, conclui-se que o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho que pode ser realizado pelo empregado dentro ou fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho, tanto para o empregado quanto para o empregador.

A definição é suficientemente ampla para abranger diferentes formas e locais de trabalho, a saber:

- teletrabalho sedentário: o empregado trabalha exclusivamente em seu domicílio, usando o equipamento disponibilizado pelo empregador;

- teletrabalho alternado: o empregado alterna períodos de trabalho em seu domicílio e na empresa, e

- teletrabalho móvel: o empregado ocupa um espaço físico no local de trabalho mas também pode trabalhar em qualquer outro lugar, utilizando tecnologia da informação e comunicação.

A frequência do teletrabalho também pode variar. Pode ser regular ou ocasional, conforme as necessidades do empregador ou em circunstâncias especiais (cf. *infra*).

No Brasil, segundo o art. 75-B da CLT, o teletrabalho é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. A natureza do serviço prestado não deve configurar o trabalho externo.

Assim, o teletrabalho caracteriza-se quando presentes os seguintes requisitos: atividade laboral realizada preponderantemente fora das dependências do empregador, utilização de meios de informação e de comunicação, não configuração de trabalho externo (LOPES, 2012) (PORTO, 2017).

Ressalte-se que o teletrabalhador poderá comparecer nas dependências do seu empregador para a realização de atividades específicas, sem que isso descaracterize o regime de trabalho.

Aliás, o contato do teletrabalhador com os demais empregados, ainda que eventual, é recomendável a fim de evitar o isolamento, estimular o convívio entre colegas e o sentimento de pertencimento à equipe de trabalho (DEJOURS; MOLINIER, 1994) (DEJOURS; GERNET, 2012).

2.2 Teletrabalhador

Para fins deste artigo e conforme o direito francês e brasileiro, considera-se teletrabalhador o empregado que desempenha suas atividades fora das dependências (estrutura de produção) do empregador, mediante a utilização de meios telemáticos em seu domicílio ou em outro local.

2.3 Empregado/trabalhador presencial

Empregado que trabalha fisicamente nas dependências (local, estrutura de produção) do empregador.

3 REGIME

Neste tópico, serão analisados, primeiramente, o conteúdo e as formalidades indispensáveis para a implementação - início - do teletrabalho e, em seguida, o término - fim - do regime de teletrabalho.

3.1 Conteúdo e formalidades

Para tanto, examina-se, inicialmente, o instrumento para a implementação do teletrabalho: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou qualquer outro meio; as cláusulas essenciais e, enfim, os direitos do teletrabalhador e deveres do empregador.

3.1.1 Instrumento: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou por qualquer meio

Segundo o art. L1222-9, I, do Código do Trabalho francês, o teletrabalho pode ser implementado por meio de acordo coletivo⁶ ou, na sua falta, por documento elaborado pelo empregador após consulta ao Comitê Econômico e Social⁷, se existir. Na ausência desses, o teletrabalho

⁶*Accord collectif de branche, entreprise, établissement, groupe.*

⁷Instância representativa do pessoal: não possui equivalência no Brasil.

pode ser formalizado por qualquer meio, como, por exemplo, o contrato individual de trabalho⁸.

Na França, diversos acordos coletivos tratam da questão do teletrabalho. Sob a influência da ANI 2005, os acordos ressaltam que o teletrabalho é um ato voluntário do empregado, cujo objetivo é o de favorecer uma melhor gestão de sua vida privada e profissional, melhor qualidade de vida, bem como maior produtividade, competitividade e a redução de custos empresariais. Diversas cláusulas são previstas nesses acordos, como, por exemplo, definição de teletrabalho, partes, organização do trabalho, horários de trabalho, equipamento, indenizações diversas, dias de presença, mobilidade, formação e treinamento profissional etc.⁹.

Tal como ocorre no direito francês, no Brasil a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho pode estar prevista em convenção coletiva ou acordo coletivo, e/ou contrato individual de trabalho.

Deverá haver expressa menção ao regime de teletrabalho quando ele for ajustado no contrato individual de trabalho, bem como a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado (arts. 75-C e 611-A da CLT).

Na França, a alteração do contrato de trabalho presencial para a modalidade de teletrabalho, ou vice-versa, ocorre por meio de aditivo contratual escrito. Trata-se de um ato voluntário e consensual (art. L1222-9, I, do Código do Trabalho).

No Brasil, conclui-se da leitura dos arts. 75-C e parágrafos e 75-E da CLT que não há impedimento para a alteração do regime de trabalho presencial para o regime de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes e que seja registrado em aditivo contratual. O empregador pode alterar o regime de teletrabalho para o regime presencial, garantido o prazo de transição mínimo de 15 dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Na França, no tema, a lei não fez menção a um prazo mínimo de transição.

3.1.2 Cláusulas essenciais

Segundo o Código do Trabalho francês, além das cláusulas essenciais à formação de todo o contrato de trabalho¹⁰, o acordo coletivo

⁸Assim sendo, é possível que o teletrabalho seja pactuado durante o processo de recrutamento e seleção do empregado.

⁹Cf.: *Accord Air France du 13 juill. 2010*; *Accord Axa France du 19 févr. 2013*; *Accord Canal+ du 12 sept. 2012*; *Accord Capgemini du 20 juill. 2011*; *Accord Dassault systèmes du 27 avr. 2007*; *Accord Dell du 19 juill. 2012*; *Accord France Télécom-Orange du 17 mai 2013*; *Accord Hewlett-Packard du 6 juillet 2010*; *Accord Michelin du 12 mai 2009* etc.

¹⁰Partes, objeto, prazo, jornada de trabalho, remuneração, deveres, obrigações, direitos, penalidades, dentre outros.

ou o documento elaborado pelo empregador a fim de organizar o teletrabalho deve prever:

- as condições para a passagem da modalidade de trabalho presencial para o teletrabalho, no caso de um episódio de poluição mencionado no art. L223-1 do Código do Meio Ambiente, bem como as condições para o retorno ao trabalho presencial;

- as formas de aceitação, pelo empregado, das condições para a implementação do teletrabalho;

- os métodos de controle da jornada de trabalho ou de regulação da carga de trabalho;

- a determinação dos períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o empregado, e

- as modalidades para o acesso de trabalhadores com deficiência ao regime de teletrabalho.

Na prática, a convenção coletiva ou o documento elaborado pelo empregador, se existir, estabelecem, em princípio, os critérios objetivos de seleção para o teletrabalho, como, por exemplo: prioridade ao empregado que tenha uma certa antiguidade/tempo de serviço na empresa, excluindo-se os estagiários, aprendizes, trabalhador em contrato a prazo determinado, trabalhador em missão; ao empregado que possua acomodações compatíveis com o trabalho a ser realizado, que tenha filhos menores de idade, que cuide de pessoa idosa ou deficiente na família.

No Brasil, como na França, além das cláusulas essenciais à formação de todo o contrato, extrai-se dos arts. 75-C, 75-D e 75-E da CLT que o contrato de trabalho deverá especificar as atividades que serão realizadas pelo empregado, a possibilidade de alteração entre o regime de trabalho presencial e de teletrabalho e vice-versa, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, e, enfim, instruções expressas a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

3.1.3 Direitos do teletrabalhador e deveres do empregador

3.1.3.1 Direitos do teletrabalhador

Na França, o teletrabalhador possui os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial. Isso significa que o empregado em regime de teletrabalho tem direito ao mesmo tratamento - **igualdade de tratamento** - que os demais trabalhadores presenciais.

No Brasil, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, uma interpretação sistêmica, sobretudo tendo em vista os arts.

7º e 8º da Constituição Federal/1988, permite inferir que o teletrabalhador possui, em regra, os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial.

Embora a igualdade seja assegurada ao teletrabalhador, regras específicas são previstas no Código do Trabalho francês (arts. L1222-9 a L1222-10), dentre elas, destaque-se:

a) recusa motivada da demanda de teletrabalho

O empregador pode recusar a demanda de teletrabalho do empregado que preenche os requisitos previstos no acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Deverá, porém, fundamentar junto ao empregado as razões de sua recusa.

Ressalte-se que a ausência de acordo coletivo ou de documento da empresa autoriza o empregador, em teoria, a recusar o pedido de alteração em teletrabalho sem ter que justificar sua recusa.

A recusa do empregado em aceitar proposta de teletrabalho não é motivo para rescisão do contrato de trabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. O tema poderá ser objeto de negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho;

b) jornada de trabalho, controle da jornada de trabalho, disponibilidade e regulação da carga de trabalho

O Código do Trabalho francês afirma que os períodos, durante a jornada de trabalho, nos quais o teletrabalhador pode ser contatado, devem ser fixados em acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Assevera, ainda, que o teletrabalhador tem o direito ao controle do tempo de trabalho ou da regulação de sua carga de trabalho.

Importante ressaltar que na França, contrariamente ao Brasil, a jornada de trabalho do teletrabalhador é controlada. Cuida-se de uma obrigação do empregador e um direito do trabalhador. Como o teletrabalhador é regido pela legislação trabalhista e, em particular, pelas regras aplicáveis à jornada de trabalho, o empregador deve respeitar a jornada de trabalho e os intervalos de descanso (inter e entre jornadas) como o faz para o trabalhador presencial.

A esse respeito, a convenção coletiva que trata do teletrabalho ou, na sua falta, o documento redigido pelo empregador deverá definir:

- as modalidades de controle do tempo de trabalho do teletrabalhador. Se o empregado estiver sujeito a um horário de trabalho, deverá existir um meio que permita a contagem das horas trabalhadas. Como,

por exemplo, uma declaração do empregado ou o registro do tempo de trabalho no computador (*login/logoff*) etc.;

- os métodos de verificação da carga de trabalho do empregado (art. L1222-9);

- os períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o teletrabalhador (art. L1222-9).

No Brasil, o art. 62, III, da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho. Se não há o controle da jornada de trabalho, não há o controle e a possibilidade de pagamento de horas extras¹¹. Certamente, a legalidade do dispositivo será objeto de exame pela Instância competente.

3.1.3.2 Deveres do empregador

Dever de informação. Nesse tema, o Código do Trabalho francês assevera que o empregador, além das obrigações previstas em lei, deve informar o teletrabalhador acerca das restrições quanto ao uso de equipamentos, ferramentas de computador, serviços de comunicação eletrônica e as sanções, em caso de não cumprimento de tais restrições. Afirma, ainda, ser assegurada ao teletrabalhador a prioridade para ocupar ou retornar ao posto de trabalho na modalidade presencial que corresponda às suas qualificações e habilidades profissionais. Enfim, explicita que o empregador deve organizar, anualmente, uma entrevista sobre as condições de trabalho do empregado e a carga de trabalho.

Regras sobre a regulamentação da carga de trabalho podem ser previstas no acordo coletivo que trata do teletrabalho ou no documento redigido pelo empregador sobre o teletrabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho poderá suprir a lacuna, se as partes considerarem necessário.

Entrevista anual. Nos termos do art. L1222-10 do Código do Trabalho francês, o empregador tem a obrigação de organizar, anualmente, uma entrevista para tratar de assuntos diversos, mas principalmente sobre as condições laborais e a carga de trabalho do teletrabalhador.

A entrevista anual é feita para avaliar as condições de trabalho do teletrabalhador. Trata-se de uma oportunidade para abordar as possíveis dificuldades encontradas na organização do tempo de trabalho, para avaliar as medidas de prevenção de riscos profissionais, físicos e mentais, os métodos de gestão do trabalho ou, ainda, questões diversas

¹¹Tal questão extrapola o tema aqui proposto, razão pela qual não irei, a presente, aprofundar sobre a questão.

como o respeito à vida privada do teletrabalhador, a necessidade de treinamento/formação específica etc.

Neste tema, como no precedente, não há previsão legal.

Saúde ocupacional e meio ambiente do trabalho. Na França e no Brasil o empregador deve garantir a proteção da saúde e a segurança, bem como um meio ambiente saudável e seguro a todo trabalhador.

Na França, essa obrigação, *obligation de sécurité de résultat* (GAURIAU, 2017), de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador exige que o empregador envide todo esforço necessário para proteger a saúde física e mental do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como garantir condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança (DEVERNAY; MOURIQUAND, 2017).

No Brasil, é direito do teletrabalhador a instrução expressa e ostensiva sobre precauções a tomar, a fim de evitar doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar o termo de responsabilidade e se comprometer a observar as instruções fornecidas pelo empregador (art. 75-E).

Embora o dispositivo não detalhe quais “precauções” devem ser tomadas, pode-se concluir que ao teletrabalhador aplicam-se todas as normas de proteção e segurança previstas na CLT, principalmente os arts. 154 a 201, bem como a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana inscritos no art. 5º da Constituição Federal (CF) (tais como direito à vida, segurança, saúde, integridade), sem olvidar o disposto no inciso XXII do art. 7º da CF, que assegura o direito social de todo trabalhador rural ou urbano (inclusive ao teletrabalhador) à redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança.

Proteção em caso de acidente de trabalho. Relativamente ao acidente de trabalho, na França (art. L1222-9, III) presume-se que o acidente ocorrido durante o período de teletrabalho é um acidente de trabalho, na forma do art. L411-1 do Código de Seguridade Social, e será tratado como um acidente de trabalho ocorrido nas dependências da empresa.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa, no tema. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho seria recomendável para suprir a lacuna.

Questão interessante diz respeito à **responsabilidade pelos custos, material e equipamento**. O Código do Trabalho francês não prevê quem deve arcar com os custos decorrentes do teletrabalho. Na prática, porém, o acordo coletivo, o documento redigido pelo empregador ou o contrato de trabalho preveem quem deve arcar com os custos.

A jurisprudência da *Cour de Cassation*¹² francesa, no tema, afirma que o empregador não está isento do reembolso dos custos associados ao teletrabalho quando se tratar de despesas profissionais (*Cass. soc., 19 sept. 2013, n. 12-15.137*). Assim, por exemplo, se o empregado concordar, a pedido do empregador, em trabalhar em seu domicílio e ali instalar arquivos e ferramentas de trabalho, ele deverá ser indenizado dos custos incorridos pela ocupação de seu domicílio para fins profissionais (*Cass. soc., 7 avr. 2010, n. 08-44.865*). Isso ocorrerá mesmo se o empregado for beneficiário de uma cláusula contratual de compensação financeira, a título de despesas profissionais (*Cass. soc., 27 mars 2019, n. 17-21.014*). *A contrario*, quando tais instalações são disponibilizadas a pedido do teletrabalhador, no seu domicílio, ele não pode reivindicar nenhuma forma de indenização (*Cass. soc., 4 déc. 2013, n. 12-19.667*).

No Brasil, conforme o art. 75-D da CLT, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, assim como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado, são previstas em contrato escrito.

Finalmente, vale salientar uma hipótese interessante contida no Código do Trabalho francês e cuja reflexão seria aconselhável, no Brasil: em algumas **situações excepcionais**, o teletrabalho é considerado necessário ou recomendável como um modo de organização de trabalho que permita a continuidade da atividade empresarial e garanta a proteção da saúde e segurança do empregado.

O legislador francês enumerou algumas hipóteses (não se trata de *numerus clausus*), como, por exemplo, ameaça de epidemia ou em caso de força maior (art. L1222-11 do Código do Trabalho) e episódio de poluição (nos termos do art. L223-1 do Código do Meio Ambiente; art. L1222-9 do Código do Trabalho). Outras hipóteses podem ser concebidas, *e. g.*, greve no transporte público, gripe H1N1, ameaça de ataque terrorista ou uma degradação significativa das condições climáticas.

Nesses casos, ao que parece, o trabalhador não pode exercer seu direito de recusa.

Na prática, porém, cabe ao juiz francês determinar, dependendo das circunstâncias, se a situação justifica ou não a transição para o teletrabalho sem que o trabalhador possa exercer seu direito de recusa.

¹²Instância extraordinária cuja missão é unificar a jurisprudência francesa. A *Cour de Cassation* não é uma terceira instância.

3.2 Término: fim do teletrabalho

Nos dois países, tanto o acordo coletivo, documento elaborado pelo empregador, quanto o contrato de trabalho ou o termo aditivo ao contrato de trabalho devem especificar as condições para o retorno do teletrabalho ao trabalho presencial, nas dependências da empresa.

O Código do Trabalho francês assevera que as condições para o retorno ao trabalho presencial devem estar previstas no acordo coletivo ou no documento elaborado pelo empregador. Afirma ainda que, quando o teletrabalhador solicita o retorno ao trabalho nas dependências da empresa, o empregador deve dar prioridade a que ele volte a ocupar seu (antigo) cargo (antes do teletrabalho), ou um outro que corresponda à sua qualificação e habilidades atuais (arts. L1222-9 e L1222-10).

No Brasil, a alteração do regime de teletrabalho, por determinação do empregador, para o regime presencial deverá constar no contrato de trabalho ou no termo aditivo ao contrato de trabalho, sendo garantido ao teletrabalhador o prazo de transição mínimo de 15 dias (art. 75-C, § 2º, da CLT).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na França e no Brasil o teletrabalho é considerado uma evolução positiva no que diz respeito à redução de custos para as empresas, à redução do tempo de transporte para o trabalhador e, conseqüentemente, da poluição, ao “aumento da criação de trabalho em áreas de difícil acesso, maior mobilidade de empregado permitindo a inserção no mercado de trabalho aos deficientes físicos e mulher” (BASSO; BARRETO JUNIOR, 2018), enfim, à melhor qualidade de vida para os empregados.

Nos dois países, a legislação sobre o teletrabalho apresenta as mesmas lacunas sobre o direito à desconexão, o justo equilíbrio entre carga de trabalho e produtividade, o isolamento social, a importância do coletivo e da cooperação no trabalho, e sobre a ingerência, os limites e a conciliação entre vida profissional e vida privada.

Eis aqui o que parece ser a principal contribuição deste estudo comparado, estimular a reflexão entre os atores sociais, juristas e magistrados sobre o teletrabalho, a fim de preservar o respeito à vida privada e profissional do teletrabalhador, o direito à desconexão, a questão da carga de trabalho e os meios para evitar o isolamento.

Manter vínculos e reforçar o sentimento de pertencimento à equipe é indispensável à saúde do empregado. A preservação do vínculo

social é um elemento-chave do bem-estar no trabalho e na prevenção de riscos psicossociais (DEJOURS; MOLINIER, 1994) (DEJOURS; GERNET, 2012).

Regras específicas podem ser negociadas em instrumento coletivo, como, por exemplo, a impossibilidade de acesso à rede da empresa a partir de determinado horário, nos fins de semana e nos períodos de repouso inter e entre jornadas, a impossibilidade de envio de *e-mails* corporativos e/ou ligações noturnas em fins de semana no celular profissional, um dia fixo de trabalho presencial, rituais de comunicação remota, como reuniões telefônicas semanais, grupo de *chat*, reuniões em videoconferência, participação nas atividades sociais da empresa etc.

O desafio do teletrabalho reside na capacidade da organização do trabalho de encontrar o justo equilíbrio entre a flexibilidade do trabalho, a segurança e saúde dos teletrabalhadores, o gerenciamento dos riscos e o trabalho em equipe.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 42, n. 169, p. 113-126, maio/jun. 2016.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sociedade da informação e as novas configurações no meio ambiente do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 27, p. 251-262, 2011.

BASSO, Danielle de Mello; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 59-76, jan./jun. 2018.

CARDOSO, Raira. Geração *smartphone*. **Revista Proteção**, Novo Hamburgo, v. 30, n. 307, p. 41-58, jul. 2017.

CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação de trabalho: meios eletrônicos no ambiente de trabalho: monitoramento de *e-mails* e instrumentos visuais no ambiente de

trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 41, n. 165, p. 35-61, set./out. 2015.

DEJOURS, Christophe; GERNET, Isabelle. Travail, subjectivité et confiance. **Nouvelle Revue de Psychosociologie**, Toulouse, n. 13, p. 75-91, 2012/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-nouvelle-revue-de-psychosociologie-2012-1-page-75.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

DEJOURS, Christophe; MOLINIER, Pascale. Le travail comme énigme. **Sociologie du Travail**, Paris, 36. année, Hors-série: les énigmes du travail, p. 35-44, 1994. Disponível em: www.persee.fr/doc/sotra_0038-0296_1994_hos_36_1_2147. Acesso em: 9 set. 2019.

DEVERNAY, Nathalie; MOURIQUAND, Caroline. La flexibilité de l'organisation du travail: tour d'horizon des pratiques innovantes, en France et ailleurs. **Semaine Sociale Lamy**, Paris, n. 1775, 2017.

DI SALVO, Ana Lidia; GALIA, Rodrigo Wasem. O direito à intimidade e à privacidade do empregado frente ao poder diretivo do empregador: a (in)violabilidade do correio eletrônico. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 33, n. 387, p. 38-58, mar. 2016.

DUMAS, Marc; RULLER, Caroline. Le teletravail: les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle? **Management & Avenir**, Caen, n. 74 (8), p. 71-95, 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-management-et-avenir-2014-8-page-71.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

EUROFOUND; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **Working anytime, anywhere: the effects on the world of work**. Luxembourg: European Union, Geneva: International Labour Office, 2017. Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf. Acesso em: 7 set. 2019.

GAURIAU, Rosane. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 223-258, abr./jun. 2017.

GÓIS, Luiz Marcelo. Adicional de desconexão: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, São Paulo, v. 39, p. 59-78, 2015.

LAFARGUE, Yves; VERKINDT, Pierre-Yves. Loi sur le télétravail: une avancée? **Revue de Droit du Travail**, Paris, n. 1, p. 9-14, 2013.

LANGNER, Ariane. **Processo judicial eletrônico**: a tecnologia da informação e comunicação diante do constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2017.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. As mudanças no trabalho judiciário e a saúde dos usuários: efeitos da virtualização dos processos judiciários. **Revista CEI**, Brasília, n. 61, p.122-132, set./dez. 2013.

LOPES, Mônica Sette. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 1, p. 72-79, jan. 2012.

MELO, Geraldo Magela. O teletrabalho na nova CLT. **ANAMATRA**, Brasília, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 8 set. 2019.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1094-1099, set. 2017.

PORTO, Noemia. Duração do trabalho e a Lei n. 13.467/2017: desafios reais da sociedade do presente na contramão da “reforma trabalhista”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 287-315, out./dez. 2017.

PROBST, Audrey. Télétravail: ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018. **Droit Social**, Paris, n. 6, p. 516, 2018.

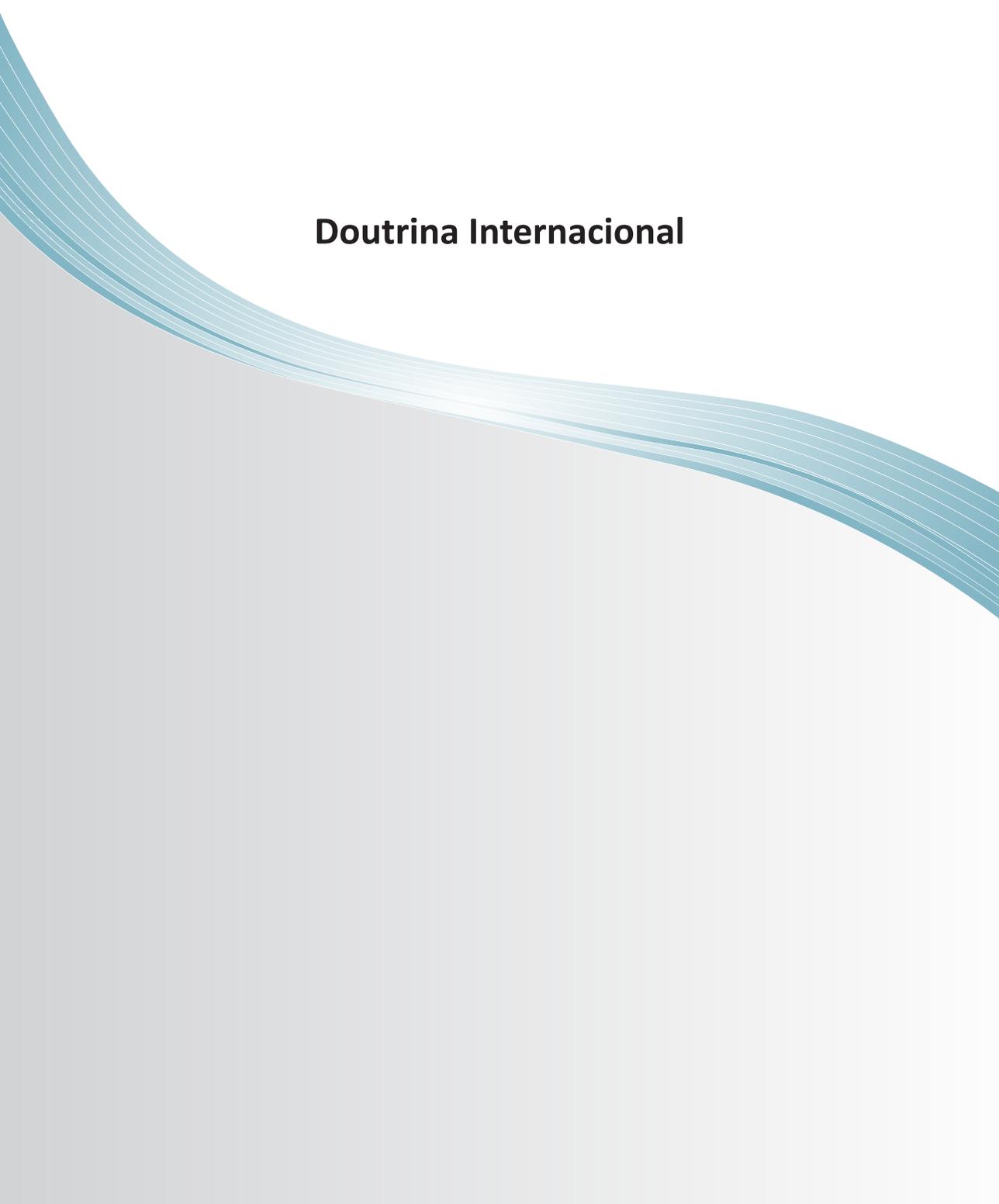
RAY, Jean-Emmanuel. De la question sociale du XXIe siècle au télétravail. **Droit Social**, Paris, n. 1, p. 52, 2018.

SILVA, Otávio Pinto e. PJe-JT: desafios para a justiça do trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 33, n. 120, p. 68-74, ago. 2013.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. Desconexão do trabalho. **CIPA**: caderno informativo de prevenção de acidentes, São Paulo, v. 39, n. 450, p. 78-79, mar. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Acordo Europeu de 16 de julho de 2002. *Teleworking*. **EUR-Lex**, Bruxelas, 17 maio 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=FR>. Acesso em: 9 set. 2019.

VAYRE, Émilie. Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social. **Le travail humain**, Brétigny-sur-Orge, v. 82, p. 1-39, 2019/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-le-travail-humain-2019-1-page-1.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.



Doutrina Internacional

DIREITO À MENTIRA DO TRABALHADOR NA FASE PRÉ-CONTRATUAL?

RIGHT TO THE WORKER'S LIE IN THE PRE-CONTRACTUAL PHASE?

BARBOSA, Mafalda Miranda*

1 INTRODUÇÃO

Em Portugal, nos termos do art. 17º/1 Código do Trabalho (CT), o empregador não pode exigir a um candidato a emprego ou a um trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a sua fundamentação; bem como relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

A partir desta formulação, que em si levanta inúmeros problemas, muitos autores afirmam que o preceito encerra um **direito à mentira** por parte do trabalhador. A posição é contestada por outros juristas. Menezes Cordeiro afirma contundentemente que “o direito não pode, nunca, aceitar tal construção. Com mentiras não há soluções justas” (2019, p. 566).

Mais do que uma questão terminológica, o que está em causa é a compreensão da disciplina contida no citado art. 17º CT. Desde logo, é a densificação do pressuposto da necessidade estrita e da relevância, bem como do pressuposto das exigências inerentes à natureza da atividade

*Doutora em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra. Diretora da **Revista de Direito da Responsabilidade**.

profissional que estão em causa. Mas vai-se mais longe e pergunta-se se, não havendo um direito a questionar o trabalhador ou futuro trabalhador por parte da entidade empregadora, não se poderão descobrir situações em que a boa-fé imponha ao primeiro a relevação de dados que podem nem ter sido inquiridos pelo segundo. Para tanto, haveremos de investigar não só os interesses subjacentes a estas situações, como os valores fundamentadores das relações jurídicas que se firmam. Neste quadro, torna-se relevante indagar os limites do exercício do direito à privacidade, em confronto com a liberdade contratual e a liberdade de iniciativa económica, e ter em conta as regras atinentes à formação dos contratos. A iluminar-nos teremos o acervo filosófico acerca dos problemas patenteados pela mentira e, bem assim, os dados sedimentados acerca da própria noção de direito e de justiça.

2 O ART. 17º/1 CT, AS POSIÇÕES DA DOUTRINA: mentira e omissão da verdade

A doutrina, em Portugal, não é, como referido *supra*, unânime quanto ao melhor entendimento a ser dispensado ao art. 17º/1 CC. Em face do seu teor literal, os autores questionam se o trabalhador poderá apenas remeter-se ao silêncio ou se, pelo contrário, terá direito a mentir¹. Se autores como Menezes Cordeiro, Pedro Romano Martinez² e Monteiro Fernandes³ apontam no primeiro sentido mencionado, outros, como Leal Amado⁴, Menezes Leitão⁵ e Júlio Gomes⁶ depõem no segundo. Para Leal Amado, em face da situação de **dependência** do candidato a um determinado emprego,

[...] só por uma indesculpável ingenuidade se ignorará que o silêncio, nestes casos, comprometerá irremediavelmente as hipóteses de emprego do candidato. O empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se... (AMADO, 2010, p. 179).

¹SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014, p. 9.

²MARTINEZ, Pedro Romano. **Código do trabalho anotado**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 285-286. Art. 102º.

³FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 213-215.

⁴AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 179-181.

⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 213.

⁶GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho: relações individuais de trabalho**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 343-ss.

O **direito à mentira** surgiria, portanto, como o expediente necessário para, em face de uma questão ilicitamente colocada pelo empregador, salvaguardar o direito à privacidade do trabalhador, sem fazer perigar a contratação. Em causa não estaria, para Júlio Gomes, a admissão de um verdadeiro direito a mentir, mas o reconhecimento de um específico direito em razão da matéria proibida sobre a qual incide a questão do empregador⁷. No fundo, não se atribuiria uma posição jurídica subjetiva, mas retirar-se-ia relevância à mentira do ponto de vista de um eventual dolo na formação do contrato, de acordo com um entendimento que remonta ao pensamento de Larenz e Wolf⁸. Em última instância, o comportamento mentiroso do trabalhador poderia ser compreendido como uma forma de reação a uma conduta da entidade empregadora que atentava contra o seu direito de personalidade à privacidade.

A referência aos vícios da vontade a este propósito não é incommum. Monteiro Fernandes relembra que, estando as partes obrigadas a negociar segundo as regras da boa-fé, se impõe a verdade na prestação de informações, sob pena de o negócio poder ser anulável por dolo. O que não significa que não possam haver hipóteses de *dolus bonus - v. g.* o enaltecimento de certas aptidões no *curriculum vitae* -, do mesmo modo que não significa que não se tenham de reconhecer limites à possibilidade de a entidade empregadora obter informações, sob pena de se violarem os direitos de personalidade do candidato. O autor coloca o acento tónico não na atribuição de um eventual direito a mentir, mas na proteção dos direitos do candidato ao posto de trabalho, por um lado, e na formação do contrato, por outro lado, o que nos permite cindir dois núcleos fundamentais de problematidade: no processo formativo do contrato, a entidade empregadora deve respeitar os direitos de personalidade do futuro trabalhador, não violando a sua privacidade; mas a este impõe-se a revelação de factos que sejam essenciais para a formação da vontade negocial, sob pena de esta surgir viciada.

A bipartição a que aludimos é evidenciada pela articulação entre o art. 17º/1 CT e o art. 106º/2 do mesmo diploma, nos termos do qual o trabalhador deve informar o empregador sobre aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral. Se é à luz da boa-fé e das exigências de sentido que ela nos comunica que o dever de informação a que se alude deve ser densificado, isso pode determinar, em certas situações concretas, que o trabalhador tenha de informar a futura entidade patronal acerca de aspetos relativos à sua privacidade.

⁷GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**: relações individuais de trabalho. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 343.

⁸LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts**. Neubearbeitete und erweiterte auflage. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 2004.

Significa isto que não existirá um **direito à mentira**, mas tão-só um direito a reagir contra um ataque ilícito à personalidade do sujeito. A questão que se tem de colocar é se essa possibilidade de reação envolve a possibilidade de apresentar factos inverídicos ou apenas a de encobrir a verdade. A dúvida remete-nos, em certa medida, para o debate filosófico acerca da mentira. Se para Rousseau a mentira implicava a inverdade dita em benefício próprio que causasse um prejuízo a um terceiro, outros autores negaram este entendimento. A verdade devida seria apenas aquela que interessasse à justiça, de tal modo que, fora destas hipóteses, aquele que dissimulasse a verdade ou a silenciasse não mentiria⁹. O conceito de verdade surgiria, assim, assente num referente de sentido a partir do qual as afirmações do sujeito poderiam ser ajuizadas. Já para Kant, ao invés, o princípio da veracidade deveria assumir-se de forma radical. A delimitação da mentira a partir da noção de prejuízo perde sentido para o filósofo alemão, tanto quanto a mentira causa sempre um prejuízo, nem que seja à humanidade compreendida na sua globalidade. Na famosa hipótese de “A” que bate à porta de casa de “B” para saber do paradeiro de “C”, que estava a perseguir para matar, Kant aduz que “B” não deveria mentir. A mentira não se legitimaria nem para salvaguardar um bem superior, nem para afastar um perigo ou inconveniente para o próprio, numa decorrência do próprio imperativo categórico, já que a mentira implicaria o não tratamento do outro como um fim em si mesmo¹⁰. O dilema serviu para a crítica da compreensão kantiana da mentira protagonizada por Benjamin Constant. Para o autor, a verdade absolutizada poria em causa a vida em sociedade. Assim, dizer a verdade só configura um dever em relação a quem tem um direito à verdade. Percebe-se, por isso, que no caso do perseguidor que quer matar alguém, aquela não esteja a ser posta em causa, exatamente porque não havia um direito à verdade da parte de quem colocou a questão, na medida em que não é possível aplicar um princípio geral sem a intermediação de outro intermédio¹¹. A construção não faz sentido no pensamento kantiano. Desde logo, porque, no plano objetivo, a vontade não poderia ficar dependente da vontade, donde a colocar-se a questão ela teria de dizer respeito ao “direito à veracidade” e não à

⁹ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os devaneios do caminhante solitário**. Lisboa: Cotovia, 2007. 4ª Caminhada.

¹⁰KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 11 e 68.

¹¹Cf. REBECQUE, Benjamin-Henri Constant de. **Cours de politique constitutionnelle et collection des ouvrages publiés sur le Gouvernement représentatif**. V. 2. Genève: Slatkin Reprints, 1982. “Das reações políticas”, 1797, capítulo VIII, p. 124-ss. Veja-se, igualmente, KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir. [1797] Tradução de Artur Morão. **LusoSofia**, Covilhã, [entre 2008 e 2020]. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_sobre_um_suposto_direito_de_mentir.pdf.

verdade. Em segundo lugar, porque os princípios jurídicos práticos não podem comportar exceções que aniquilariam a sua universalidade¹².

A posição kantiana padece de um profundo formalismo. De facto, ao não admitir a interpretação do princípio à luz do fundamento que o louva, o autor corre o risco de cair no mais espúrio positivismo e redundar em injustiças várias. Ainda que admitindo a dificuldade prática do ajuizamento em situações limite, do ponto de vista jurídico parece ser claro não ser possível impor um direito a dizer a verdade em todas as situações.

Abusivo parece poder falar-se de um direito à mentira. Do ponto de vista axiológico, ele contrariaria a intencionalidade da juridicidade; do ponto de vista dogmático, porque o direito deve ser entendido como um poder ou uma faculdade de exigir determinado comportamento de outrem, perder-se-ia a estrutura relacional que o mesmo leva implicado.

Mas, desse mesmo prisma jurídico, até porque o direito não conhece a mesma amplitude que a moral, há a necessidade de delimitar as situações em que há um dever de dizer a verdade. E aquelas em que o sujeito pode deliberadamente mentir. Schopenhauer mostra-se certo neste aspeto¹³. Para o autor, a mentira só tem de ser proscrita quando implique a injustiça. Assim sendo, pode lançar-se mão dela nas mesmas hipóteses em que recorreríamos à força para afastar uma agressão iminente. A mentira é, portanto, entendida como legítima nos casos de defesa dos nossos próprios direitos ou mais amplamente quando alguém nos dirija uma pergunta indiscreta que ponha em causa a intimidade e o silêncio pudesse levantar suspeita.

Ora, é exatamente esta ideia que subjaz ao art. 17º/1 CT. Em causa não está a atribuição de um direito a mentir, mas a atribuição de um expediente de defesa contra um ataque ao direito à privacidade. Percebe-se que assim seja: com efeito, há um manifesto desequilíbrio de forças entre os dois futuros contraentes. A situação de dependência do candidato ao posto de trabalho pode determinar que, diante de uma questão intromissiva da pretensa entidade patronal, minta para não se comprometer ou levantar desconfianças. Esta faculdade tem, porém, de ficar confinada às estritas hipóteses de atuação ilícita por parte da

¹²Sobre o ponto, cf. ainda FIGUEIREDO, Nara Miranda de. Sobre o suposto direito de mentir: um paralelo entre Kant, Schopenhauer e Constant e alguns conceitos schopenhauerianos. **Revista Urutágua**, Maringá, n. 7, [ca. 2005], p. 1-9; NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; LOPES, Jorge Luis Carneiro. Kant e a mentira. **Griot Revista de Filosofia**, Amargosa, v. 11, n. 1, jun. 2015, p. 1-ss.; PUENTE, Fernando Rey (Org.). **Os filósofos e a mentira**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

¹³SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral**. Tradução de Maria Lucia Cacciola. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 147-ss.

entidade empregadora¹⁴, não podendo ser justificadas unicamente pela necessidade de ser contratado, até porque, como bem salienta Menezes Cordeiro, não existe um direito à celebração do contrato na fase de recrutamento¹⁵.

Ora, se a possibilidade de não dizer a verdade - omitindo ou mentindo -, que não se confunde com um direito à mentira em sentido próprio, se justifica para salvaguarda do direito à privacidade do trabalhador/candidato em face do comportamento ilícito da entidade recrutadora que, explorando sua situação de supremacia, invade a esfera de direitos de personalidade da sua contraparte negocial, então isso significa que, quando não haja da sua parte um comportamento ilícito, deixa de ser legítima a mentira por parte do futuro trabalhador.

O empregador pode, assim, exigir do candidato a emprego que preste informações relativas à sua vida privada quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho; e que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem.

A densificação dos conceitos indeterminados contidos na norma impõe-se. A entidade empregadora (apenas) pode colocar questões que impliquem a devassa da intimidade da vida do trabalhador quando haja uma ligação direta e funcional com a atividade que irá ser desenvolvida, isto é, quando o conhecimento de tais factos seja imprescindível para avaliar a aptidão do candidato ou quando as particulares exigências da função o determinem. Exige-se, portanto, uma conexão objetiva e funcional¹⁶, que não pode ser ditada só pela subjetividade do empregador. Mas repare-se que essa conexão objetiva e funcional pode ser condicionada pela referida subjetividade, dependendo do desenho concreto da função (para que esteja a contratar) que tenha forjado, que lhe cabe exclusivamente a si.

A este propósito Lígia Santos esclarece que,

[...] relativamente à fórmula legal utilizada na al. “a)” do n. 1 do art. 17º, [...] estão aqui em causa os factos que respeitam à capacidade técnica para executar

¹⁴Num sentido próximo, cf. SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014, p. 107. Falando de um direito à mentira como expediente de *ultima ratio*. Nas palavras da autora, “o candidato só pode prestar informações falsas sobre os seus dados pessoais quando tal seja a única forma de preservar a sua esfera privada e a sua posição negocial”. Veja-se, ainda, MONTOYA MELGAR, Alfredo. **La buena fe en el derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2001, p. 78.

¹⁵CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho I**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 566.

¹⁶Cf. a este propósito CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho I**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 560.

aquela atividade e também os factos que permitem avaliar de uma melhor competência do trabalhador e, por via disso, fundamentar a escolha de um determinado candidato e não de outro. Como podemos verificar, a norma deixa espaço para valorações subjetivas do empregador acerca da aptidão ou melhor aptidão para o exercício da atividade. Todavia, note-se que essas informações a exigir pelo empregador hão de ser necessárias e relevantes para avaliar da respetiva aptidão. Não poderão, portanto, essas valorações subjetivas do empregador apresentar uma mera conexão remota com a atividade a desenvolver. Na verdade, o que está aqui em causa não é uma conexão objetiva com a atividade a desenvolver, mas sim com o contrato de trabalho. (SANTOS, 2014, p. 74).

Mas, em sentido diverso, Menezes Cordeiro entende que “o que seja estritamente necessário e relevante” é matéria que ao empregador cabe decidir, já que “a vida íntima de uma pessoa pode, em qualquer momento, ser conhecida; e sendo-o, pode prejudicar a imagem de uma empresa” (CORDEIRO, 2019, p. 566). cremos que com razão, pelos motivos atrás expostos.

Pergunta-se, porém, se não se poderá ir mais longe. Ou seja, se, para além das situações em que o trabalhador é legitimamente confrontado com uma questão por parte da entidade patronal, devendo responder com verdade, ele não terá o dever de informação espontânea relativamente a certos aspetos da sua vida, que possam inclusivamente dizer respeito à sua privacidade.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

O direito à privacidade está consagrado no art. 80º CC. E integra-se entre o elenco dos direitos que assentam na ideia de dignidade da pessoa humana, sendo, por isso, reconhecido e não atribuído pelo ordenamento jurídico. Nessa medida, independentemente de qualquer proclamação do legislador trabalhista, qualquer trabalhador - por ser pessoa - nunca deixaria de ser titular do direito à privacidade. Nas palavras de Pais de Vasconcelos,

A dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente os vizinhos, ou sejam as autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer outras pessoas. (VASCONCELOS, 2006).

A sua inserção no Código do Trabalho justifica-se pela pressão a que o trabalhador possa estar submetido na relação laboral, que ultrapassa as circunstâncias gerais da vida¹⁷ e que pode motivar especificidades de regime.

Entendido como um direito especial de personalidade, é também visto como elemento integrador do objeto do direito geral de personalidade, previsto no art. 70º CC¹⁸. Não se confundindo com a *privacy* norte-americana¹⁹, o direito diz respeito à faculdade que cada um tem de controlar - não revelando e não permitindo que outros revelem - os mais variados aspetos ligados à sua vida privada.

De acordo com Capelo de Sousa,

A reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica,

¹⁷Neste sentido, cf. CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho I**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 555. Sublinhando que a disciplina especial que encontramos no C. Trabalho só faz, contudo, sentido para as unidades empresariais de grande porte.

¹⁸Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade. In: MELLO, Alberto de Sá e *et al.* **Direito da sociedade da informação**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 249; VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76-ss.; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. I, Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004, p. 90, e CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. IV. Coimbra: Almedina, 2007, p. 254-ss.; SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 318-ss.; PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 64, 1993, p. 479-586; PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 76, 2000, p. 153-ss.

¹⁹Sobre a não confusão entre a *privacy* e a privacidade, cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais**: a construção dogmática do direito à identidade informacional. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais se reivindica um *right to be alone*, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais etc. (cf. p. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados. Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 64, 1993, p. 479-ss. Refira-se, pela importância das questões, que não é possível configurar um direito a ser deixado só no sentido de legitimar comportamentos que atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana, enquanto categoria ética. Ao individualismo alicerçador dessa perspetiva opomos o personalismo e uma conceção do direito na qual ele não pode ser pensado sem o salto para o patamar ético-axiológico. Para uma referência ao problema, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro: a perspetiva juscivilística. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 92, tomo I, 2016, p. 23-ss., e BARBOSA, Mafalda Miranda. Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida. **O Direito**, Coimbra, ano 148º, tomo II, 2016, p. 233. Veja-se, ainda, PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 76, 2000. O autor analisa a concretização que o Tribunal Constitucional faz do direito à reserva da intimidade da vida privada. Ora, desta análise, conclui que a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece “evoluir no sentido de uma restrição do direito à proteção da vida privada a um direito relativo à informação sobre a vida privada”, excluindo-se do seu âmbito o direito à liberdade da vida privada.

sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica, bem como [...] a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, *v. g.* sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva. (SOUSA, 1995, p. 318).

Já Paulo Mota Pinto refere que, no quadro da privacidade, se incluem aspetos como a identidade, dados pessoais como a filiação, a residência, o número de telefone, o estado de saúde, a vida conjugal, afetiva, os afetos, os ódios, os projetos de casamento, de divórcio, a vida do lar, o passado de uma pessoa, a sua situação financeira, as heranças que recebeu, os prémios de jogos que ganhou, os passatempos, os dias e locais de férias, as deformações físicas, os hábitos sexuais, entre muitos outros²⁰.

Talvez tenha sido, exatamente, a multiplicidade de elementos que se integram na tutela da privacidade que levou a doutrina, embora não sem críticas²¹, a distinguir diversas esferas de proteção: a esfera pessoal (a abranger aspetos pessoais, como fotografias, animais domésticos, automóvel que a pessoa guia etc.), a esfera privada (referida a aspetos ligados à pessoa, como os seus gostos ou preferências) e a esfera de segredo (na qual se incluem as informações secretas pela sua natureza - códigos secretos, diários íntimos, história clínica - e as informações secretas por determinação da pessoa - *v. g.* o segredo de confissão)²². Tais esferas de

²⁰PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 64, 1993, p. 479-ss. Cf., ainda, MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota; BARBOSA, Mafalda Miranda. A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 91, 2015, p. 379-422 (volume comemorativo do centenário do BFD), analisando este estudo do autor.

²¹Para um olhar crítico, cf. PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais**: a construção dogmática do direito à identidade informacional. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 477-ss. Cf., igualmente, PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 76, 2000, p. 167, defendendo que ela só faz sentido para efeitos de graduação da gravidade da ofensa.

²²Sobre a teoria das três esferas, cf. HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Boehlau, 1953, p. 216-ss.; SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 319; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. IV. Coimbra: Almedina, 2007, p. 261-ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 80. Pais de Vasconcelos fala em esfera íntima, esfera privada e esfera da vida pública. A primeira compreenderia o que de mais secreto existe na vida da pessoa, que

privacidade são cada vez mais profundas e merecedoras de maior tutela. Nessa medida, auxiliam-nos na tarefa de concretização das possíveis violações da privacidade. Mas há que ter em conta, porém, que a distância entre o que é público e o que é privado é gradativa, ficando dependente das circunstâncias do caso concreto²³. Nas palavras de Pais de Vasconcelos,

A polaridade entre o público e o privado corresponde a uma escala progressiva e gradual, sem quebras de continuidade nem saltos bruscos, entre o que é totalmente privado e vedado ao conhecimento e ao contacto dos outros e o que é completamente aberto e se partilha com toda a gente. É difícil, se não mesmo impossível, estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade. Tudo depende de tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; das necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da via em comum. É a sempre presente dialética entre o eu e os outros, entre o interesse pessoal e o bem comum, entre o subjetivo e o objetivo, entre direito subjetivo e direito objetivo. (VASCONCELOS, 2006, p. 81).

A inequívoca importância do direito à privacidade, por ser nela que o homem encontra o espaço vital de confiança para se desenvolver plenamente, não faz do direito em questão uma posição jus-subjetiva

este nunca ou quase nunca compartilharia com os outros ou que comunga com pessoas muitíssimo próximas; na esfera da privacidade incluir-se-iam aspetos da vida pessoal fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas das duas relações, mas não a desconhecidos ou ao público; a esfera pública albergaria tudo o mais, aquilo a que na vida em relação e na inserção social todos têm acesso. Mais acrescenta o autor que “se há que distinguir estratos, não se encontra justificação para que sejam apenas estes três”. Em **Direito do trabalho I**, p. 557-ss., Menezes Cordeiro adere a uma visão que distingue cinco esferas: esfera pública “própria de políticos, atores, desportistas ou outras celebridades, ela implica uma área de condutas propositadamente acessível ao público, independentemente de concretas autorizações”; esfera individual-social “reporta-se ao relacionamento social normal que as diversas pessoas estabelecem com amigos, colegas e conhecidos; a reprodução de imagens será aí possível, salvo proibição, mas apenas para circular nesse mesmo meio”; esfera privada “tem a ver com a vida privada comum da pessoa: apenas acessível ao círculo da família ou dos amigos mais estreitos, equiparáveis a familiares”; esfera secreta “abrange o âmbito que o próprio tenha decidido não revelar a ninguém”; esfera íntima “reporta-se à vida sentimental ou familiar no sentido mais estreito - cônjuge e filhos; tem uma tutela absoluta” (CORDEIRO, 2019).

²³VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 81-ss. A este propósito, tenha ainda em conta PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 64, 1993, p. 500, alertando para a dificuldade de definir os contornos da privacidade e vincando a importância de forjar um critério que nos afaste da absoluta relatividade. Simultaneamente, rejeita o critério de lugar, sublinhando que há episódios da vida privada merecedores de tutela que podem ter lugar em sítios públicos. Não confere, de facto, relevo à distinção, para estes efeitos, entre vida privada e intimidade da vida privada, além do mais, também por deverem ser incluídos nessa tutela igualmente acontecimentos que hajam decorrido publicamente.

absoluta no sentido de ilimitada. Pelo contrário, conhece limites que resultam da confluência e do possível conflito com outros direitos, por um lado, e, por outro lado, do fundamento axiológico em que se louva.

Significa isto que, porque a privacidade de que se cura é a privacidade da pessoa e não do indivíduo, o direito em questão não serve para recortar um círculo de autismo solipsista. A pessoa, ser em relação, terá de necessariamente confrontar-se com o outro, pelo qual se reconhece como digno, ao qual - nos seus diversos papéis e estatutos - terá de revelar dados da sua privacidade, ou porque o deseja, ou porque tal se torna necessário no quadro da interação societária.

A relação laboral, ao implicar a celebração de um contrato *intuitu personae*, assente numa relação de fidúcia, envolve uma especial relação de confiança entre as partes. De acordo com Lígia Santos,

Esta característica do contrato de trabalho como um *contrato intuitu personae* varia em função de cada relação laboral, sendo mais intenso, por exemplo, o laço fiduciário que liga o empregador à secretária particular. É também o carácter pessoal da relação de trabalho que explica a existência de normas dirigidas à proteção de direitos fundamentais do trabalhador (como os direitos de personalidade), normas essas que não encontramos no Direito das Obrigações. A tutela dos direitos fundamentais do trabalhador está profundamente ligada à temática dos deveres de informação na fase pré-contratual na medida em que nos conduz a uma situação de conflito de interesses. Por um lado, encontramos o interesse do empregador em conhecer todos os factos relevantes para a prestação da atividade laboral, por outro lado o interesse do trabalhador em não revelar quaisquer aspetos da sua vida privada, como forma de se acautelar contra eventuais violações dos seus direitos fundamentais. (SANTOS, 2014, p. 48).

A autora vê na especial proximidade e confiança que o contrato de trabalho suscita o fundamento para uma tutela acrescida da privacidade, dada a maior exposição a que o trabalhador fica sujeito. Contudo, importa não esquecer que é essa mesma relação de confiança que pode determinar a necessidade de o trabalhador revelar certos factos da sua vida privada, sempre que isso tenha impacto na prestação do trabalho. É aqui que a consideração das diferentes esferas a que aludimos pode ser um relevante auxiliar de ajuizamento. De facto, aspetos relativos à afetividade ou à sexualidade parecem ficar de fora do poder de sindicância da entidade empregadora. Mas não imperiosamente, se isso contender com a prestação de trabalho.

Porque o domínio de interação é contratual, cremos ser só a boa-fé a poder iluminar-nos nesta tarefa de definição das fronteiras do que é devido ao trabalhador ou candidato ao emprego revelar à sua entidade patronal, mesmo para além das concretas questões que lhe sejam dirigidas.

4 A BOA-FÉ, OS DEVERES DE INFORMAÇÃO DELA DECORRENTES E O REGIME DO DOLO

Entre os diversos princípios fundamentais de direito civil, encontramos o princípio da boa-fé. Enquanto princípio normativo que impõe aos contraentes um comportamento honesto, leal e correto, a boa-fé dita objetiva faz avultar na relação contratual, bem como nos seus preliminares e mesmo depois da sua extinção, determinados deveres laterais ou de conduta. Entre eles encontramos o dever de informação²⁴. Se, em regra, numa relação entre iguais não se obriga um sujeito a informar o outro acerca das circunstâncias essenciais do negócio, entendendo-se, antes, que cada um deve ser responsável pela sua autoinformação, situações haverá em que as particularidades do caso concreto ditam uma solução contrária. Entre as hipóteses de surgimento de um dever de esclarecimento à luz da boa-fé estão as caracterizadas pelo défice informacional de uma das partes. Não se estranha, por isso, que em domínios marcados pela assimetria de conhecimentos entre as partes o próprio legislador imponha especiais deveres de informação. Pense-se, por exemplo, no domínio da proteção do consumidor ou nas relações bancárias. Sempre que o legislador não se pronuncie, caberá à boa-fé oferecer-nos o padrão normativo de sindicância do que deve ou não ser revelado.

A este propósito, Eva Moreira da Silva diz-nos que o dever de informação surge mediante o cumprimento de três pressupostos: a essencialidade da informação, a assimetria informacional e necessidade de proteção, e a exigibilidade²⁵. A aplicação destes critérios aos casos em apreço permite-nos chegar a algumas conclusões importantes. De facto, se é certo que a entidade patronal é o sujeito economicamente mais forte, não é menos seguro que, no que respeita à vida pessoal do trabalhador, é este - o contraente mais débil - que tem o monopólio informacional²⁶. Ora,

²⁴CORDEIRO, António Menezes; ROCHA, António Manuel da. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

²⁵SILVA, Eva Sônia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 130-ss.

²⁶A ideia de que o trabalhador é a parte economicamente mais débil não colhe para justificar uma solução contrária. Aliás, no ordenamento jurídico português temos hipóteses expressas de deveres de informação que, podendo contender com dados da privacidade do sujeito, são impostos ao contraente economicamente mais débil. Pense-se, por exemplo, na declaração inicial de risco que é imposta ao tomador do seguro.

podem haver informações que sejam essenciais por, ainda que digam respeito à sua privacidade, afetarem de modo significativo a prestação do trabalho para o qual vai ser contratado. Um contraente honesto, leal e correto, mesmo sabendo que sobre esses aspetos o empregador não pode formular questões, deve esclarecer.

Repare-se, aliás, que ao celebrar o contrato a entidade patronal assume diversos riscos. Desde logo, parte dos riscos da vida do trabalhador transitam para a sua esfera, atentas as normas protetivas dos trabalhadores, designadamente no tocante aos regimes de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Em segundo lugar, o empregador assume o risco de, por via contratual, nos termos do art. 800º CC, e por via delitual, nos termos do art. 500º CC, poder ser responsabilizado por um ato do trabalhador. Por último, há que considerar o risco de perturbação dos seus interesses económicos que, se mais sólidos que os do trabalhador, não podem ser, porém, descuidados. Não faz, na verdade, sentido impor a um sujeito a contratação de outro em nome da salvaguarda da privacidade deste se a não revelação de determinados dados compromete o interesse contratual subjacente ao negócio e pode, no futuro, determinar a lesão de interesses e direitos da entidade empregadora.

Situações haverá, portanto, em que a boa-fé impõe que o candidato ao posto de trabalho revele determinados dados da sua privacidade.

Caso tais informações essenciais sejam omitidas pelo candidato, em violação da boa-fé, o negócio poderá ser considerado anulável por dolo, nos termos dos arts. 253º e 254º CC, não colhendo em sentido contrário a eventual invocação de um *dolus bonus*. É que a existência comprovada de um dever de esclarecimento afasta qualquer ideia de normalidade da inverdade a que haja lugar.

Esta é, aliás, a solução que decorre do art. 106º CT.

Assim²⁷, “A”, tuberculoso, ao candidatar-se a um lugar de assistência a idosos num lar, tem o dever de esclarecer a sua entidade patronal acerca do seu problema de saúde; “B”, ao candidatar-se a um lugar de motorista profissional, tem obrigação de esclarecer o futuro empregador que sofre de um problema de alcoolismo crónico; “C”, entidade patronal, abrindo um processo de recrutamento para um lugar de trabalhador da construção civil, tem direito a perguntar à candidata “D” se está ou não grávida. Mas, fora das hipóteses em que a questão se legitima, e mesmo que a natureza do trabalho não ponha em causa a saúde da trabalhadora grávida, esta terá o dever de esclarecer a futura entidade

²⁷Para outros exemplos, alguns próximos destes, cf. a completa análise de SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014, p. 80-ss.

patronal acerca do seu estado se, na entrevista, se aperceber que está a ser contratada pela necessidade de fazer face a um acréscimo de serviço que se prevê agudizar-se no período de licença de maternidade. Do mesmo modo, pode ser essencial informar o empregador sobre as convicções religiosas se o que estiver em causa for, por exemplo, o lugar de catequista e o sujeito for ateu convicto²⁸, bem como ser essencial, dependendo do tipo de emprego para que a pessoa se candidata, a informação relativamente a um processo crime que está pendente.

A convocação do regime do dolo, a este propósito, concita interessantes considerações, igualmente relevantes no que toca ao erro sobre a pessoa do declaratório. Na verdade, entre as condições de relevância do erro-vício e do dolo encontra-se a essencialidade. O erro (e o dolo) tem (têm) de ser essencial(is), isto é, tem (têm) de ser determinante(s) da vontade de celebrar o negócio, ao ponto de se poder afirmar que, sem o erro (ou sem o dolo), o sujeito não teria emitido a declaração negocial, o que mostra que o parâmetro de determinação da essencialidade é subjetivo: é o sujeito que determina o que é que, efetivamente, o levou a contratar ou não²⁹.

²⁸Dando eco das controvérsias acerca do exemplo, cf. SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014, p. 87.

²⁹Sobre o ponto, cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil II**. Coimbra: Almedina, [entre 2002 e 2007], p. 849, sublinhando que a “bitola da essencialidade é subjetiva: cada um determina, livremente, os fatores que o possam levar a contratar”. Acrescenta o autor que “o conhecimento da essencialidade do elemento, por parte do declarante, é, também, um dado subjetivo: ou conhece ou não conhece [...]. Já o dever de conhecer a essencialidade é objetivo: tem natureza normativa. Por princípio, não há qualquer dever de indagar, na contratação, as razões que levam a outra parte a fazê-lo. Pelo contrário: num Mundo cada vez mais invasivo, há boas razões para sustentar que os motivos justificativos de qualquer declaração negocial pertencem ao foro íntimo de cada um, não podendo ser devassados. Apenas em casos muito delimitados e perante os factos circundantes, se poderá dizer que o declaratório não deve ignorar a essencialidade de determinado elemento, para o declarante”. Cf., igualmente, PINTO, Paulo Mota. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no código civil português. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles**. V. IV. Coimbra: Almedina, [2003], p. 44-ss. Cf., para contraste, a disciplina contida no art. 1429º CC italiano. O art. 1428º considera que o erro é causa de anulabilidade se for essencial e reconhecível pelo outro contraente. Não só este preceito se mostra mais gravoso para o declarante que o congénere português (o art. 251º, conjugado com o art. 247º CC), como a essencialidade do erro é aferida em termos objetivos, nos termos do preceito subsequente. O art. 1429º estatui que o erro é essencial quando recaia sobre a natureza ou o objeto do contrato; quando recaia sobre a identidade da prestação ou uma qualidade desta que, de acordo com as circunstâncias, deva ser considerada determinante para a vontade negocial; quando recaia sobre a identidade ou uma qualidade do outro contraente, desde que uma ou outro tenham sido determinantes do consentimento; quando, tratando-se de um erro de direito, é a única causa da celebração do negócio. Veja-se, igualmente, os arts. 1133º e seguintes do Código Civil francês. De acordo com o art. 1132º o erro de fato ou de direito, a menos que seja indesculpável, é uma causa de nulidade do contrato quando diga respeito às qualidades essenciais da prestação devida ou às da contraparte. As características essenciais da prestação são aqueles que tenham sido expressamente ou tacitamente acordadas e em consideração pelas quais as partes

Esta ideia tem de ser compaginada com a proteção que o C. Trabalho dispensa ao candidato ao emprego. De facto, corroborando o que anteriormente se referiu, “o que seja estritamente necessário e relevante” é “matéria que ao empregador cabe decidir”, já que “a vida íntima de uma pessoa pode, em qualquer momento, ser conhecida; e sendo-o, pode prejudicar a imagem de uma empresa”. Dito de outro modo, a entidade empregadora pode assumir determinados aspetos da privacidade do candidato como relevantes para a decisão de contratar e, contra isso, nada poderá obstar. A linha vermelha que não se poderá ultrapassar será apenas uma: a inexistência de qualquer conexão objetiva e funcional - ainda que iluminada pelas exigências de sentido do empregador - com a prestação de trabalho. O que significa, afinal, que a essencialidade do dolo (e do erro), continuando a ser determinada subjetivamente, sofre agora uma limitação decorrente da necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais. Como, aliás, sofre em geral, para evitar formas de discriminação não aceites pelo ordenamento jurídico³⁰.

5 CONCLUSÃO

O candidato a um posto de trabalho não tem um direito a mentir, no sentido próprio do termo, restando-lhe, apenas, a possibilidade de defender o seu direito à privacidade, enquanto direito de personalidade, sempre que ele esteja a ser posto em causa. Sendo os contornos da privacidade fluidos, em função da necessária interação entre esfera pública e privada, a determinação de um concreto atentado à privacidade há de obedecer a uma ideia de necessidade e relevância em função da prestação de trabalho, não havendo domínios sagrados. Se a conexão que se procura é objetiva e funcional, não podemos deixar de ter em conta a determinação subjetiva da prestação do trabalho pelo empregador: a isso somos conduzidos quer pela compreensão dos interesses envolvidos, quer pelo regime do dolo e do erro.

contrataram. Por seu turno, o erro sobre um simples motivo, estranho às qualidades essenciais da prestação devida ou do cocontratante, não é causa de nulidade, a menos que as partes tenham expressamente feito dele uma causa determinante do seu consentimento. Para uma análise comparativa do regime do erro em diversos ordenamentos jurídicos, cf. KRAMER, Ernst A. **Der Irrtum beim Vertragsschluss**: eine weltweit rechtsvergleichend Betandsaufnahme. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, p. 24-ss. Veja-se, igualmente, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Falta e vícios da vontade**: dogmática e jurisprudência em diálogo. Coimbra: Gestlegal, 2020.

³⁰Impensável será, pois, sufragar uma solução como a dispensada em França no caso de inexistências contidas num *curriculum vitae*. Tendo-se considerado que o *curriculum* é um instrumento de publicidade, entendeu-se que caberia à entidade patronal o dever de comprovar qual a medida da realidade e qual a medida da fantasia. Sobre o ponto, referindo-se a este caso, cf. SANTOS, Lúcia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014, p. 55.

Atenta a necessidade de proteger a privacidade, a entidade patronal fica proibida de formular questões, diretamente ou sob a forma de inquérito, sobre ela, exceto nos casos excepcionais por nós referidos: quando certas informações sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho, e quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem.

Esta regra não obsta, porém, a que o próprio candidato ao posto de trabalho não tenha o dever, à luz da boa-fé, de fornecer informações relevantes que digam respeito à sua privacidade. A boa-fé não fica apagada, nem pode ficar, apenas e só porque há uma assimetria de poder entre os contraentes. Ainda que ela seja evidente, importa não esquecer que o trabalhador (ou futuro trabalhador) tem o monopólio da informação no que respeita à sua vida privada, que pode ter impacto no contrato de trabalho, e que este envolve a assunção de diversos riscos para a entidade empregadora.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida. **O Direito**, Coimbra, ano 148º, tomo II, 2016.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro: a perspetiva juscivilística. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 92, tomo I, 2016.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Falta e vícios da vontade**: dogmática e jurisprudência em diálogo. Coimbra: Gestlegal, 2020.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito do trabalho I**. Coimbra: Almedina, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil II**. Coimbra: Almedina, [entre 2002 e 2007].

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. I, Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. IV. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes; ROCHA, António Manuel da. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2017.

FIGUEIREDO, Nara Miranda de. Sobre o suposto direito de mentir: um paralelo entre Kant, Schopenhauer e Constant e alguns conceitos schopenhauerianos. **Revista Urutágua**, Maringá, n. 7, [ca. 2005].

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

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Boehlau, 1953.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KANT, Immanuel. Sobre um suposto direito de mentir. [1797] Tradução de Artur Morão. **LusoSofia**, Covilhã, [entre 2008 e 2020]. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_sobre_um_suposto_direito_de_mentir.pdf.

KRAMER, Ernst A. **Der Irrtum beim Vertragsschluss: eine weltweit rechtsvergleichend Betandsaufnahme**. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts**. Neubearbeitete und erweiterte auflage. 9. Aufl. München: C. H. Beck, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Código do trabalho anotado**. Coimbra: Almedina, 2013.

MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota; BARBOSA, Mafalda Miranda. A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 91, 2015.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **La buena fe en el derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2001.

NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; LOPES, Jorge Luis Carneiro. Kant e a mentira. **Griot Revista de Filosofia**, Amargosa, v. 11, n. 1, jun. 2015.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: AAFDL, 2015.

PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 76, 2000.

PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 64, 1993.

PINTO, Paulo Mota. Requisitos de relevância do erro nos princípios de direito europeu dos contratos e no código civil português. *In*: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles**. V. IV. Coimbra: Almedina, [2003].

PUENTE, Fernando Rey (Org.). **Os filósofos e a mentira**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

REBECQUE, Benjamin-Henri Constant de. **Cours de politique constitutionnelle et collection des ouvrages publiés sur le Gouvernement représentatif**. V. 2. Genève: Slatkin Reprints, 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os devaneios do caminhante solitário**. Lisboa: Cotovia, 2007.

SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. 2014. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Braga, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral**. Tradução de Maria Lucia Cacciola. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA, Eva Sônia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade. *In*: MELLO, Alberto de Sá e *et al.* **Direito da sociedade da informação**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SOBRE OS PIQUETES DE GREVE: entre Mike Tyson e Mahatma Gandhi

ABOUT THE STRIKE PICKS: between Mike Tyson and Mahatma Gandhi

AMADO, João Leal*

1 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Meio de pressão e meio de expressão dos trabalhadores assalariados. Meio de luta pelas suas reivindicações e meio de afirmação da sua dignidade e da sua cidadania. Sintoma inequívoco de democracia, pois as ditaduras tendem a conviver mal com a rebeldia que a caracteriza. Mecanismo de autotutela e de insubmissão, meio de os trabalhadores causarem prejuízos a outrem (desde logo ao empregador) à custa do seu próprio prejuízo (sacrifício do salário), a greve tem, não raro, sido equiparada à guerra. É uma equiparação que, até certo ponto, se compreende. Na greve como na guerra temos um conflito, definem-se estratégias e afinam-se táticas, utiliza-se a propaganda e a pressão psicológica, existem piquetes, por vezes até sentinelas e espiões, quando não “fura-greves”, quais desertores. Mas é uma equiparação relativamente à qual convém ter as devidas cautelas metodológicas, desde logo porque, ao contrário do que sucede na guerra, na greve busca-se apenas derrotar - e não exterminar - o inimigo.

Relembrem-se, a este propósito, as sábias palavras de Jorge Leite:

É corrente dizer-se que o fenómeno da greve é rebelde à sua apreensão e à sua disciplina pelo direito. Muitos autores consideram mesmo inevitável a sua analogia

*Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

com outros fenómenos de ruptura, incluída a guerra. Sem dúvida que a greve se analisa numa forma de pressão para atingir determinados objetivos não atingidos, ou dificilmente alcançáveis, por outros meios. Pensa-se, porém, que a aproximação deste fenómeno com a guerra ou outros meios de força (rebelião sem armas, como, por vezes, se designa) é susceptível de perturbar a sua verdadeira dimensão e de ocultar a sua razão de ser. Saliente-se, antes de mais, que, diferentemente do que sucede com a guerra (ofensiva), o fenómeno da greve não se traduz em qualquer agressão contra as pessoas ou o património, não se analisa num comportamento ativo, mas numa omissão - o trabalhador recusa ao empregador, temporariamente, a disponibilidade da sua força de trabalho. Acresce que a greve, juridicamente assumida como direito, é apenas uma forma de compensar o desequilíbrio de poder entre o empresário e os trabalhadores, desequilíbrio que lhe permite ditar as suas 'leis', impor as suas condições, forçar a aceitação dos economicamente mais frágeis. Sendo esta a razão de ser, o fundamento racional do reconhecimento da greve como direito, não se percebe porque há-de assemelhar-se à guerra a recusa das condições de trabalho impostas e não a imposição destas condições. 'Entre o fraco e o forte' a greve (pacífica) não será, afinal, apenas um instrumento que liberta? Um espaço de autodeterminação num território de opressão? Equipará-lo à guerra - fenómeno de violência e de destruição - não será uma forma de lhe associar um sentido negativo, com ocultação das suas causas e até do sentido de justiça a que, em regra, a greve nos convoca? (LEITE, 1994, p. 33-34).

Vale aqui, sem dúvida, a célebre frase de Bertolt Brecht: "Do rio que tudo arrasta, diz-se que é violento. Mas ninguém chama violentas às margens que o comprimem". Pelo exposto, e mais do que à guerra, talvez a greve possa ser assimilada, com propriedade, a uma espécie de "rebelião sem armas", análoga a outros fenómenos de ruptura, como a resistência ou a necessidade, por exemplo¹.

Hoje, a greve não é mais vista como um crime ou um delito. Não é mais vista como uma mera liberdade ou faculdade, relativamente à qual o ordenamento jurídico assumiria uma postura de tolerância e con-temporização. Hoje a greve consiste num direito e, mais do que isso, num

¹A este propósito NEVES, António Castanheira. **Considerações a propósito do direito à greve**. In: JORNADAS LUSO-HISPANO-BRASILEIRAS DE DIREITO DO TRABALHO, 4., 1986, Coimbra. **Temas de direito do trabalho**: direito do trabalho na crise, poder empresarial, greves atípicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 449.

direito fundamental dos trabalhadores que laboram em moldes hetero-determinados. “É garantido o direito à greve”, lê-se, sem margem para dúvidas, no n. 1 do art. 57.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). E o n. 2 acrescenta, em termos enfáticos: “Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito” (PORTUGAL, 1976).

Trata-se, como se vê, de formulações normativas fortes, que pretendem afirmar e salvaguardar este tão singular direito - quer em face do empregador², quer em face do próprio legislador -, reconhecendo-lhe o estatuto jusconstitucional de direito, liberdade e garantia dos trabalhadores³. Mas não se trata, evidentemente, de um direito absoluto ou ilimitado, que sobre todos os outros deva prevalecer e todos os outros deva sacrificar ou esmagar. A CRP é, outrossim, inequívoca quanto a este ponto, lendo-se no n. 3 do mesmo art. 57.º:

A lei define as condições de prestação, durante a greve, de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para ocorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. (PORTUGAL, 1976).

2 OS PIQUETES DE GREVE: por quê?

A greve consiste, como é sabido, num direito de estrutura complexa, em que se mesclam dimensões individuais e coletivas. Sendo a greve, por definição, um fenómeno essencialmente coletivo e grupal, produto da solidariedade dos trabalhadores, a mesma participa também, irrecusavelmente, de dimensões individuais. Num primeiro momento, o momento da decisão da greve, avulta a dimensão coletiva, visto que a greve terá de ser decidida e declarada por estruturas de representação coletiva dos trabalhadores - em regra, as associações sindicais, nos termos do art. 531.º do CT⁴. Mas, como é sabido, os sindicatos podem decidir,

²No plano individual, a greve suspende o contrato de trabalho de trabalhador aderente, incluindo o direito à retribuição e os deveres de subordinação e assiduidade. Mantêm-se, contudo, os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho (por exemplo, os deveres de não concorrência e de sigilo a cargo do trabalhador), contando o período de suspensão para efeitos de antiguidade - *vd.*, a este propósito, o disposto no art. 536.º do Código do Trabalho (CT).

³A que se soma, recorde-se, a expressa proibição constitucional do *lock-out* (n. 4 do art. 57.º), vincando a rejeição de um qualquer suposto “princípio de igualdade de armas dos parceiros sociais” nesta matéria. Sobre o conceito de *lock-out* e a responsabilidade penal emergente da violação da proibição constitucional, *vd.* os arts. 544.º e 545.º do CT.

⁴A assembleia de trabalhadores da empresa também pode deliberar validamente sobre o recurso à greve, mas os requisitos muito apertados estabelecidos na lei (n. 2 do art. 531.º) para que isso possa suceder quase remetem essa hipótese para o domínio do académico.

podem declarar, podem pré-avisar, podem convocar, mas os sindicatos não podem **fazer** a greve. Num segundo momento, no momento da adesão ou não à greve antes decidida, a dimensão individual deste direito surge cristalina: ao trabalhador, a cada trabalhador, compete escolher entre aderir ou não aderir à greve, em condições de total liberdade, sendo nulo, nos termos do art. 540.º do CT, qualquer ato que implique coação, prejuízo ou discriminação do trabalhador por motivo de adesão ou não à greve⁵.

Esta liberdade individual de adesão ou não à greve previamente declarada pela associação sindical representa, para o nosso ordenamento, um valor, dir-se-ia, quase sagrado. Seja o trabalhador filiado no sindicato que declarou a greve ou não o seja, ou seja mesmo filiado em outro sindicato, ele deve poder escolher livremente, ele deve poder decidir, sem sujeição a quaisquer pressões ou constrangimentos, se adere ou se não adere àquela concreta greve. A decisão é, pois, irrecusável e estruturalmente individual⁶. Mas a decisão não terá de ser tomada solitariamente, sem diálogo, sem troca de ideias, sem informação e sem esclarecimento sobre as razões e os propósitos da greve. O nosso ordenamento jurídico é inequívoco a este respeito, lendo-se no art. 533.º do CT:

A associação sindical ou a comissão de greve pode organizar piquetes para desenvolverem actividades tendentes a persuadir, por meios pacíficos, os trabalhadores a aderirem à greve, sem prejuízo do respeito pela liberdade de trabalho de não aderentes. (PORTUGAL, 2009).⁷

⁵O direito à greve consiste, assim, num **direito individual de exercício coletivo**, isto é, num direito de que é titular o trabalhador, cada trabalhador, mas cujo exercício se realiza em necessária cooperação ou conjugação com outros titulares de idêntico direito - neste sentido, LEITE, Jorge. **Direito do trabalho**. V. I. Coimbra: Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 1998, p. 134-135.

⁶O que, reconheça-se, legitima a atuação do “fura-greve”, como bem nota Márcio Túlio Viana. Por isso mesmo, este autor rejeita a natureza da greve como “direito individual exercido coletivamente”, preferindo concebê-la como “um direito coletivo, que cada indivíduo pode e deve exercer, integrando-se ao grupo”. Referindo-se ao “fura-greve”, escreve o autor: “Ao exercer o seu suposto direito, ele dificulta ou inviabiliza o direito real da maioria. O que faz não é apenas trabalhar, mas atrapalhar o movimento. Ele realmente **fura** a greve, como se abrisse um buraco num cano de água. Tal como o grevista, o fura-greve fala: põe em xeque o movimento, denuncia a própria greve. Mas ao **resistir à resistência**, revela dupla submissão. Ele **luta contra os que lutam** por um novo e maior direito”. (VIANA, 2017, p. 46-47).

⁷Na opinião de Rosário Palma Ramalho, “os piquetes de greve são uma figura com um belicismo latente, que a lei acolheu” (2012, p. 461). A autora considera ainda que a admissibilidade expressa dos piquetes de greve na lei é um traço de grande singularidade do nosso sistema juslaboral, mas o certo é que, como observa Monteiro Fernandes, a prática dos piquetes de greve é hoje geralmente admitida nos sistemas jurídicos que acolhem o direito de greve, em particular na Europa (FERNANDES, António Monteiro. **A lei e as greves**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 58-60). E também no Brasil são permitidos os chamados “piquetes de convencimento”, isto é, os piquetes pacíficos, que funcionem como instrumento de persuasão, sem impedir os trabalhadores de prestar trabalho e sem danificar bens da empresa - por todos, MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 101-104.

Compreende-se que assim seja. A lei, procurando cumprir a sua missão de garantir o direito à greve, reconhece a faculdade sindical de constituição, organização e atuação de piquetes de greve, em ordem a que os trabalhadores possam ser devidamente informados sobre os motivos e os objetivos da greve, sempre e quando a atividade destes piquetes se processe de forma pacífica e com respeito pela liberdade de trabalho daqueles que optarem por não aderir. Trata-se, na ordem prática das coisas, de uma figura com enorme importância, no que à greve diz respeito. Nas certas palavras de Bernardo Lobo Xavier,

Com efeito, quer pela evidente necessidade de informação quer para compensar o condicionamento patronal relativamente à prestação do trabalho, a lei garante a possibilidade de constituição de piquetes, que representam um elemento importantíssimo de pressão psicológica e de garantia prática do exercício da greve. Cremos que as greves seriam completamente diferentes se fosse eliminada a faculdade sindical de organizar piquetes: na verdade, os piquetes são uma componente essencial do exercício da greve. (XAVIER, 2018, p. 167).

Também nos parece que assim é: os piquetes são uma componente essencial do exercício da greve. A greve é um direito fundamental dos trabalhadores. À lei compete, entre outras, a função de garantir o livre exercício desse direito fundamental, no seio de uma relação de poder estruturalmente assimétrica, como é a relação de trabalho. E a nossa lei procura garantir o livre e esclarecido exercício desse direito através de diversos mecanismos dinamizadores da greve, entre os quais avulta, justamente, a faculdade sindical de constituir piquetes de greve, em ordem a esclarecer os trabalhadores e a tentar persuadi-los a aderirem ao movimento grevista.

A decisão de cada trabalhador, repete-se, é uma decisão livre e individual, que não tem de ser **solidária**, não tem de se submeter à vontade do grupo, do coletivo, da maioria, do sindicato, do piquete. Mas a decisão não tem de ser **solitária**, no sentido em que a lei autoriza que o sindicato constitua piquetes que, atuando por meios pacíficos, através da informação, do diálogo e da persuasão, procurem convencer o trabalhador da justiça da greve e levá-lo a optar por aderir à mesma.

3 PIQUETES DE GREVE: onde?

Neste quadro, surge, por vezes, a questão: onde é que os piquetes de greve poderão exercer a sua missão? Será admissível a presença de

piquetes de greve nas instalações da empresa e nos locais de trabalho? Ou os piquetes de greve apenas poderão atuar fora das instalações da empresa, quiçá à porta da mesma, mas sem poder ultrapassar essa fronteira, em homenagem ao direito de propriedade do empregador⁸?

Pela nossa parte, e encurtando razões, diremos que, em bom rigor, esta nos parece ser hoje uma falsa questão. À pergunta “onde é que a missão do piquete de greve pode ser desempenhada?”, a resposta, cremos, só pode ser uma: tal missão poderá ser desempenhada lá onde haja trabalhadores abrangidos pela declaração de greve e potencialmente aderentes à mesma; se esses trabalhadores estiverem no interior das instalações da empresa, pois será aí que o piquete terá de atuar, sempre dentro dos limites legais, vale dizer, por meios pacíficos e com absoluto respeito pela liberdade de trabalho daqueles que, a despeito dos esforços de persuasão do piquete, optarem por não aderir à greve.

Em tese, a ponderação dos diversos interesses aqui em presença encontra-se feita, de forma clara, pelo nosso ordenamento jurídico. Repete-se: estamos a lidar com um direito fundamental, com o estatuto constitucional de um direito, liberdade e garantia. Mas, como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira,

O direito à greve não justifica ações que se traduzam numa violação da liberdade de trabalho dos não grevistas, no encerramento das instalações ou no sequestro de pessoas. Os trabalhadores em greve têm o direito de tentar persuadir todos os trabalhadores a aderir à ação coletiva (‘piquetes de greve’), mas não podem forçar ninguém a fazê-lo. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 754).

Pela nossa parte, diríamos: é isto mesmo, sem tirar nem pôr! A associação sindical, através dos piquetes de greve, tem o direito de tentar persuadir todos os trabalhadores a aderir à ação coletiva, conquanto não possa forçar ninguém a fazê-lo. Ora, para tentar persuadir todos os trabalhadores a aderir à greve, é óbvio que a ação dos piquetes não pode ser confinada, por decisão do empregador, ao espaço exterior à empresa. Essa ação deve poder ser desenvolvida no exterior e/ou no interior das instalações da empresa, contanto que sejam respeitados os limites traçados pelo art. 533.º do CT: utilização de meios pacíficos, atuação de índole meramente informativa e persuasiva, escrupuloso respeito pela opção de não adesão eventualmente tomada pelos trabalhadores.

⁸Para uma perspectiva sintética sobre os termos do problema, mas sem opinar, ABRANTES, José João. **Direito do trabalho II (direito da greve)**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 86-87.

Reiteramos que, salvo o devido respeito pelas opiniões contrárias, esta nos parece ser mesmo uma falsa questão, ao menos *de jure constituto*. Com efeito, nada na lei (nem na sua letra nem na sua *ratio*) legitima uma limitação espacial para o exercício das funções do piquete de greve, que circunscreva a atuação deste ao espaço externo ou limítrofe às instalações da empresa. Acresce que:

i) uma tal limitação espacial encontrava-se prevista no primeiro diploma regulador da greve subsequente à Revolução de Abril - o Decreto-Lei n. 392/1974, de 27 de agosto -, no qual se permitia aos grevistas a formação de “piquetes externos com vista a assegurar que o trabalho não seja exercido por trabalhadores estranhos à empresa” (art. 7.º, n. 2), bem como o direito de desenvolverem atividades que visem persuadir pacificamente a obtenção de adesão à greve dos trabalhadores que à mesma não hajam aderido, atividades essas que, porém, não poderiam ser exercidas no interior do estabelecimento (art. 13.º). Acontece que este diploma vigorou pouco tempo, tendo sido revogado e substituído pela chamada “Lei da Greve” (Lei n. 65/1977, de 26 de agosto), depois pelo CT de 2003 e depois pelo CT de 2009. E em nenhum destes diplomas se encontra qualquer vestígio das disposições limitativas que, nesta matéria, constavam do Decreto-Lei n. 392/1974, em nenhum deles se circunscreve a atuação dos piquetes ao espaço exterior à empresa...;

ii) por outro lado, merece ainda registo, tal como assinala Monteiro Fernandes, que, no processo parlamentar conducente à aprovação da supramencionada “Lei da Greve”, tenha chegado a ser apresentada pelo PSD uma proposta no sentido de os piquetes só poderem atuar “fora das instalações da empresa”, proposta essa que veio a ser votada e rejeitada pela maioria dos deputados⁹. Ou seja, o elemento histórico de interpretação (a história evolutiva da figura dos piquetes de greve e os trabalhos preparatórios da lei) não deixa margem para dúvidas a este respeito: o diploma de 1974 apenas autorizava os “piquetes externos”, mas o diploma de 1977 eliminou essa restrição (numa orientação mantida pelos Códigos de 2003 e 2009), sendo que chegou a ser apresentada no parlamento uma proposta que reiterava tal restrição, proposta que, todavia, foi rejeitada pela Assembleia da República...¹⁰;

⁹FERNANDES, António Monteiro. **A lei e as greves**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 61, n. 10.

¹⁰Recordem-se, a este propósito, os ensinamentos de Baptista Machado quanto à importância do elemento histórico de interpretação. Escreve o autor, com inteira pertinência para a questão em apreço: “As mais das vezes a norma é produto de uma evolução histórica de certo regime jurídico, pelo que o conhecimento dessa evolução é susceptível de lançar luz sobre o sentido da norma, pois nos faz compreender o que pretendeu o legislador com a fórmula ou com a alteração legislativa introduzida”. E acrescenta: “Muitas vezes, o cotejo da fórmula finalmente adotada e promulgada como lei com as fórmulas propostas nos projetos, nas emendas, propostas, etc., é de

iii) a Procuradoria-Geral da República teve também ocasião de emitir um importante parecer sobre a matéria, em 29 de junho de 1978 (Relator Ferreira Ramos), em cujo sumário se pode ler que (n. 4): “A presença de um piquete de greve no acesso às instalações ou no interior destas, não é, só por si, ilícita, sendo-o, porém, se e na medida em que ofenda ou entrave a liberdade de trabalho dos não aderentes” (PORTUGAL, 1978). Conclusão esta que, cremos, se mostra em perfeita consonância com o nosso atual ordenamento jurídico;

iv) este mesmo tem sido o entendimento perfilhado pela escassa jurisprudência que tem sido chamada a debruçar-se sobre o assunto, em especial o Acórdão da Relação de Coimbra, de 4 de dezembro de 1979, e o Acórdão da Relação de Lisboa, de 23 de janeiro de 2002 (Adelino Salvado), em cujo sumário pode ler-se: “I. A presença de um piquete de greve no interior das instalações da empresa, não é susceptível de, só por si, ser qualificada como ilícita; II. Essa não ilicitude não confere aos dirigentes sindicais o direito de, sem comunicação prévia à entidade patronal, introduzirem-se nas instalações desta para ali se integrarem naquele piquete”; por último, o Acórdão da Relação de Évora, de 15 de novembro de 2018 (Paula do Paço), no qual se conclui que, “em abstrato, a lei não rejeita que o piquete de greve exerça a sua ação, por meios pacíficos, dentro das instalações da empresa”, ainda que o aresto remeta para uma ponderação casuística dos interesses em presença, em ordem a avaliar se, no caso concreto, a entidade empregadora pode ou não impedir o acesso dos piquetes de greve ao interior das suas instalações.

Em suma, tanto o elemento gramatical de interpretação (a letra da lei não assimila os piquetes de greve a “piquetes externos”) como o elemento racional ou teleológico (permitir o cabal desempenho da função de persuasão dos demais trabalhadores), bem assim como o elemento histórico (a evolução histórica do regime jurídico da greve, no que aos piquetes diz respeito, incluindo a rejeição da proposta limitativa apresentada pelo PSD), todos estes fatores hermenêuticos convergem no sentido de que as associações sindicais têm o direito de constituir e organizar piquetes de greve, sendo que estes têm o direito de desenvolver a sua atividade fora ou dentro das instalações da empresa, contanto que respeitem os limites estabelecidos no art. 533.º do CT: atuação por meios pacíficos, de índole persuasiva e com absoluto respeito pela liberdade de trabalho daqueles que não se deixem persuadir.

grande valia para definir a atitude final e a opção do legislador, servindo, assim, para afastar interpretações que se devem considerar rejeitadas (pelo mesmo legislador) justamente pelo facto de ele ter alterado a fórmula do projeto, ter recusado a sua adesão a uma proposta de emenda ou ter considerado impertinente uma crítica movida ao texto submetido a votação” (MACHADO, 1989, p. 184-185). Não nos parece, pelo exposto, que faça qualquer sentido ignorar os dados fornecidos pelo elemento histórico de interpretação e procurar descortinar na lei aquilo que nela não está: a limitação da atividade dos piquetes ao espaço externo à empresa.

Note-se que, assim sendo, o piquete de greve poderá ir além do permitido e extravasar os limites legais, quer atue fora quer dentro das instalações da empresa, assim como o piquete poderá respeitar esses limites legais, mesmo atuando dentro da empresa. Com efeito, se, por exemplo, o piquete de greve se colocar no exterior da empresa, à porta da mesma, e bloquear o acesso aos trabalhadores ou fornecedores, decerto atuará ilegalmente; de outra banda, se o piquete atuar no interior da empresa, porventura utilizando os espaços em que os trabalhadores habitualmente se reúnem e convivem, divulgando as razões da greve, dialogando com os trabalhadores presentes (e, quiçá, hesitantes quanto à adesão ou não) e respeitando a sua decisão, decerto a atuação do piquete será lícita e imaculada¹¹.

Em suma, pela nossa parte diríamos que, para o ordenamento jurídico, a questão pertinente, no que aos piquetes de greve diz respeito, não é a do **onde**, mas a do **como**: pouco importa, ou não importa mesmo nada, se o piquete atua no interior ou no exterior das instalações da empresa; importa, sim, o modo como atua, a forma, pacífica ou não, persuasiva ou não, respeitadora ou não, como os seus membros atuam em relação aos trabalhadores. Utilizando a sempre sugestiva terminologia brasileira, dir-se-ia que a lei admite os “piquetes de convencimento”, mas não os “piquetes obstativos”¹².

Vale dizer: não interessa *where*, não interessa se está *in* ou se está *out*; interessa, isso sim, *how*! Nas palavras de Monteiro Fernandes a este respeito, que na íntegra subscrevemos,

O próprio sentido **persuasivo** da função dessas equipes de intervenção pode implicar a necessidade do seu exercício no interior das instalações da empresa ou estabelecimento. É o caso de existirem locais próprios

¹¹O critério de (in)admissibilidade, é, pois, o mesmo, como bem observa Monteiro Fernandes: “Em quaisquer circunstâncias, dentro ou fora da empresa, o piquete incorre em ilegalidade - porventura criminalmente relevante - sempre que exerça coação moral ou física sobre trabalhadores, sem falar na prática de abusos como a fiscalização e/ou obstrução de entradas e saídas de pessoas e materiais, ou ainda o impedimento físico da laboração que possa ser assegurada pelos que se mantêm ao serviço” (FERNANDES, 2013, p. 62).

¹²Como pondera Ronald Amorim e Souza, “o piquete se deve tomar, pois, como medida suasória, como oportunidade de trabalhar emocionalmente o colega que não se manifeste favorável à deflagração do movimento ou discorde dos métodos”. E o autor acrescenta: “Tudo não pode passar do nível do razoável para que não se transforme uma oportunidade de diálogo em instrumento de coação moral, de intimidação física ou do risco de dano a patrimônio do próprio empregado” (SOUZA, 2004, p. 94). Isto, sim, é aquilo que interessa do ponto de vista jurídico, e não a questão de saber se os membros do piquete exercem essa faculdade de diálogo fora ou dentro das instalações da empresa. Aliás, a atuação do piquete na via pública, ocupando ruas e passeios, pode também suscitar problemas de compatibilização com o direito de livre circulação de terceiros, estranhos à empresa - a propósito, *vd.* MALLET, Estêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 72-73.

para o encontro e convívio dos trabalhadores. Em geral, e no plano teórico, nada parece obstar a que os piquetes permaneçam e circulem dentro dos locais de trabalho. (FERNANDES, 2013, p. 61).

Nem se alegue, como faz alguma doutrina, que os membros do piquete de greve não gozariam do direito de aceder às instalações da empresa porque o respectivo contrato de trabalho se suspendeu com a adesão à greve e, com tal suspensão, esses trabalhadores teriam perdido o título de acesso às instalações pelo tempo que durasse a greve¹³. Salvo o devido respeito, estamos convictos de que esta observação não procede, por uma simples mas decisiva razão: é que aqueles trabalhadores da empresa, membros da brigada ou equipa de intervenção organizada pela associação sindical que convocou a greve, não são meros trabalhadores em greve com o contrato suspenso, são muito mais do que isso, eles são membros do piquete de greve, previsto e legitimado pelo art. 533.º do CT, tendo por função legal a tentativa de persuadir os restantes trabalhadores a aderirem à greve; e, logicamente, se esses trabalhadores se encontrarem no interior das instalações da empresa, é lá mesmo, e não alhures, que os membros do piquete de greve terão de tentar cumprir a sua missão.

É, pois, nessa qualidade de membros do piquete de greve, e não na de trabalhadores em greve e com o contrato suspenso, que os elementos do piquete se apresentam perante a entidade empregadora. Destarte, o título jurídico de acesso ao estabelecimento, por parte dos membros do piquete, existe e está na lei, justamente no art. 533.º do CT, contanto que o mesmo não seja interpretado restritivamente. E, reiteramos, nada na lei - nem a sua letra, nem a sua *ratio*, nem a sua história (incluindo, como vimos, o precedente legislativo revogado e a proposta legislativa rejeitada), nem a jurisprudência ao seu abrigo formada - legitima semelhante interpretação restritiva, nos termos da qual os piquetes de greve apenas poderiam desenvolver a sua ação fora, mas já não dentro, das instalações da empresa¹⁴.

¹³Neste sentido, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Parte III. Coimbra: Almedina, 2012, p. 463.

¹⁴Interpretação esta que, para sermos francos, nos parece traduzir algum preconceito ideológico em relação à figura dos piquetes de greve (os piquetes como “óbvio mecanismo de pressão sobre o empregador e sobre os trabalhadores da empresa”, como “figura com um belicismo latente” ou “mesmo patente” etc.), o qual, cremos, não se mostra em sintonia com a “configuração delicada e pacífica - para não dizer idealizada” (tomando de empréstimo as palavras de FERNANDES, 2013, p. 56) da ação dos piquetes acolhida pela nossa lei. Registe-se ainda, nesta matéria, a posição de Pedro Romano Martinez, autor que, depois de dedicar algumas páginas à questão, não deixa de concluir que deverá “partir-se do pressuposto de que os piquetes de greve, compostos por trabalhadores da empresa, podem atuar no interior desta, mas dentro dos limites apresentados. Nomeadamente, é-lhes vedado prejudicar o trabalho daqueles que não quiserem aderir à greve” (MARTINEZ, 2019, p. 1254).

4 CONCLUSÃO

Tendo em conta o exposto *supra*, é óbvio que, se a entidade empregadora proibir os membros do piquete de entrar nas instalações da empresa, essa entidade empregadora estará a criar entraves injustificados à atuação do piquete e, nessa medida, estará a dificultar o exercício dos direitos da associação sindical que convocou a greve e organizou o piquete¹⁵.

A greve é um direito fundamental dos trabalhadores, um direito que pode ser exercido mediante decisão das respectivas associações sindicais, sendo que estas têm o direito, expressamente reconhecido por lei, de organizar piquetes para os fins supramencionados. A associação sindical que convoca a greve pode organizar piquetes de greve para tentar, através do esclarecimento e da informação dos trabalhadores, exponenciar as adesões à mesma e, por essa via, aumentar as chances de atingir os objetivos visados pela greve. Ora, se aos membros do piquete, se àquela brigada ou equipa de intervenção legitimamente constituída pela associação sindical, for proibida a entrada nas instalações da empresa e, assim, for impedido ou dificultado o respetivo contato com os demais trabalhadores, então é manifesto que se estará perante uma violação do disposto no art. 405.º do CT, norma destinada a proteger a autonomia e independência das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores¹⁶, bem como a salvaguardar o exercício dos seus direitos.

Lê-se, a este propósito, no n. 2 do art. 405.º do CT:

Sem prejuízo das formas de apoio previstas neste Código, os empregadores não podem, individualmente ou através das suas associações, promover a constituição, manter ou financiar o funcionamento, por quaisquer meios, de estruturas de representação coletiva dos trabalhadores ou, por qualquer modo, intervir na sua organização e gestão, assim como impedir ou dificultar o exercício dos seus direitos. (PORTUGAL, 2009).

Reitere-se a parte nuclear da norma, para o que agora nos interessa: **os empregadores não podem impedir ou dificultar o exercício dos direitos das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores**. Ora, é justamente isso que sucede na hipótese de se verificar uma sumária interdição patronal de acesso às instalações da empresa dirigida aos membros do piquete de greve organizado pela associação sindical,

¹⁵Registe-se, ademais, que a entrada do piquete nas instalações da empresa também permitirá que os seus membros verifiquem se não houve, no caso, qualquer prática patronal de substituição dos grevistas por outros trabalhadores, assim garantindo o respeito da proibição vertida no art. 535.º do CT.

¹⁶O elenco das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores encontra-se previsto, em moldes não taxativos, no art. 404.º do CT, entre as mesmas avultando, claro, as associações sindicais.

interdição que acaba por amputar os piquetes de greve de uma importante parcela da sua potencial atividade persuasiva.

É óbvio que, nas palavras de Pedro Romano Martinez,

Da parte do empregador pode haver interesse em opor-se à entrada do piquete de greve na empresa, visto que, se alguns trabalhadores não aderirem à greve, a entidade patronal, em princípio, não pretende que eles sejam persuadidos a abandonarem o trabalho. (MARTINEZ, 2019, p. 1253).

Sem dúvida que esse será, em princípio, o interesse da entidade patronal, mas o problema é que, como vimos, o nosso ordenamento jurídico dá primazia aos interesses ligados ao exercício do direito à greve, autorizando que os piquetes tentem persuadir os trabalhadores em causa a aderir a essa mesma greve. Decisão esta, repete-se, individual, de cada trabalhador, mas decisão que não tem de ser solitária, podendo resultar de um processo dialógico promovido pelo piquete de greve.

Na verdade, o nosso ordenamento mostra-se, a um tempo, bastante generoso para com os piquetes de greve, não circunscrevendo a sua atuação ao espaço exterior à empresa, mas também bastante exigente para com esses piquetes, pois coloca limites inultrapassáveis à sua atividade: utilização de meios pacíficos, tendo por escopo persuadir os trabalhadores, com respeito absoluto pela liberdade de trabalho dos não aderentes. Trata-se, como já foi assinalado, de uma configuração delicada e pacífica, quiçá mesmo idealizada e um tanto romântica, dos piquetes de greve. E é outrossim verdade que, na ordem prática das coisas, num fenómeno intrinsecamente (e, por vezes, intensamente) conflitual como é o grevista, admitir piquetes no interior das instalações, com a inerente proximidade física dos respectivos membros e dos trabalhadores que, apesar da greve, se deslocaram para a empresa, potencia os riscos de conflito e de emprego de meios coativos por parte do piquete, tendentes a pressionar ou intimidar os trabalhadores a modificarem a sua posição e a virem a aderir à greve¹⁷.

Nada disto, porém, serve para desautorizar a presença dos piquetes no interior da empresa. Tudo isto serve, isso sim, para demonstrar que os membros do piquete, embora disponham de bastante latitude para exercer a sua missão, terão de estar particularmente atentos à linha fina que, na prática, muitas vezes se estabelece entre persuadir e coagir, entre convencer e constranger, entre dialogar e ameaçar, entre respeitar e intimidar, entre meios pacíficos de persuasão e meios musculados de pressão. E se a ação do piquete redundar em coação sobre trabalhadores

¹⁷Neste sentido, Monteiro Fernandes, autor que, ainda assim, conclui que esses riscos não bastam para excluir juridicamente os piquetes “internos” (2013, p. 61).

por motivo de não adesão à greve, tal ato será nulo, nos termos do art. 540.º, n. 1, do CT, podendo ainda dar azo a responsabilidade penal, nos termos do art. 543.º do CT (para além da eventual responsabilidade civil por ato ilícito, nos termos gerais). Dir-se-ia, em suma, que **os membros dos piquetes de greve poderão pensar e sentir como Mike Tyson, mas terão de falar e agir quase como Mahatma Gandhi...** Não é fácil, não é para todos e, decerto, nem todos e nem sempre conseguem.

Na hipótese em apreço, contudo, não só nada disto se passa como nem sequer tal tem qualquer ensejo de ocorrer, dado que a entidade empregadora, a partir da sua muito particular perspectiva de composição dos interesses em liça, entende, quiçá, “cortar o mal pela raiz” e vedar o acesso às instalações da empresa aos membros do piquete de greve. Ora, ao adotar uma tal conduta é óbvio que a entidade empregadora estará, se não a impedir, decerto a dificultar o exercício dos direitos do piquete de greve constituído e organizado pela associação sindical para os fins previstos no art. 533.º do CT: desenvolvimento de atividades tendentes a persuadir, por meios pacíficos, os seus camaradas a aderirem à greve, sem prejuízo do respeito pela liberdade de trabalho dos não aderentes (os “fura-greves” que, recorde-se, ao trabalharem atrapalham o movimento coletivo, qual buraco num cano de água).

Reitera-se: o direito à greve constitui um direito fundamental dos trabalhadores assalariados, consagrado na CRP e garantido pela lei, sendo que a decisão de greve compete às associações sindicais, nos termos do art. 531.º do CT; e a associação sindical que declare uma greve tem o direito de organizar piquetes, em ordem a, por seu intermédio, tentar persuadir os trabalhadores a aderirem à greve, nos moldes do art. 533.º do CT.

Destarte, caso proceda nos moldes descritos, impedindo a entrada dos membros do piquete de greve nas instalações da empresa, a entidade empregadora violará, de forma manifesta, o disposto no supracitado n. 2 do art. 405.º do CT. E, note-se, a violação do n. 2 do art. 405.º do CT constitui crime, nos termos do art. 407.º do CT, sujeitando a entidade empregadora a pena de multa até 120 dias (n. 1 do art. 407.º), bem como o administrador, diretor, gerente ou outro trabalhador que ocupe lugar de chefia que seja responsável por tal ato, a pena de prisão até 1 ano (n. 2 do art. 407.º do CT).

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Direito do trabalho II (direito da greve)**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da República portuguesa anotada**. V. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERNANDES, António Monteiro. **A lei e as greves**. Coimbra: Almedina, 2013.

LEITE, Jorge. **Direito da greve**: das lições ao 3º ano da FDUC. Ed. 1992-93. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, 1994.

LEITE, Jorge. **Direito do trabalho**. V. I. Coimbra: Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 1998.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989.

MALLET, Estêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

NEVES, António Castanheira. **Considerações a propósito do direito à greve**. In: JORNADAS LUSO-HISPANO-BRASILEIRAS DE DIREITO DO TRABALHO, 4., 1986, Coimbra. **Temas de direito do trabalho**: direito do trabalho na crise, poder empresarial, greves atípicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PORTUGAL. Lei n. 7/2009. Código do Trabalho. **Diário da República**, Lisboa, n. 30, Série I, 12 fev. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/108165886/201710020100/73481727/diploma/indice>.

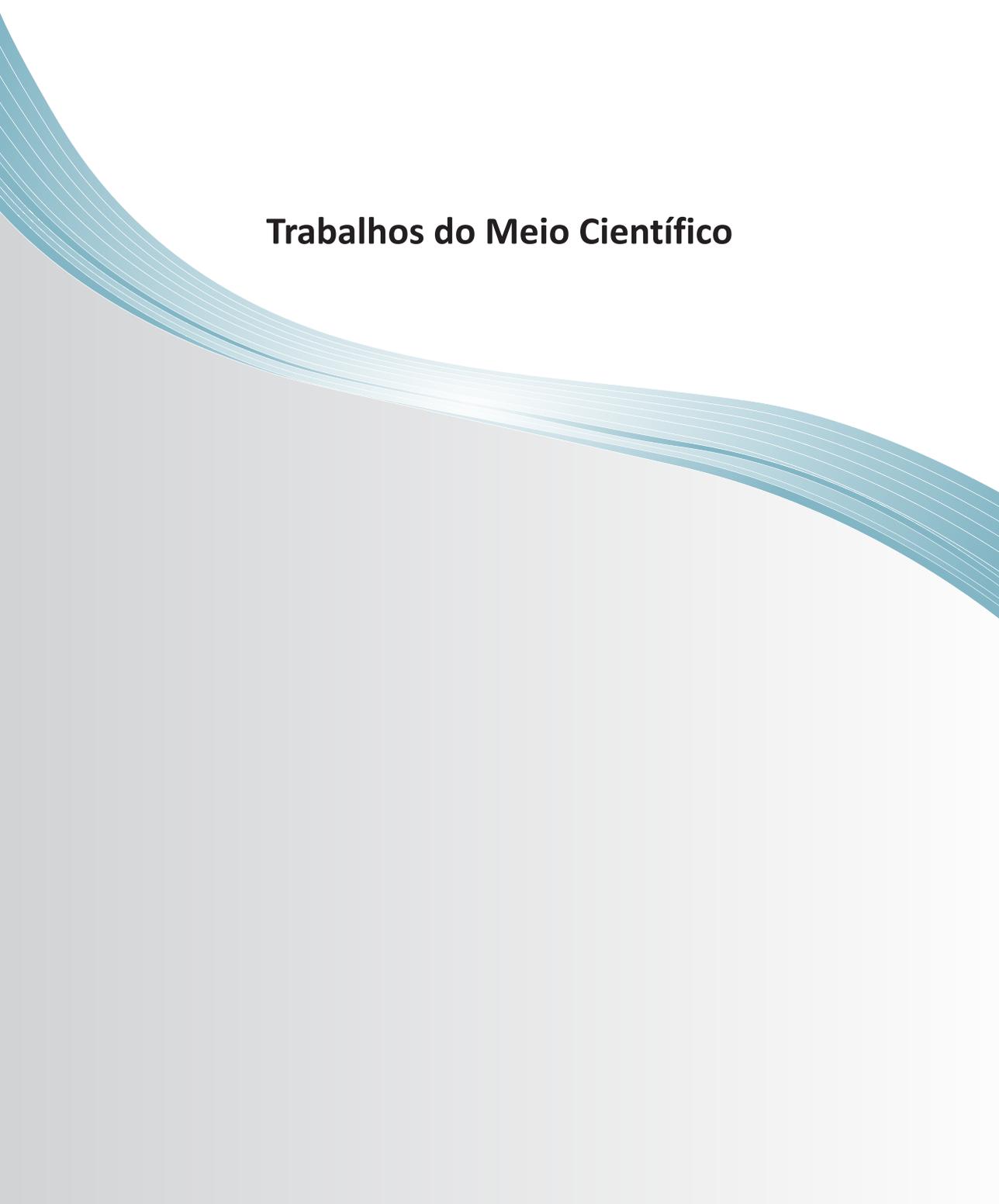
PORTUGAL. Ministério Público. Parecer n. 48, de 29 de junho de 1978. Greve. **Diário da República**, Lisboa, n. 236, 13 out. 1978. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/6078>.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Parte III. Coimbra: Almedina, 2012.

SOUZA, Ronald Olivar de Amorim e. **Greve & locaute**: aspectos jurídicos e económicos. Coimbra: Almedina, 2004.

VIANA. Márcio Túlio. **Da greve ao boicote e outros pequenos estudos**. Belo Horizonte: RTM, 2017.

XAVIER, Bernardo Lobo. **Manual de direito do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.



Trabalhos do Meio Científico

O CARÁTER SUBJETIVO NAS RESTRIÇÕES DE ACESSO À INFORMAÇÃO

THE SUBJECTIVE CHARACTER IN RESTRICTIONS ON ACCESS TO INFORMATION

MAZI, Lílian Rodrigues*

BADAWI, Karina Bonetti**

Resumo: O presente artigo visa discorrer a respeito da classificação de informações normatizada na Lei de Acesso à Informação, especificamente no tocante à possibilidade do abuso de autoridade. A pesquisa foi desenvolvida a partir de revisão bibliográfica, bem como da leitura e análise de artigos publicados em revistas de direito. Inicialmente, foi discorrido sobre o princípio da publicidade nos atos administrativos e, posteriormente, foi exposto o conteúdo sigiloso permitido na lei. Na sequência, foi tratada a discricionariedade do agente público e, conseqüentemente, a possibilidade do abuso de poder. Logo após, foram elencados alguns pontos negativos e positivos na classificação de informações, e posteriormente foi estabelecido um paralelo entre a lei brasileira e a lei estrangeira. Finalmente, foi trazido o caso referente ao Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin. Após o estudo, de forma conclusiva, constatou-se que a classificação de informações prevista na Lei de Acesso à Informação permite ao agente público cometer excessos, contudo a mesma lei estabelece mecanismos que permitem o controle de abusos.

Palavras-chave: Acesso à informação. Transparência. Agente público.

*Graduação em andamento no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas-SP.

**Advogada. Doutora e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP. Especialista em Direitos Fundamentais e Garantias Constitucionais pela Universidad Castilla-La Mancha, Espanha. Professora e assessora de pesquisa e desenvolvimento docente do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Abstract: This article aims to discuss the classification of information as regulated in the Law of Access to Information, specifically regarding the possibility of abuse of authority. The research was developed from a bibliographical review, as well as from the reading and analysis of articles published in law journals. Initially, it was discussed the principle of publicity in the administrative acts and, later the confidential content allowed in the law was exposed. Following that, the discretion of the public agent and, consequently, the possibility of abuse of power was dealt with. Subsequently, some negative and positive points were included in the classification of information and, later, a parallel was established between Brazilian law and foreign law. Finally, the case concerning the Governor of the State of São Paulo, Geraldo Alckmin, was brought up. After the study, in a conclusively way, it was found that the classification of information foreseen in the Access to Information Act allows the public agent to commit excesses, and yet, the same law establishes mechanisms that allow the control of abuses.

Keywords: Access to information. Transparency. Public agent.

1 INTRODUÇÃO

Sancionada há pouco mais de sete anos, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011a), mais conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), vem ao encontro dos anseios mundiais à transparência dos atos da administração pública.

Segundo a Controladoria-Geral da União¹, a informação sob a guarda do Estado é sempre pública, devendo o acesso a ela ser restringido apenas em casos específicos. Isto significa que a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público. O acesso a estes dados - que compõem documentos, arquivos, estatísticas - constitui-se em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta.

Nas palavras de Heinen (2014, p. 28), “Afim, o poder que oculta corrompe, o poder que transparece tolera, o poder que é invisível não legitima”.

Dessa forma, em linhas gerais, não obstante a existência de legislação a respeito do tema ora em baía presume-se a possibilidade de

¹Texto completo disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf/@@download/file/CartilhaAcessoainformacao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

existência de meio ardiloso e escuso no tocante a abusos quanto à transparência dos atos da administração pública brasileira.

Assim, de maneira holística, objetiva-se com este trabalho de pesquisa a compreensão da discricionariedade nos atos do agente público no momento da classificação das informações de caráter sigiloso na Lei de Acesso à Informação.

Isto posto, aspira-se com este artigo determinar a efetividade do dano causado pela abstração apresentada nas restrições de acesso à informação, contida no ordenamento jurídico nacional e no estrangeiro, com o propósito de coibir afronta ao direito de conhecer dos atos públicos.

2 DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 A Lei de Acesso à Informação

Em 18 de novembro de 2011 nascia, então, a Lei de Acesso à Informação, de n. 12.527, no intuito de regulamentar o acesso às informações públicas por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado sem a necessidade de apresentação de motivo ou motivação qualquer. Naquele mesmo dia, objetivando examinar e esclarecer as condutas praticadas durante o Regime Militar - período entre 1946 e 1988 - era promulgada a Lei n. 12.528, que criou a Comissão Nacional da Verdade.

Desta forma, a referida lei estabeleceu os procedimentos que devem ser adotados por todas as unidades federativas, ou seja, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o escopo de garantir o acesso à informação.

Nas palavras de Nunes:

[...] a inovação jurídica ora analisada está ligada a relevantes questões morais e éticas, relacionadas ao resgate da verdade em relação aos crimes contra a humanidade praticados em passado brasileiro recente - durante o chamado 'Regime de Exceção'. (NUNES, 2013, p. 22).

Completa, ainda:

A nova Lei consagraria a transição democrática na esfera da memória histórica, exorcizando os espectros do passado indigno que ainda nos assombram sob

o véu dos mascaramentos esta lamentável amnésia induzida. A comissão da verdade poderia, de fato, cumprir seu papel. E não é pequena a função que lhe cabe, porque, mesmo não responsabilizando criminalmente torturadores e assassinos, pode suscitar mudanças futuras a [sic] muito esperadas e indispensáveis no comportamento dos agentes públicos, sobretudo daqueles que atuam no campo da segurança pública e da justiça criminal. (NUNES, 2013, p. 17).

Ademais, a Lei de Acesso à Informação obriga as instituições públicas, assim como as entidades privadas que se relacionam com as públicas, a tornar acessíveis documentos e informações, bem como fornecer à sociedade plenas formas de fiscalização acerca da regulação do mercado, mormente no tocante ao fluxo de informações, além da criação e implementação de políticas macroeconômicas de fomento a determinados segmentos sociais e da economia.

De acordo com Calderon (2014), a evolução dos interesses da sociedade provocou uma transmutação do direito à informação. Nesse sentido, o direito à informação que antes era entendido apenas como a não interferência do Estado passou a significar também a obrigação da atuação estatal no sentido de possibilitar o acesso aos documentos oficiais não necessariamente relacionados ao peticionário. Acesso esse que deve ser transparente, organizado e prévio, capaz de garantir o esclarecimento de fatos pretéritos violadores de direitos humanos, garantindo às vítimas diretas o esclarecimento da verdade.

Assim, conforme ensina Heinen, a LAI introduz um novo aspecto nas relações jurídico-administrativas internas ou externas, pois reforça a ideia de que os direitos subjetivos dos administradores não podem ser compreendidos diante de atos estatais sigilosos:

[...] a tendência do sigilo na relação entre o cidadão e o Estado fomenta a incompreensão entre os atores desta conexão, o que era visto ainda em décadas recentes, quando o nosso país experimentava um Poder Público que tolhia as liberdades mínimas do cidadão, dentre elas o direito ao acesso às informações públicas. E não é à toa que, justamente nesse período, a democracia foi fragilizada consideravelmente, tornando-se, por assim dizer, mínima. (HEINEN, 2014, p. 14).

Segundo Angélico (2015), o direito ao acesso à informação pública positivado em leis gerais de acesso à informação está amparado

em um direito humano, que faz parte do direito à livre expressão, contemplado no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos²:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 10).

Conforme ensina Salgado (2015), em cumprimento à Constituição Federal, a LAI concretiza as promessas constitucionais de publicidade e transparência. Mormente quando se refere diretamente ao dispositivo que afirma que:

Art. 5º [...]

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

2.2 O princípio da publicidade dos atos administrativos na LAI

No tocante ao princípio da publicidade dos atos administrativos, pode-se fazer uso de uma história contada por Platão em **A República** (2001): o anel de Giges.

De acordo com o mito, Giges, um pastor que trabalhava para o rei da Lídia, certa vez, descendo a uma abertura na terra após uma grande tempestade e um terremoto, encontrou um homem morto que possuía um anel de ouro no dedo. Logo após tomar posse do anel, Giges percebeu que a joia o tornava invisível. Tendo repetido a experiência por algumas vezes foi ter-se com o rei, onde, chegando ao palácio, seduziu a rainha, conspirou com ela a morte de seu marido, matando-o e tomando para si o poder.

Desta forma, de acordo com o mito, tanto faz se o anel é usado por um homem justo ou por um homem injusto - o fato é que será impossível alguém com temperamento suficientemente forte para permanecer fiel à justiça e resistir à tentação de se apoderar das coisas alheias.

²Texto completo disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Portanto, o mito do anel de Gíges pode ser considerado uma ilustração útil para que se reflita sobre a importância da transparência nas relações estabelecidas pelos poderes públicos.

De acordo com Heinen (2014, p. 24), a transparência e a publicidade dos atos estatais servem de base à probidade administrativa, uma vez que não podem ser tomadas como uma tarefa de simples divulgação dos atos administrativos, mas sim como um dever de trazer ao conhecimento de todos “um poder desnudo”.

Para Calderon (2014, p. 19), o direito de acesso à informação está diretamente relacionado à liberdade de informar e ser informado e, além disso, ao direito do indivíduo ter à sua disposição informações governamentais, não necessariamente relacionadas a sua pessoa especificamente e, em alguns casos, independentemente de sua solicitação. Dessa forma, a Lei de Acesso à Informação encontra-se diretamente vinculada aos princípios da publicidade e da probidade administrativa, expressos no art. 37 da Constituição Federal³.

No entendimento de Angélico (2015), as origens da transparência e da prestação de contas públicas (*accountability*) encontram-se não na cultura ocidental, mas sim na civilização oriental, e não numa linha liberal, em que o Estado é uma espécie de “mal necessário” que precisa ser vigiado, mas sim em princípios humanistas e de garantias democráticas de igualdade.

O cientista político austríaco Andreas Schedler (1999, p. 7), define *accountability* como “a obrigação de abrir-se ao público, obrigação de explicar e justificar suas ações e subordinação à possibilidade de sanções”.

Nesse sentido:

A intenção é promover a *accountability*, tomada ‘como um conceito relacional’, que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa. É afastar a opacidade da gestão da coisa pública e permitir que os indivíduos participem efetivamente da tomada de decisões e do controle de sua execução. É dar mais sentido às noções de democracia, república e interesse público. (SALGADO, 2015, p. 41).

³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”. (BRASIL, 1988).

Ensina Heinen que:

A accountability deve ser vista como um conjunto de ferramentas para permitir modos variados de prestações de contas, tanto no nível qualitativo, quanto no nível quantitativo. E a LAI passa a ser um mecanismo por deveras efetivo nesse sentido, porque cumpre com um importante papel no sentido de imprimir um melhor desempenho no controle social da coisa pública. (HEINEN, 2014, p. 116).

Accountability não é sinônimo de transparência.

Conforme ensina Angélico (2015, p. 26), “transparência é algo que se relaciona com prestação de contas e com comunicação institucional”. Para ele, define-se transparência como o conjunto de mecanismos que permitem o acesso a informações públicas produzidas ou detidas pelo Estado, seja por meio de publicação proativa por parte da administração pública ou por meio de procedimentos formais de solicitação de informação, capazes de esclarecer sobre o funcionamento das instituições governamentais.

Outrossim, a LAI impõe, como regra geral, a publicidade. O sigilo deve ser tratado como exceção, e em caso justificado. Assim, caso se esteja diante de uma situação limite, em que não se tenha a certeza se a informação é ou não de caráter sigiloso, a rigor deve-se interpretá-la pelo deferimento do pedido de acesso, ou seja, na dúvida, interpreta-se em prol da divulgação.

2.3 O conteúdo sigiloso permitido na LAI

Se por um lado a democracia está balizada na transparência e na exigência de um governo aberto, por outro, a divulgação de segredos de Estado, os quais colocam o país em posição privilegiada justamente por deter tais informações, comprometeriam a própria sociedade a que se quer dar poder.

De acordo com Heinen (2014, p. 199),

A Carta Magna brasileira estabeleceu algumas exceções (hipóteses constitucionais de sigilo) que podem ser sistematizadas em dois grandes grupos, conforme segue: (a) sigilo indispensável ao exercício da atividade estatal e à proteção da ordem pública, onde estariam acampados os casos de sigilos das propostas em licitações públicas, documentos que não são revelados como viabilizadores de estratégias militares etc.; (b)

sigilo que garante a privacidade do cidadão, caso em que uma informação possa colocar o próprio cidadão em perigo ou que lhe traga prejuízos de ordem material ou moral.

Por outro lado, ensina Calderon que:

A abrangência das exceções do direito de acesso à informação é tarefa delicada. Exceções em demasia podem esvaziar o conteúdo do direito fundamental em comento; porém, os legítimos interesses de sigilo merecem respaldo normativo, sob pena de serem causados danos desproporcionais aos lícitos interesses da sociedade. (CALDERON, 2014, p. 8).

A LAI traz em seu art. 23 alguns assuntos que são considerados imprescindíveis à segurança da sociedade, portanto, passíveis de classificação:

Art. 23. [...]

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividade de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. (BRASIL, 2011a).

Também não se pode olvidar que as exceções ao acesso às informações são expressamente previstas em lei ou no texto constitucional, constituindo um sistema fechado:

O direito de acesso à informação encontra limites na própria Constituição da República Federativa do Brasil e em tratados internacionais de direitos humanos, da mesma maneira como são limitados todos os demais direitos fundamentais. Há a necessidade de conformação desse direito com outros direitos de igual talante, como direito à propriedade (inclusive intelectual), à intimidade e à vida privada, ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito a não autoincriminação e, em interpretação mais tradicional, direito ao silêncio), ao princípio da livre concorrência, entre outros. (CALDERON, 2014, p. 7).

A própria LAI observa que há, ainda, outros casos elencados na legislação vigente:

Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público. (BRASIL, 2011a).

2.4 A discricionariedade do agente público

Segundo Locke (1998, p. 529),

Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público.

Nas palavras de Di Pietro (2018, p. 674), “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

De forma abrangente, Meirelles define agente público:

[...] São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os

agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções. (MEIRELLES, 2014, p. 77).

Contudo, há consenso entre os autores de que a lei não é capaz de determinar exaustivamente todas as condutas de um agente administrativo. Mesmo que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, é correto afirmar que a própria lei oferece meios de valoração da conduta.

De acordo com Bruno (2008), em algumas situações a lei não estabelece a ação a ser praticada, franqueando ao administrador certa margem de liberdade em que o agente público poderá escolher entre uma ou mais soluções, sempre balizadas pelo direito, ou seja, a lei expressamente confere mais de uma possibilidade ao administrador, que ao decidir deverá limitar-se exclusivamente às opções postas ou autorizadas em lei. Essa possibilidade justifica-se na complexidade e vasta variedade de situações, problemas e áreas de atuação da administração pública, o que seria impossível para a lei expressamente prever soluções para as questões desconsiderando as peculiaridades do momento e mesmo da conveniência ou não para os interesses coletivos.

Completa, ainda, Bruno:

A essa situação na qual uma ou outra opção é escolhida em juízo de mérito, oportunidade, conveniência, justiça e igualdade - objetivos a serem alcançados pelo administrador - e não inscrita na lei, denomina-se discricionariedade. (BRUNO, 2008, p. 89).

Desta forma, discricionariedade pode ser definida como:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 244).

Para Carvalho Filho (2011, p. 51), o poder discricionário é a prerrogativa concedida ao agente administrativo de eleger, entre várias condutas possíveis, a que traduza maior conveniência e oportunidade

para o interesse público. Em suas palavras, “não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade”.

De acordo com Gasparini (2012), a administração pública pratica seus atos através de escolhas arbitrárias. Tais escolhas devem obedecer a critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. A conveniência existirá quando o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Já a oportunidade diz respeito ao momento da prática do ato, ou seja, haverá oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse coletivo.

Os autores modernos vêm definindo a razoabilidade e a proporcionalidade como meios de limite do poder discricionário.

Segundo Faria (2011), o agente público no exercício de suas razões deve, ao aplicar a lei, usar de sensatez, sabendo dosar o seu comportamento nos limites da norma jurídica e conforme a vontade da mesma.

O mesmo autor continua:

As decisões administrativas que extrapolam os limites da razoabilidade e proporcionalidade, ultrapassam igualmente os limites da discricionariedade. O rompimento desses parâmetros leva à edição de atos ilegais, passíveis de nulidade. Concluindo, a razoabilidade e a proporcionalidade são valores que se devem incluir na noção de legalidade como meios estabelecidos ou fixadores dos limites da discricionariedade. (FARIA, 2011, p. 292).

2.5 A possibilidade do abuso de poder

Conforme ensina Faria (2011), o agente público transita numa faixa de liberdade de movimentação limitada, quando no exercício da discricionariedade. No passado entendia-se que o agente público tinha uma vasta possibilidade de escolha à disposição, podendo ele julgar de acordo com sua convicção. O atual entendimento, contudo, restringe essa liberdade. Uma corrente formada por renomados autores brasileiros entende que só há uma opção dentre as possíveis, ou seja, a vontade da lei. As demais, não. De modo que a faculdade de escolha não teria sido dada se não fosse para que o agente encontrasse a opção correta de acordo com a vontade da lei.

De acordo com Heinen, toda recusa ao acesso livre à informação pública deve ser justificada, embasada no interesse da coletividade, da sociedade ou do Estado, para que haja a preservação do bem-estar de cada um. Em suas palavras:

Assim, sob o manto da discricionariedade ou do poder de polícia, não pode a Administração Pública restringir o acesso do cidadão a documentos, informações ou dados de caráter público. (HEINEN, 2014, p. 203).

Ainda discorre Heinen (2014) que quando a administração pública percebe que a informação é de interesse coletivo, essa deverá ser divulgada de ofício. A título de exemplo, se um município possui informações relevantes sobre a qualidade do ar, esses dados, uma vez de interesse da coletividade, deverão ser divulgados independentemente de solicitação.

Conforme precedente do Supremo Tribunal Federal, que, ao que parece, adiantou a teleologia da LAI,

A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público. A coleta de dados históricos a partir de documentos públicos e registros fonográficos, mesmo que para fins particulares, constitui-se em motivação legítima a garantir o acesso a tais informações. (STF, RMS n. 23.036/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, j. 28.3.2006).

Os graus de classificação de informações, assim como as autoridades competentes para fazê-lo, além da possibilidade de delegação do poder de classificar foram estabelecidos inicialmente pela LAI em seus arts. 24 e seguintes. Posteriormente, o Decreto n. 7.724/2012, ao cumprir sua função regulamentadora, trouxe regras distintas daquelas primeiramente contidas na Lei de Acesso à Informação e que, portanto, podem ser contestadas no tocante à sua legalidade.

Segundo Calderon (2014, p. 51), o Decreto n. 7.724/2012, que regulamentou as diretrizes gerais trazidas pela LAI,

[...] deveria apontar pormenorizadamente as reais acepções daquelas expressões. Todavia, não o fez. Optou por reproduzi-los, sem os pormenorizar ou apontar critérios balizadores para a discricionariedade do intérprete.

Reconhecendo o problema, comenta Nunes:

Infelizmente, não é de hoje que problemas oriundos de conceitos jurídicos indeterminados encontram-se na ordem do dia da ciência hermenêutica. A ideia da evolução de tais conceitos e sua atualização permanentemente no tempo e no espaço (a partir do dinamismo das noções que dele decorrem) não revela, por outro lado, um critério sujeito ao permanente livre arbítrio do intérprete - mas sim um conjunto de possibilidades hermenêuticas que devem estar alinhadas em função de elementos pré-existentes, organizados com base em uma estrutura marcada por um mínimo de segurança jurídica. (NUNES, 2013, p. 163).

Para Salgado (2015), o art. 23 da LAI merece atenção, uma vez que estabelece restrições à regra geral de transparência e publicidade das informações públicas, visto que, por exemplo, não se sabe de plano que informação põe “[...] em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional” (BRASIL, 2011a). Dessa maneira, a previsão legal contida no inciso I apenas faz referência a três bens a serem protegidos da divulgação plena de informações (a defesa nacional, a soberania nacional e o território nacional), o que deixa bastante margem para a discricionariedade do agente público.

2.6 Dos aspectos negativos e positivos na classificação de informações na LAI

O art. 24, § 5º, da LAI determina os critérios pelos quais uma informação será enquadrada em determinada categoria de grau de sigilo:

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

[...]

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final. (BRASIL, 2011a).

Segundo Calderon (2014, p. 51),

A expressão 'interesse público da informação' contrapõe-se à 'gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado'. São conceitos de abrangência genérica, aplicáveis a uma plêiade de situações fáticas e que poderiam, a partir de construções hermenêuticas de duvidoso discernimento, colocar em xeque os reais objetivos da Lei de Acesso à Informação.

Para Polízio Júnior (2015), o sigilo não se justifica apenas pela vontade do legislador ordinário ou pelo agente público, mas sim pelas disposições estabelecidas no texto constitucional, teor esse que não transfere ao legislador ordinário capacidade para restringir o alcance da liberdade de informação.

Completa, ainda:

[...] apenas com a análise do caso concreto é que se pode aferir a existência de respaldo constitucional a justificar o sigilo, porque nem a Lei, e muito menos seu intérprete, pode restringir o direito humano fundamental de acesso à informação, limitado aos casos em que o sigilo se revelar imprescindível à segurança estatal e à segurança social. (POLÍZIO JÚNIOR, 2015, p. 363).

Contudo, ressalta-se o lado positivo da norma.

Entre todos os autores é unânime a opinião de que a Lei de Acesso à Informação teve o enorme cuidado quanto à divulgação de dados sensíveis. Embora haja implícito o caráter subjetivo nas restrições de acesso à informação, há de se ressaltar o cuidado que o legislador teve ao garantir tal restrição, acatando o lastro constitucional nos incisos X, XIV e XXXIII do art. 5º e no *caput* do art. 37 da Carta Magna:

Art. 5º [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

Outrossim, segundo Salgado (2015, p. 155), caso haja algum vício discricionário do agente público, existe a possibilidade do pedido de desclassificação da informação classificada, cabendo, ainda, pedido de recurso.

Assim, conforme lembra Calderon:

A Comissão Mista de Reavaliação de Informações foi instituída no capítulo final da Lei de Acesso à Informação, nas suas disposições finais e transitórias (art. 35 e seg., Lei n. 12.527/2011).

[...] Nesse contexto, uma informação classificada como secreta ou ultrassecreta será submetida à revisão, de ofício ou mediante provocação, da Comissão Mista em comento, no máximo a cada quatro anos e, caso as informações constantes no TCI não sejam suficientes para a revisão, a Comissão poderá requisitar da autoridade classificadora esclarecimentos ou acesso ao conteúdo da informação secreta ou ultrassecreta (art. 47, Decreto n. 7.724/2012). (CALDERON, 2014, p. 65).

2.7 A lei brasileira comparada com a lei estrangeira

Conforme afirma Mendel (2009), em 1990 somente treze países haviam adotado leis nacionais de direito à informação, contudo, hoje, mais de setenta leis dessa natureza foram adotadas no planeta.

Muitos tratados internacionais que versam a respeito do direito à informação e à livre expressão convencionam alguns limites à referida liberdade, conforme explica Angélico (2015).

A “Lei Modelo de Acesso à Informação”⁴, norma criada em 2010, serve como parâmetro para os países ao elaborarem suas próprias leis de acesso, para que tenham uma referência a seguir, e para que o acesso à informação possa ser restringido “quando forem legítimas e extremamente necessárias numa sociedade democrática”.

Segundo Heinen (2014), a Suécia pode ser considerada pioneira no assunto, tendo em vista ser a nação que possui uma norma específica sobre o tema desde 1766 e, a par e passo, a Suíça, que editou regra semelhante em 1776.

No que tange às exceções contidas nas leis internacionais, Mendel (2009) ressalta que a maioria das normas traz uma lista abrangente de exceções ou motivos para a recusa da divulgação de informações, muito embora não seja este o caso de algumas normas que, em vez disso, fazem menção a leis de sigilo existentes. Encontram-se nesse rol a Bulgária e o Quirquistão.

Na maioria das leis de direito à informação, completa Mendel, as exceções representam correlação com interesses legítimos, apesar de que, em muitos casos, são formuladas em termos excessivamente amplos, o que constitui alguns problemas. A título de exemplo:

[...] as leis do Reino Unido e da Tailândia trazem exceções relativas à família real; a África do Sul tem exceção referente ao serviço de arrecadação de impostos e à pesquisa de terceiros. A lei dos Estados Unidos possui exceção relativa a informações sobre preços de petróleo. De acordo com boatos, a exceção se deve porque o presidente na época, Lyndon B. Johnson, era do Texas. (MENDEL, 2009, p. 154).

Mendel registra que os padrões da ONU exigem a criação de exceções definidas por lei:

Uma recusa de divulgação de informações não pode basear-se no objetivo de proteção dos governos contra constrangimentos ou exposição de atos ilícitos; uma lista completa dos adjetivos legítimos que podem justificar a não divulgação deve ser prevista na lei, e as exceções devem ser definidas de forma estrita de modo a evitar a inclusão de informações que não prejudicam o interesse legítimo. (MENDEL, 2009, p. 36).

⁴Texto completo disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/access_to_information_Text_edited_DDI.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

De acordo com Polízio Júnior (2015), a legislação brasileira encontra similaridade no direito comparado. São sigilosas, apenas, as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, e não qualquer dado que tenha conotação com a segurança da sociedade e do Estado. Nesse diapasão, é pública qualquer informação de interesse coletivo, ressalvada aquela que se revele essencial para a segurança da sociedade e, concomitantemente, para a segurança do Estado.

2.8 O antológico caso Geraldo Alckmin

A título de ilustração ao tema, foi protagonizado em 2014, pelo então Governador do Estado de São Paulo, Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho, do PSDB-SP, fato que estampou as manchetes dos jornais do Brasil.

Por meio de Resolução⁵ publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo, no dia 4 de julho de 2014, o Chefe do Poder Executivo de São Paulo, usando de seus poderes discricionários, classificou como “ultrassecretas” as informações referentes ao Metrô (Companhia do Metropolitano de São Paulo), à CTPM (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos) e à EMTU (Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo). O caso tornou-se público apenas em outubro de 2015, quando o jornal **Folha de S. Paulo** trouxe matéria intitulada: “Alckmin impõe sigilo e só vai expor falhas no metrô de SP após 25 anos”.

De acordo com a matéria⁶, o governador imputava sigilo de vinte e cinco anos a centenas de documentos do transporte público metropolitano de São Paulo que envolviam os trens do Metrô e da CTMP, além dos ônibus intermunicipais da EMTU. Na ocasião, a classificação de ultrassecreto - grau máximo de sigilo previsto na Lei de Acesso à Informação - tornavam sigilosos cento e cinquenta e sete conjuntos de documentos, contendo, cada um deles, milhares de páginas.

No dia seguinte o jornal **Folha de S. Paulo** divulgou nova matéria⁷ em que o Tribunal de Contas do Estado - TCE - deu prazo de

⁵Texto completo disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/72620270/dosp-executivo-caderno-1-04-07-2014-pg-57>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁶MONTEIRO, André; RODRIGUES, Artur. Alckmin impõe sigilo e só vai expor falhas no metrô de SP após 25 anos. **Folha de S. Paulo**, Cotidiano. São Paulo, 6 out. 2015a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690644-alckmin-impoe-sigilo-e-so-vai-expor-falhas-no-metro-de-sp-apos-25-anos.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁷MONTEIRO, André; RODRIGUES, Artur. Tribunal dá cinco dias para governo de SP explicar sigilo de documentos. **Folha de S. Paulo**, Cotidiano. São Paulo, 7 out. 2015b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1691203-tribunal-da-cinco-dias-para-governo-de-sp-explicar-sigilo-de-documentos.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2019.

cinco dias ao Governo de São Paulo para que prestasse esclarecimentos sobre a referida classificação. Na ocasião, o conselheiro daquele Tribunal exauriu os seguintes questionamentos direcionados ao então secretário Clodoaldo Pelissione:

- 1) o rol integral de documentos qualificados como sigilosos e o nome da autoridade responsável pela classificação de cada um deles;
- 2) a fundamentação utilizada, assim como a descrição da situação fática concreta que justificou a medida;
- 3) a indicação do inciso do artigo 23 da Lei de Acesso à Informação em que se enquadra cada ato;
- 4) a comprovação do cumprimento do artigo 30 da Lei de Acesso à Informação. (MONTEIRO; RODRIGUES, 2015b).

Alckmin, em entrevista disse “[...] que ‘tem muitas coisas sem nenhum sentido’ [...]. ‘Nós vamos revogar a decisão’ [...]”. Afirmou, ainda:

‘Olha, isso foi feito não pelo governador, isso foi feito na Secretaria dos Transportes e eu já determinei que seja feita uma reavaliação. Se não houver nenhum risco para os usuários do metrô, nenhum outro problema, vai ser tudo liberado. Então nós já determinamos que seja feita uma reavaliação’. (MONTEIRO; RODRIGUES, 2015b).

Finalmente, em 16 de outubro de 2015 foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo o Decreto n. 61.559, que revogou a famigerada Resolução n. 36, bem como todas as resoluções, portarias e demais atos normativos que tinham fundamento na Lei Federal n. 12.527/2011 e no Decreto Estadual n. 58.052/2012.

Frustrava-se, então, o que parecia ser uma manobra para encobertar informações de interesse público, que poderiam colocar em risco uma possível reeleição ao cargo ocupado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto aos avanços à democracia trazidos pela Lei de Acesso à Informação não há o que se discutir.

Conforme registrou Polízio Júnior (2015), seria algo inimaginável, bem pouco tempo atrás, pensar que qualquer informação pudesse

ser disponibilizada por meio de uma rede mundial de computadores, em tempo real, entre pessoas por todo o planeta; agora, contudo, isso é uma realidade, onde a velocidade e qualidade da transmissão desses dados só tende a melhorar.

Além disso, a transparência dos atos administrativos proporcionada pelo advento da LAI é algo jamais constatado no Brasil. Nunca, na história, a realização do controle social foi tão eficiente, e ainda mais do controle de resultados da administração pública. Algo possível graças à atual e abundante oferta de informação.

Contudo, a possibilidade do abuso do agente público é algo real e constatado.

Destarte, como a maioria da legislação internacional, a lei brasileira tratou das exceções de forma consciente e razoável, permitindo ao agente público decidir, não a seu bel-prazer, mas sim de acordo com o melhor possível para a coletividade.

Todavia, se a discricionariedade da administração pública vier a derivar, haverá remédio, uma vez que a norma, prevendo tal conduta, estabeleceu a possibilidade de recurso a ser impetrado por aquele que enxergar o desvio ou, ainda, pela possibilidade do pedido de desclassificação de informação.

Assim, apesar da Lei de Acesso à Informação ter incentivado mudanças no comportamento da administração pública, ainda há uma longa estrada a ser percorrida no propósito de se alcançar a plena transparência, além do absoluto controle social sobre os poderes públicos.

REFERÊNCIAS

ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

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.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acesso à informação pública**: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Imprensa Nacional, 2011c. Disponível em: <http://www.acaoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf/@@download/file/CartilhaAcessoInformacao.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. **DOU**, Brasília, 16 maio 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em: 13 de jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 18 nov. 2011a. Edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. **DOU**, Brasília, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito administrativo didático**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CALDERON, Marina Paranhos. **Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência**. Campinas: Millennium, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação**: Lei n. 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MONTEIRO, André; RODRIGUES, Artur. Alckmin impõe sigilo e só vai expor falhas no metrô de SP após 25 anos. **Folha de S. Paulo**, Cotidiano. São Paulo, 6 out. 2015a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690644-alckmin-impoe-sigilo-e-so-vai-expor-falhas-no-metro-de-sp-apos-25-anos.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MONTEIRO, André; RODRIGUES, Artur. Tribunal dá cinco dias para governo de SP explicar sigilo de documentos. **Folha de S. Paulo**, Cotidiano. São Paulo, 7 out. 2015b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1691203-tribunal-da-cinco-dias-para-governo-de-sp-explicar-sigilo-de-documentos.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2019.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Lei de acesso à informação**: reconstrução da verdade histórica, ambientes regulatórios e o direito à intimidade. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES OAS. **Model inter-american law on access to information**. Washington, DC: Secretariat for Legal Affairs (SLA), 2010. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/access_to_information_Text_edited_DDI.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

PLATÃO. **A república**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POLÍZIO JÚNIOR, Vladimir. **Lei de acesso à informação**: manual teórico e prático. Curitiba: Juruá, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação (LAI)**: comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Resolução STM n. 36, de 3 de julho de 2014. Publica Tabelas de Classificação de Documentos, Dados e Informações Sigilosos e Pessoais, da Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ, da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. - EMTU/SP e da Secretaria dos Transportes Metropolitanos - STM. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 4 jul. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/72620270/dosp-executivo-caderno-1-04-07-2014-pg-57>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. *In*: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Mark F. (Ed.). **The self-restraining state**: power and accountability in new democracies. Boulder: Lynne Rienne, 1999.

ASSÉDIO MORAL E SEXUAL SOBRE AS MULHERES NO AMBIENTE LABORAL

MORAL AND SEXUAL HARASSMENT ON WOMEN IN THE WORKPLACE

TARDA, Beatriz Fernanda*

Resumo: A inserção da mulher no ambiente laboral e o aumento considerável de casos de assédio moral e sexual evidenciaram a relevância do tema, haja vista que as práticas abusivas perpetuam-se, sendo as principais vítimas as mulheres. Foi possível identificar que tal questão é proveniente de uma cultura machista, na qual durante anos as mulheres necessitaram lutar pelos seus direitos trabalhistas. Através do método dedutivo, com fundamento em dados históricos e estatísticos, concluiu-se que há a necessidade de que a atuação do ordenamento jurídico pátrio seja cada vez mais incisiva, para regular e assegurar a erradicação das relações de abusos e garantir a efetivação dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Assédio moral. Assédio sexual. Proteção à mulher no trabalho.

Abstract: The inclusion of women in the work environment and the considerable increase in cases of moral and sexual harassment highlighted the relevance of the theme, given that abusive practices are perpetuated, with women being the main victims. It was possible to identify that this issue comes from a macho culture, in which for years women had to fight for their labor rights. Through the deductive method, based on historical and statistical data, it was concluded that there is a need for the performance of the national legal system to be increasingly incisive, to regulate and ensure the eradication of abuse relations and guarantee the enforcement of the fundamental rights protected by the Federal Constitution.

*Graduanda do 5º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru - ITE. E-mail: biahtarda@hotmail.com.

Keywords: Moral harassment. Sexual harassment. Woman protection at work.

Resumen: La inserción de las mujeres en el entorno laboral y el aumento considerable de los casos de acoso y acoso sexual, evidenciaron la relevancia del tema, considerando que las prácticas abusivas perduran en el tiempo, siendo las principales mujeres víctimas. Fue posible identificar que este problema proviene de una cultura machista, en la que durante años las mujeres tuvieron que luchar por sus derechos laborales. Mediante el método deductivo, basado en datos históricos y estadísticos, se concluyó que es necesario que el cumplimiento de sistema legal de la patria sea cada vez más incisivo, para regular y asegurar la erradicación de las relaciones de abuso y para asegurar la realización de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Federal.

Palabras clave: Acoso moral. El acoso sexual. Protección a las mujeres en el trabajo.

1 INTRODUÇÃO

Trabalhar vem do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar, e é derivado do latim clássico *tripalium*, antigo instrumento de tortura. O trabalho nunca foi bem visto aos olhos da sociedade, pois significava privação da liberdade, era exercido na Roma Antiga pelos escravos, e tal repúdio ao trabalho se prolongou durante séculos.

Ante a conotação ruim que o trabalho apresentava, as mulheres foram privadas de sua liberdade e independência financeira por décadas. Eram proibidas de exercer atividades lucrativas fora de suas casas, tendo como única e exclusiva obrigação cuidar do lar.

O que há séculos era uma demonstração de dor, sofrimento, tormento, praticados apenas por aqueles que eram inferiores perante a sociedade, nos dias atuais é uma atividade de esforço individual, tendo como objetivo alcançar um resultado, uma meta.

Alicerçando-se no método dedutivo com vistas a estabelecer uma conexão lógica e específica dos fatos, não há dúvida que os reflexos provenientes de uma cultura machista e preconceituosa, exercida ao longo dos anos, ainda surtem efeitos, principalmente no âmbito trabalhista, tendo como maior exemplo a desigualdade salarial e a recorrência de assédio sobre as mulheres no ambiente de trabalho.

2 HISTORICIDADE DA MULHER NO ÂMBITO TRABALHISTA

É de notório saber que as mulheres ao longo dos anos foram inferiorizadas e discriminadas em virtude do gênero, e acerca deste assunto Miridan Knox Falei, em sua obra **Mulheres do Sertão Nordestino**, conta brevemente a realidade da mulher antigamente:

As mulheres de classes abastadas não tinham muitas atividades fora do lar. Eram treinadas para desempenhar o papel de mãe e as chamadas 'prendas domésticas' - orientar os filhos, fazer ou mandar fazer a cozinha, costurar e bordar. Outras, menos afortunadas, viúvas ou de uma elite empobrecida, faziam doces por encomenda, arranjos de flores, bordados a crivo, davam aulas de piano e solfejo, e assim puderam ajudar no sustento e educação da numerosa prole. Entretanto, essas atividades, além de não serem muito valorizadas, não eram muito bem vistas socialmente. Tornavam-se facilmente alvo de maledicência por parte de homens e mulheres que acusavam a incapacidade do homem da casa, ou observavam sua decadência econômica. Por isso, muitas vendiam o produto de suas atividades através de outras pessoas por não querer aparecer. Na época, era voz comum que a mulher não precisava, e não deveria ganhar dinheiro. [...] (FALEI, 1997, p. 249-250).

Naquele momento iniciava-se a luta das mulheres pela inserção no mercado de trabalho. Conforme Miridan explica, elas viram a necessidade de ajudar no sustento da família, porém não eram bem vistas pela sociedade, pois na época, na qual vigorava a Constituição de 1824, as mulheres tinham sua existência ignorada, sem direito ao voto, eram majoritariamente analfabetas.

Em 17 de maio de 1932 começam a surgir os primeiros marcos da mulher na conquista dos direitos do trabalho através do Decreto n. 21.417-A, que estabeleceu a igualdade de gênero para trabalhos de igual valor, com igualdade nas relações e nos salários para homens e mulheres. Trouxe ainda outras proteções às mulheres, como, por exemplo, a vedação do trabalho noturno, disposto no art. 2º, correspondente ao período das 22h às 5h, e no art. 7º a vedação do trabalho da mulher grávida nas últimas quatro semanas de gestação e quatro semanas subsequentes ao parto. Entretanto, tal decreto não findou a desigualdade nas relações de emprego por não tratar da carga horária - as mulheres eram submetidas a jornadas diárias exaustivas de até dezoito horas, sendo remuneradas de forma inferior à remuneração paga aos homens.

Com a evolução histórica e cultural, tornou-se cada vez mais comum as mulheres ocuparem cargos que antigamente eram ocupados apenas por pessoas do sexo masculino, mesmo que em disparidade em relação a eles. O legislador encontrou a necessidade de maior proteção às mulheres, e no ano de 1934 surgiu a primeira Constituição Brasileira que tratou de uma norma de proteção à mulher, em seu art. 121.

Em 1º de maio de 1943 surge o Decreto-Lei n. 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo melhores condições nas relações de trabalho, garantindo o equilíbrio para a desproporcionalidade existente entre os homens e as mulheres.

Ainda com o intuito de garantir melhores condições trabalhistas, a Constituição de 1967 trouxe uma novidade para o ordenamento jurídico brasileiro em seu art. 100, § 1º, reduzindo o tempo necessário de serviço para o direito à obtenção da aposentadoria, sendo necessários trinta anos de serviço para as mulheres.

Após anos de luta pela igualdade de gênero, as mulheres puderam se sentir vitoriosas com o surgimento da Constituição Federal de 1988, pois nela houve a ampliação da licença-maternidade para cento e vinte dias, a proibição de dispensa iníqua ou sem justa causa da gestante, e principalmente em virtude do princípio da igualdade, não só nas relações de emprego, mas em todas as relações obrigacionais, sem distinção de qualquer natureza, conforme previsão no art. 5º da referida Constituição.

3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PREVISÃO LEGAL

O ato de assediar alguém moralmente infringe o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III. A dignidade da pessoa humana possui conceito abrangente, porém sua principal característica é estabelecer uma relação de respeito e igualdade no tratamento de todos os seres humanos, seja por parte do Estado ou da própria sociedade.

Como forma de punir o assediador, o Código Civil estabelece à vítima, nos arts. 43, 186, 187 e 927, o direito de receber indenização pelos danos sofridos, sejam eles materiais ou morais.

Já no assédio sexual, é explícito que o ato de assediar alguém viola a dignidade e a liberdade sexual da vítima, princípio este ligado diretamente ao da dignidade da pessoa humana, conforme mencionado anteriormente, bem como a outros dois princípios previstos na Constituição em seu art. 5º, incisos II e X, que preveem:

Art. 5º [...]

[...]

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988).

Tais incisos protegem os princípios da legalidade e da inviolabilidade à honra, respectivamente, uma vez que, se o assediador obriga, constrange a vítima a praticar atos sexuais, por qualquer situação motivadora já supracitada, está em desconformidade com a lei. E, ainda, ao humilhar, ao expor a situações humilhantes, denigre diretamente a honra da vítima, causando-lhe sérios abalos psicológicos que podem gerar traumas irreparáveis, tendo ela o direito à reparação do dano causado pelo assediador, conforme previsão constitucional.

Embora o assédio sexual, no Direito do Trabalho, possua um conceito mais abrangente, por força da Lei n. 10.224/2001 o Código Penal recebeu tipificação para as condutas de abuso sexual por chantagem, tendo a punição de detenção de um a dois anos pela prática da conduta criminosa, e em 2009, por força da Lei n. 12.015, a pena poderá ser aumentada em até um terço se praticado contra menores de 18 anos:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

[...]

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (BRASIL, 1940).

Destarte, é passível de entendimento doutrinário que, havendo consentimento da vítima, ou seja, o ânimo, a vontade de realizar atos sexuais com seu superior hierárquico, ou ainda aceitar propostas para alcançar um objetivo na empresa, não configura o assédio sexual, uma vez que é necessário que os atos sejam praticados contra a vontade da vítima, e mesmo que esta seja conivente com os atos ou provocações sexuais, deve ficar comprovada a existência da chantagem emocional para a efetiva caracterização do assédio.

4 TIPOS DE ASSÉDIO

O ato de assediar sempre esteve presente nas relações de emprego, principalmente no período da escravidão, quando os escravos eram diariamente humilhados, torturados fisicamente e psicologicamente. Embora o tema seja antigo, as ocorrências de assédio permanecem, existindo então a necessidade de estudá-las mais a fundo.

O assédio praticado no ambiente de trabalho recebe o nome de *straining*, caracterizado pela imposição excessiva aos trabalhadores por intermédio de situações humilhantes, discriminatórias e ameaçadoras, que geram um estresse intenso, causando um abalo psicológico.

4.1 Assédio Moral

O assédio moral não ocorre apenas nas relações de trabalho, porém aí ocorre com muita frequência em virtude da hierarquia existente entre empregado e empregador. Entretanto, esse comportamento hostil pode ser praticado por um colega de equipe, mesmo com a inexistência de uma superioridade hierárquica entre a vítima e o autor.

4.1.1 Conceito

Entende-se por dano moral toda conduta abusiva e contínua de perseguição, podendo ser praticado por meio de gestos, sinais, escritas, palavras, que violem a saúde mental do trabalhador ou que gerem dano à sua dignidade ou integridade.

Em sua obra **Terror Psicológico no Trabalho**, a Juíza do Trabalho Márcia Novaes Guedes (2008, p. 32) conceitua:

No mundo do trabalho, *mobbing* significa todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamento do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.

Conforme supracitado, assédio significa perseguir alguém, porém é mister identificar qual o significado da expressão “moral” neste contexto. Marie-France Hirigoyen (2002, p. 65) afirma que:

A escolha do termo moral implicou uma tomada de posição. Trata-se efetivamente de bem e de mal, do que se faz e do que não se faz, e do que é considerado aceitável ou não em nossa sociedade. Não é possível estudar esse fenômeno sem levar em conta a perspectiva ética ou moral, portanto, o que sobra para as vítimas do assédio moral é o sentimento de terem sido maltratadas, desprezadas, humilhadas, rejeitadas. [...]

E por fim, na concepção de Sérgio Pinto Martins (2007, p. 434), assédio moral consiste em:

[...] uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém.

4.1.2 Espécies

Para melhor entendimento, os doutrinadores sentiram a necessidade de classificar cada tipo de assédio moral, chegando à conclusão mais aceita de que há a possibilidade de divisão do fenômeno em quatro formas, sendo elas: Assédio Moral Vertical Descendente; Assédio Moral Organizacional; Assédio Moral Horizontal, e Assédio Moral Vertical Descendente.

4.1.2.1 Assédio Moral Vertical Descendente

Este tipo de assédio é ordinário, ocorre quando a perseguição é feita pelo superior hierárquico da vítima.

A título de exemplo, ocorre esta modalidade quando o supervisor estipula uma meta a ser alcançada, e para que atinja tal objetivo o empregado passa por situação vexatória, constrangedora, que gera apelidos pejorativos.

4.1.2.2 Assédio Moral Organizacional

Neste caso, a violência psicológica não é praticada por uma pessoa específica. Geralmente ocorre esta modalidade de assédio quando a própria empresa introduz uma competitividade extrema no ambiente de trabalho. Essa estimulação da empresa, para que receba o caráter

assediador, precisa gerar um medo no trabalhador que cause a perturbação da sua paz psíquica, o que, via de regra, é feito por meio de ameaças, mesmo que em graus leves.

4.1.2.3 Assédio Moral Horizontal

Esta espécie de assédio é caracterizada pela linha direta hierárquica entre a vítima e o autor da agressão psicológica, por isso recebe o nome de horizontal - neste caso não existe um superior hierárquico, ambos ocupam as mesmas condições. Normalmente ocorre quando um funcionário debocha, insulta, ofende o outro, porque ele conseguiu alcançar uma meta e o outro não, por exemplo.

4.1.2.4 Assédio Moral Vertical Ascendente

Esta hipótese, embora muito rara, ocorre quando o empregado hierarquicamente inferior assedia seu superior hierárquico.

Para melhor entendimento, poderá ocorrer esta espécie de assédio quando o empregado descobre alguma coisa que prejudica a imagem de seu superior e então, por meio de chantagem, assedia seu superior para adquirir vantagem indevida.

4.2 Assédio Sexual

Este tema surgiu com a Revolução Sexual a partir da década de 1960, quando as questões relacionadas à liberdade sexual começaram a ser discutidas nas escolas e nos meios de comunicação.

O termo assédio sexual surgiu somente uma década depois nos Estados Unidos, por pesquisadores da Universidade de Cornell que estudaram os relatos de mulheres e as suas experiências com os homens no ambiente de trabalho.

4.2.1 Conceito

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o assédio sexual é definido por toda prática de atos importunos, contatos físicos forçados, propostas inconvenientes, como forma de garantia de emprego, para intervir em promoções na carreira da vítima ou, ainda, com o objetivo de humilhar, injuriar ou intimidar, ameaçar ou

coagir a vítima para que pratique atos sexuais e não denuncie, sob pena de punição, e, por fim, como oferta de vantagem ou ameaça de desvantagem no âmbito trabalhista, acadêmico, entre outros.

O assédio sexual é uma das formas mais comuns de constrangimento no ambiente de trabalho. Tais atos podem ser praticados por qualquer pessoa, de qualquer sexo, sendo mais rotineira a presença da figura do homem como assediador, e da mulher como assediada. Esta prática não é exclusiva das relações de trabalho, sendo habitual em qualquer relação hierárquica, como, por exemplo, nas relações entre docentes e discentes.

A autora Maria Ester de Freitas (2001, p. 14) explica:

O aspecto mais visível ou óbvio nas relações de assédio sexual é que, geralmente, não se trata de relações iguais, entre pares, nas quais a negativa pode ocorrer sem maiores consequências para quem está fazendo a recusa. Verificamos, ainda, que o assédio sexual é entre desiguais, não pela questão de gênero masculino *versus* feminino, mas porque um dos elementos da relação dispõe de formas de penalizar o outro lado. Constitui não apenas um convite constrangedor, que produz embaraço e vexame - pois um convite por mais indelicado que seja, pode ser recusado -, mas também explicita a diferença entre convite e intimidação, entre convidar e acuar o outro.

4.2.2 Elementos fundamentais

Em concordância com o conceito já mencionado anteriormente neste artigo, assédio pressupõe uma insistente perseguição à vítima, e em regra tal conceito se estende ao assédio sexual, sendo um elemento essencial a presença da reiteração dos atos de natureza sexual indesejada para a configuração do assédio. Porém, se a conduta for tão gravosa a ponto de inexistir a necessidade da reiteração do ato, a jurisprudência pode aceitar a inexistência desse elemento essencial.

Atualmente o entendimento predominante é contrário à configuração da reiteração de atos como elemento fundamental do assédio, sendo necessária apenas a presença dos seguintes elementos, conforme a autora Paula Oliveira Cantelli (2007) define: ato de natureza sexual praticada pelo assediador, ato de negação da vítima, convertendo a conduta do assediador em indesejada, e reflexo da conduta no ambiente de trabalho.

4.2.3 Espécies

A doutrina identifica duas espécies de assédio sexual, sendo, “assédio sexual por chantagem” e “assédio sexual por intimidação”.

Ambas as espécies são universais, ou seja, não são específicas do âmbito trabalhista, pois assim como o assédio moral, o assédio sexual não é uma realidade exclusiva das relações de trabalho, podendo ocorrer em qualquer lugar e situação. Para diferenciarmos o assédio sexual no ambiente de trabalho e fora dele surgem as classificações de assédio sexual laboral, que é aquele que ocorre no ambiente de trabalho, e de assédio sexual extralaboral, que ocorre nas demais situações, conforme explica Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 7):

Vale destacar que esta é uma classificação geral para todos os tipos de assédio sexual, e não exclusivamente o laboral. Todavia, como assédio sexual ocorre com muito maior frequência no ambiente de trabalho, até mesmo pela circunstância da necessidade de convivência entre os colegas de serviço, é comum ser apresentada também uma outra classificação em dois grupos: assédio sexual laboral e assédio sexual extralaboral.

4.2.3.1 Assédio Sexual por Chantagem (“Assédio Sexual *Quid pro Quo*”)

Este tipo de assédio sexual é o que ocorre com maior frequência, uma vez que consiste em atos de natureza sexual indesejada praticados pelo superior hierárquico.

Nesta situação, o superior hierárquico aproveita-se da sua autoridade na relação de trabalho e coage a vítima a lhe satisfazer sexualmente, por meio de pressão, ameaça, chantagem, sob a promessa de benefícios ou malefícios profissionais.

O assédio sexual por chantagem tem seu significado proveniente da expressão em latim *quid pro quo*, que significa “isto por aquilo”, ou seja, na prática o assediador diz: “faça determinada coisa que eu lhe ofereço algo em troca”.

Embora o assédio sexual nesta modalidade seja na grande maioria das vezes praticado pelo superior hierárquico, nada impede que haja assédio sexual por chantagem onde o assediador seja um colega de trabalho que ocupe a mesma posição hierárquica.

De acordo com Rodolfo Pamplona Filho, no assédio sexual por chantagem não é sempre que os favores sexuais dirijam-se à satisfação pessoal do assediador, podendo haver situações onde a conduta de

natureza sexual indesejada seja para outra pessoa, como clientes ou credores da empresa.

Vale destacar que esta espécie de assédio sexual é a única que recebe tipificação penal no ordenamento jurídico pátrio, conforme já elucidado no presente artigo.

4.2.3.2 Assédio Sexual por Intimidação (“Assédio Sexual Ambiental”)

O assédio sexual por intimidação recebe também o nome de assédio sexual ambiental, pois o assediador, que neste caso não está ligado a figura de hierarquia, viola o direito da vítima de habitar em um ambiente sexualmente sadio.

Isto ocorre porque uma das características desta espécie de assédio sexual é a conduta do assediador em constranger a vítima fisicamente ou verbalmente, violando seu direito de recusar tais ofensas, que possuem ampla extensão - podendo ser caracterizado por insinuações sexuais e ofensivas, solicitação de relação íntima, interesse na vida pessoal e privada, carícias indesejadas, apresentação de conteúdo pornográfico que ofenda a vítima -, expondo a situação humilhante e vexatória ou a qualquer ato sexista de forma geral.

A vítima, em esmagadora maioria, é a mulher, pois os assédios geralmente possuem conteúdos sexistas, que diminuem a vítima em virtude do sexo, ou, ainda, em alguns casos o assediador enxerga a mulher como um objeto que tem por dever satisfazê-lo sexualmente, quando ele desejar.

Nesta espécie de assédio sexual não há a necessidade da existência de uma hierarquia entre as partes, podendo ser praticada por um trabalhador que ocupe a mesma posição hierárquica da vítima.

Embora recorrente esta espécie na prática, ela não possui tipificação no Código Penal. Entretanto, é evidente que, ocorrendo tal assédio, a vítima tem sua liberdade sexual violada, devendo receber amparo por meio das esferas trabalhista e civil para a reparação do dano.

5 ASSÉDIO MORAL E SEXUAL SOBRE A MULHER BRASILEIRA

É de notório saber que a teoria é uma parte extremamente importante para a análise profunda de um determinado tema, entretanto, é de suma importância a existência do estudo atual, da realidade, pois na prática nem sempre ocorre como a teoria diz.

Assim como em todos os temas existentes, o assédio, seja ele moral ou sexual, é um assunto que, embora antigo, permanece tendo divergência de dados entre a teoria e a prática.

Explico. Na teoria, a pessoa assediada recorre à Justiça Brasileira, seja na esfera civil, penal ou trabalhista, o assediador é punido, e a vítima restabelece a sua saúde mental, retornando à sua vida sem danos graves. Entretanto, na maioria dos casos a vítima não suporta mais ser assediada, e ao invés de denunciar o assediador, pede demissão com o intuito de se livrar daquela situação sem sofrer represálias, esquecendo-se de que o abalo psicológico sofrido perdurará, causando danos irreparáveis.

Outra discrepância entre a teoria e a prática é o fato de hipoteticamente as mulheres possuírem as mesmas condições de trabalho, salário e cargo, comparadas às dos homens. Sabemos que a Constituição oferece uma ampla proteção a todos, em virtude do princípio da igualdade, contudo a realidade é diferente. Embora a mulher tenha se tornado independente, ainda sofre muita discriminação no ambiente de trabalho e desigualdade salarial em virtude do sexo, e tais ações geram um ambiente perturbador e propenso à existência de assédio.

No ano de 2015, o *site* de notícias **BBC** publicou uma pesquisa feita com 4.975 profissionais, sendo que destes, 52% revelaram já ter sofrido assédio moral ou sexual, e 34% daqueles que não sofreram assédio já o presenciaram.

Dentre aqueles que alegaram já ter sofrido assédio, 48,1% dos homens e 51,9% das mulheres sofreram assédio moral - com base em tais dados é possível verificar que existe uma paridade entre os homens e as mulheres. Já no assédio sexual houve uma notória disparidade com relação às mulheres, sendo que 20,1% dos homens e 79,9% das mulheres alegaram já ter sofrido algum tipo de assédio sexual.

Vale destacar que 87,5% dos profissionais que disseram já ter sofrido qualquer tipo de assédio, seja moral ou sexual, não denunciaram o assediador por medo de perder o emprego ou de sofrer represália, por vergonha ou, ainda, por receio de acharem que a vítima era culpada (BARIFOUSE, 2015).

6 CONCLUSÃO

O assédio, conforme mencionado no presente artigo, é uma forma de humilhação recorrente no âmbito trabalhista, e por muitos anos foi considerado uma prática normal, proveniente do poder empregatício exercido pelo empregador, podendo acontecer com qualquer pessoa, independentemente da condição de gênero. Entretanto, as mulheres, em especial, permanecem sendo os principais alvos, pois ao longo da história a mulher não foi vista como cidadã, de fato e de direito. Eram designadas

desde o nascimento a serem meras donas de casa e a satisfazerem seu marido e seus filhos, pois aquelas que trabalhavam eram consideradas mulheres indignas e sofriam repúdio da sociedade.

Embora a situação atualmente seja diferente, é muito difícil modificar toda uma cultura machista e preconceituosa, na qual milhares de pessoas e muitas gerações nasceram e cresceram entendendo, de maneira errônea, que lugar de mulher é em casa e não trabalhando. Esses ensinamentos equivocados, de cunho machista, que são passados de geração a geração, formam pessoas que acreditam que assediar não é nada, que humilhações constantes, piadas vexatórias que denigrem a imagem e a dignidade da pessoa humana não passam de brincadeiras, ou ainda, que galantear e assediar uma mulher, mesmo que ela já tenha manifestado não gostar ou não querer receber tais cortejos, significa que ela está “se fazendo de difícil”, como é popularmente conhecido.

Destarte, conclui-se que a luta pela a igualdade, liberdade sexual e dignidade da mulher permanecerá existindo, bem como que o ordenamento jurídico brasileiro permanecerá presente para atuar nas relações de abuso, a fim de garantir a justiça não só à mulher, mas a todo o povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARIFOUSE, Rafael. Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa. **BBC News Brasil**, São Paulo, 15 jun. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **DOU**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **DOU**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

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.

BRASIL. Decreto n. 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 2, p. 260, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-a-17-maio-1932-526754-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

BRUGINSKI, Márcia Kazenoh. Assédio moral no trabalho: conceito, espécies e requisitos caracterizadores. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, v. 2, n. 16, mar. 2013. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/assediomaoralesuaprevenotrilho1_2.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: LTr, 2007.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTr, 2000.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007.

CARDOZO FILHO, Aloizio Apoliano. Conceito, terminologia e elementos caracterizadores do assédio moral nas relações de trabalho. **Jus.com.br**, Teresina, ago. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19710/conceito-terminologia-e-elementos-caracterizadores-do-assedio-moral-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho de acordo com a reforma trabalhista e a MP 808/2017**. São Paulo: Método, 2018.

FALEI, Miridan Knox. Mulheres do sertão nordestino. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.); BASSANEZI, Carla (Coord. textos). **Histórias das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto/UNESP, 1997.

FREITAS, Maria Ester de. Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 41, n. 2, abr./jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v41n2/v41n2a02.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Tradução de Maria Helena Kühner. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Assédio moral. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, n. 13, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Dialética, 1998.

NATIVIDADE, Priscila. Bahia registra 27.782 casos de assédio moral no trabalho por ano. **Correio**, Salvador, 14 jan. 2018. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bahia-registra-27782-casos-de-assedio-moral-no-trabalho-por-ano/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio sexual: questões conceituais. **Jus.com.br**, Teresina, jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6826/assedio-sexual/1>. Acesso em: 18 fev. 2019.

PRADO, Ana. Estudo mapeia diferentes tipos de assédio. **Superinteressante**, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/como-pessoas-funcionam/estudo-mapeia-diferentes-tipos-de-assedio/>. Acesso em: 29 jun. 2019.

SILVA, Fernanda Guimarães Manfredini. Proteção ao trabalho da mulher: direitos trabalhistas e o princípio da igualdade. **Jus.com.br**, Teresina, jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39711/protacao-ao-trabalho-da-mulher-direitos-trabalhistas-e-o-principio-da-igualdade>. Acesso em: 22 jul. 2019.



JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO

01 - AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO EM FASE DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INTERESSE MERAMENTE ECONÔMICO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. Nos termos do inciso II do art. 967 do CPC, tem legitimidade ativa para propor a ação rescisória “o terceiro juridicamente interessado”. O sócio que passa a figurar no polo passivo tão somente na fase de execução, em razão da desconsideração da personalidade jurídica, não possui legitimidade para ajuizar ação rescisória com a pretensão de desconstituir decisão proferida em fase de conhecimento, quando o processamento e as condenações se deram unicamente em face da empresa reclamada. O interesse do sócio, na hipótese, é meramente econômico, o que não basta para atrair a legitimidade para ingressar com a ação rescisória e impõe a extinção do feito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, VI, do CPC. TRT/SP 15ª Região 0007270-72.2019.5.15.0000 AR - 3ª SDI PJe. Rel. Patrícia Glugovskis Penna Martins. DEJT 7 nov. 2019, p. 868.

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. PROVA FALSA. INCISO VI, ART. 966, CPC. Para provocar o corte rescisório, a prova falsa, nos termos do inciso VI do art. 966 do CPC, deve ter sido o único ou o principal fundamento da decisão rescindenda capaz de, por si só, reverter o julgamento da decisão atacada. TRT/SP 15ª Região 0008382-13.2018.5.15.0000 AR - 3ª SDI PJe. Rel. Orlando Amâncio Taveira. DEJT 7 nov. 2019, p. 1683.

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA MANIFESTA À NORMA JURÍDICA (INCISO V, ART. 966, CPC). SÚMULA DO TRIBUNAL REGIONAL EM CONFLITO DIRETO COM O TEOR DE VINCULANTE. INEXISTÊNCIA DE MATÉRIA CONTROVERTIDA. RESCISÃO QUE SE IMPÕE. Não caracteriza matéria controvertida, capaz de afastar o cabimento de ação rescisória, decisão fundamentada em Súmula do Tribunal Regional editada em desarmonia com o entendimento consolidado em Súmula Vinculante, que é de observância obrigatória em relação a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nos termos do art. 103-A da CF/1988. Assim, caracteriza ofensa manifesta à norma jurídica, nos termos do art. 966, V, do CPC, a decisão proferida em dissonância com teor da Súmula Vinculante n. 37, ainda que fundamentada em Súmula do Tribunal Regional, que concedeu aumentos salariais a servidores públicos sob o pretexto de isonomia, sem a existência de lei específica para tanto, impondo-se o corte rescisório. Em juízo rescisório,

a lide originária deve ser julgada improcedente, negando-se as diferenças salariais. TRT/SP 15ª Região 0005956-91.2019.5.15.0000 AR - 3ª SDI PJe. Rel. Orlando Amâncio Taveira. DEJT 10 out. 2019, p. 1509.

04 - ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO (ART. 19 DA LEI N. 8.213/1991). NEXO DE CAUSALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. RISCO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PERTINÊNCIA (§ 1º DO ART. 927 DO NCC). Em caso de acidente do trabalho típico ou moléstia que se lhe equipare, o art. 7º, XXVIII, da CF/1988, assegura ao trabalhador o amparo da seguridade social, sem prejuízo do direito à reparação por danos materiais e morais, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. Não há dúvida que a CF/1988 cogita de responsabilidade civil subjetiva patronal, em caso de infortúnio. Não descarta, porém, a responsabilidade civil objetiva do empresário que no exercício normal de atividade que, por sua natureza, coloca em risco a integridade física, a saúde, ou, ainda, ofenda a intimidade, a privacidade, a honra, a imagem ou outros valores inerentes aos direitos da personalidade do seu empregado (CF/1988, art. 5º, X, e Código Civil, arts. 186, 187 e 927 e seu parágrafo único). Na hipótese, partindo-se da premissa da responsabilidade civil patronal, de acordo com as provas coligidas, denota-se que a ré se descurou das normas mínimas de segurança e saúde do trabalhador e, assim, de velar pelas suas condições físicas, concorrendo para o resultado lesivo, o que configura o ato ilícito capaz de gerar as reparações correspondentes, devendo arcar com as consequências daí advindas, nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. TRT/SP 15ª Região 0012770-10.2017.5.15.0059 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 25 jul. 2019, p. 22800.

05 - ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE REPARATÓRIA PARA O EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA. A procedência da ação indenizatória por danos decorrentes de acidente do trabalho pede a coexistência de três elementos: a ofensa patronal a uma norma ou erro de conduta, o dano (moral ou material) para o trabalhador, e o nexo de causalidade do evento danoso com o trabalho. Quando se constata a culpa exclusiva da vítima na ocorrência do infortúnio, não há espaço para pretensão reparatória. Nesse sentido a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira: “quando o acidente do trabalho acontece por culpa exclusiva da vítima não cabe qualquer reparação civil, em razão da inexistência de nexo causal do evento com o desenvolvimento da atividade da empresa ou com a conduta do empregador” (**Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**, LTr, 5. ed., p. 151). No caso, emerge dos autos que o fator determinante para a ocorrência do acidente fatal

foi a imprudência e a negligência cometida pelo trabalhador que, embora conhecedor das rotinas, sem autorização ou ordem das tomadoras dos serviços, por livre iniciativa, deliberadamente, não estando à disposição das contratantes, resolveu acessar o telhado em reforma em que havia trabalhado no dia anterior, na busca da carteira que ali havia esquecido, quando então caiu de altura aproximada de 10 (dez) metros, sofreu traumatismo crânio encefálico secundário a ação contundente e veio a falecer. Destarte, diante da demonstração de que o autor agiu com culpa exclusiva para desencadeamento do evento danoso, imprudentemente, não há como responsabilizar os tomadores dos serviços pelo infortúnio e, via de consequência, pelo pagamento das indenizações por danos morais e materiais. Recurso ordinário proposto pelos autores (filhos do *de cujus*) conhecido e desprovido. TRT/SP 15ª Região 0011332-94.2016.5.15.0022 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 25 jul. 2019, p. 24002.

06 - ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. A celebração de acordo sem reconhecimento de vínculo de emprego em reclamação trabalhista demonstra, no mínimo, a ocorrência de relação de trabalho, o que enseja o recolhimento obrigatório de contribuições previdenciárias e tributárias. Ademais, a incidência de contribuições previdenciárias, sendo pertinente à ordem pública, não pode ser afastada pela vontade das partes, manifestada em prejuízo da seguridade social, protegida por ordem constitucional. Nenhum valor jurídico, portanto, possui a expressão “pagamento feito por mera liberalidade” e a declaração, com nítida intenção fraudulenta, de que o pagamento fora realizado a título de “perdas e danos”. A desconsideração dos efeitos de ordem pública manifestada entre particulares constitui, igualmente, uma forma de corrupção, vez que impede a consecução dos serviços públicos, destinados a todos os demais cidadãos. TRT/SP 15ª Região 0011081-36.2017.5.15.0121 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 25 jul. 2019, p. 2439.

07 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CALOR. LABOR A CÉU ABERTO. CARACTERIZAÇÃO. ART. 190 DA CLT E ANEXO 3 DA NR-15 DA PORTARIA N. 3.214/1978 DO MTE. APLICAÇÃO DA OJ N. 173, II, DA SDI-1 DO C. TST. Tratando-se de labor na lavoura, com exposição direta ao agente calor sem possibilidade de sua atenuação, é devido o adicional de insalubridade previsto no art. 190 da CLT e Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, conforme entendimento do TST consubstanciado na OJ n. 173, II, da SDI-1. TRT/SP 15ª Região 0010903-82.2017.5.15.0058 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 8 ago. 2019, p. 4118.

08 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EMPREGADO CONTRATADO PELO REGIME CELETISTA. LEI COMPLEMENTAR N. 432/1985 DE SÃO PAULO. NÃO CABIMENTO. Nos termos do art. 8º da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo, o regramento especial do adicional de insalubridade não é aplicável aos empregados contratados sob o regime da CLT. TRT/SP 15ª Região 0010957-35.2017.5.15.0127 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 19 set. 2019, p. 27372.

09 - AGRAVO DE PETIÇÃO E COISA JULGADA MATERIAL: LIMITES INCONTORNÁVEIS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. A coisa julgada material constitui o itinerário a ser percorrido pelos atores processuais, inexistindo possibilidade de exercício do direito de defesa que subverta o dever de reverência à lei em estado concreto contida no comando sentencial. Na espécie, ausentes as demonstrações de que as normas empresariais supervenientes instituíram condições mais benéficas, aplica-se ao regime jurídico da aposentadoria complementar da autora o disposto no regulamento vigente em 1980. TRT/SP 15ª Região 0000694-16.2010.5.15.0053 AP - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Marcus Menezes Barberino Mendes. DEJT 29 ago. 2019, p. 26705.

10 - AGRAVO DE PETIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. *A mens legis* que emana dos termos da Lei n. 8.009/1990 é a proteção da entidade familiar. Dessa forma, observa-se que a natureza jurídica da figura do bem de família reside na garantia de manutenção de bens mínimos, para atendimento das necessidades vitais, impedindo a desarticulação do lar em caso de expropriação patrimonial. Não se constitui prêmio ao mau pagador, mas garantia de manutenção da entidade familiar, muitas vezes composta por membros que não contribuíram diretamente para o insucesso do negócio. Cabível a invocação da impenhorabilidade de bem de família em execução trabalhista, a teor do disposto no art. 5º da Lei n. 8.009/1990, cuja prova se restringe à utilização do imóvel para moradia da família. TRT/SP 15ª Região 0010293-25.2018.5.15.0044 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 18 jul. 2019, p. 16568.

11 - AGRAVO DE PETIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O exercício do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não caracteriza oposição maliciosa à execução ou qualquer das demais hipóteses configuradoras de ato atentatório à dignidade da justiça, passível de penalização com multa por litigância de má-fé. TRT/SP 15ª Região 0012200-10.2018.5.15.0020 AP - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 7 nov. 2019, p. 28658.

12 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA.

INTEMPESTIVIDADE DA MEDIDA CORREICIONAL NÃO INFIRMADA. Impõe-se a manutenção da decisão agravada quando as razões do apelo não impugnam os seus fundamentos e não há elemento capaz de infirmar o reconhecimento da intempestividade da medida correicional. TRT/SP 15ª Região 0007388-48.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Maria Madalena de Oliveira. DEJT 7 nov. 2019, p. 698.

13 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EM CUMPRIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE ÍNDOLE JURISDICIONAL. TUMULTO OU ERRO PROCEDIMENTAL NÃO CONFIGURADOS. EXISTÊNCIA DE MEIOS PROCESSUAIS PRÓPRIOS PARA QUESTIONAR A JURIDICIDADE DA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A determinação constante em despacho que dá cumprimento a ordem proferida em mandado de segurança retrata decisão jurisdicional e não revela viés tumultuário ou abusivo, tampouco erro procedimental, podendo outrossim ter sua revisão buscada por meio processual próprio. Ausência das hipóteses de cabimento da Correição Parcial elencadas no art. 35 do Regimento Interno. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 0006359-60.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 26 set. 2019, p. 949.

14 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE EXTENSÃO DE EFEITOS DE ORDEM PROFERIDA EM AÇÃO MANDAMENTAL A OUTROS PROCESSOS. ATO DE ÍNDOLE JURISDICIONAL. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AUTORIZAÇÃO REGIMENTAL PARA INDEFERIMENTO LIMINAR. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O ato que indeferiu a extensão dos efeitos de decisão proferida em mandado de segurança relativo a outro processo trabalhista em curso pela mesma Vara do Trabalho possui índole jurisdicional, sendo claramente incabível sua revisão na seara correicional. Autorizado, assim, o indeferimento liminar da pretensão correicional, conforme permissivo contido no art. 37 do Regimento Interno. Além disso, o reexame do ato em questão já está sendo buscado pela agravante pela via recursal, o que também afasta a possibilidade de debate pela via correicional. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 0006518-03.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 26 set. 2019, p. 956.

15 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. IMISSÃO NA POSSE. ESGOTAMENTO DE PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS NO ÂMBITO DO JUÍZO DEPRECADO. POSSIBILIDADE

DE DISCUSSÃO ACERCA DO ALEGADO ESBULHO POSSESSÓRIO PELA VIA JUDICIAL. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA EXECUTÓRIA AO JUÍZO DE ORIGEM. ATOS DE ÍNDOLE JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE TUMULTO PROCESSUAL OU ERRO DE PROCEDIMENTO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. A devolução de carta precatória executória ao Juízo Deprecante após a expedição de mandado de imissão na posse de bens imóveis arrematados decorreu de decisão de índole jurisdicional, coerente com a liberdade de condução do processo outorgada ao Juízo pelo ordenamento jurídico e com a inteligência técnica do magistrado acerca do esgotamento de providências a serem adotadas no âmbito do Juízo Deprecado, conforme especificidades do caso concreto. Por outro lado, as providências necessárias à eliminação do esbulho poderão ser buscadas pelos agravantes pelos meios processuais próprios. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 0007728-89.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 24 out. 2019, p. 627.

16 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. REDESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. ATO DE NATUREZA JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE TUMULTO PROCESSUAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. O atendimento do pedido de um dos litigantes para redesignar audiência de modo a permitir a oitiva de testemunhas por ele indicadas configura ato de natureza jurisdicional, voltado à formação do convencimento do Juízo e que não revela tumulto processual e nem comporta intervenção censória. Agravo regimental a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0007256-88.2019.5.15.0000 CorPar - Ac. OEJ PJe. Rel. Maria Madalena de Oliveira. DEJT 7 nov. 2019, p. 695.

17 - ARRAZOADO. NECESSIDADE DE CLAREZA, CONCISÃO E PRECISÃO. INOBSERVÂNCIA. OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. As peças processuais muito extensas, nas quais o interlocutor confia que, por muito falar, sua tese será acolhida, em verdade pode mesmo é causar prejuízo ao discursante, e não só a ele, mas, também, *lato sensu*, uma prestação jurisdicional mais célere e justa, tão aclamada e cobrada do Poder Judiciário, como se a celeridade da Justiça dependesse apenas deste Poder, atentando contra o postulado constitucional da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República), afirmando-se o mesmo, apesar de configurar um truísmo, que a ocultação de fatos na petição inicial ou na defesa trata-se de péssimo vezo, que merece ao regular exercício do contraditório e da ampla defesa, citando-se as notícias sobre a questão veiculada no informativo jurídico eletrônico **Migalhas** (www.migalhas.com.br) e, ainda, a exortação constante das palavras do Senhor Jesus Cristo

no conhecido Sermão da Montanha a respeito das orações, cujo escólio demonstra que não é por muito falarem que serão ouvidos (cf. **Evangelho de Mateus**, capítulo 6, versículo 7), advertindo-se, nessa esteira, ser de bom alvitre que se observem, nos arrazoados, as regras da clareza, concisão e precisão, em benefício não só do peticionário, mas de todos os jurisdicionados. TRT/SP 15ª Região 0011628-98.2016.5.15.0028 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. João Batista da Silva. DEJT 7 nov. 2019, p. 14926.

18 - ART. 840 DA CLT. PEDIDO CERTO, DETERMINADO E COM INDICAÇÃO DO VALOR. DESCUMPRIMENTO PELO RECLAMANTE. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Lei n. 13.467/2017, que conferiu nova redação ao art. 840 da CLT, passou a exigir que o pedido seja certo, determinado e com indicação de seu valor. Como não há pedido referente à estabilidade acidentária, de forma a consignar que apenas constou pedido de indenização por danos morais, o que foi devidamente apreciado na r. sentença, inexistente a alegada negativa de prestação jurisdicional. Sentença mantida. TRANSPORTE IRREGULAR DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Impor aos empregados o injusto dever de transportar valores (em espécie ou em documentos de expressão monetária, tais como cheques, talões de cheques, promissórias etc.) de maneira inadequada e insegura, sem qualquer treinamento, enseja reparação, tal como decidido com correção na origem. Sentença que se mantém. TRT/SP 15ª Região 0011082-16.2018.5.15.0079 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 19 set. 2019, p. 29152.

19 - ATIVIDADE EXTERNA COMPATÍVEL COM A FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA. INEXISTÊNCIA DE SUBSUNÇÃO NA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62 DA CLT. O simples exercício de atividade externa não leva à caracterização da hipótese em tela se houver a possibilidade de fiscalização da jornada efetivamente cumprida, seja de forma direta ou indireta, o que restou comprovado no presente caso, sendo que a questão envolvendo a demandada, ora recorrente, é de amplo conhecimento deste Regional. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 0010342-60.2017.5.15.0122 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 19 set. 2019, p. 29403.

20 - BEM INDIVISÍVEL. COPROPRIEDADE. RESSALVA SOBRE O PRODUTO DA ALIENAÇÃO. O bem em copropriedade pode ser penhorado em sua totalidade, desde que haja ressalva sobre o produto da alienação quanto ao coproprietário não executado, que terá inclusive preferência na arrematação do bem em igualdade de condições, nos termos do art. 843 e parágrafos, do CPC. TRT/SP 15ª Região 0010684-65.2019.5.15.0069 AP - Ac. 2ª Câmara PJe. Rel. Dora Rossi Góes Sanches. DEJT 1º ago. 2019, p. 10031.

21 - BOMBEIRO CIVIL. ESCALA 12X36. DIVISOR 180. Nos termos da Lei n. 11.901/2009, a jornada do bombeiro civil, em escala 12x36, é limitada a 36 horas semanais, razão pela qual aplica-se o divisor 180 para o cálculo do sobrelabor. TRT/SP 15ª Região 0012412-93.2016.5.15.0022 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 25 jul. 2019, p. 30680.

22 - CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE DE MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ENQUADRAMENTO E REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. AFERIÇÃO DOS TRABALHADORES E DAS FUNÇÕES CONCRETAMENTE SUBSUMIDAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 2º DA LEI N. 12.023/2009 APÓS A SENTENÇA DECLARATÓRIA POSITIVA. POSSIBILIDADE. Não viola o art. 492, parágrafo único, do CPC a sentença que, certa na natureza do provimento e no respectivo objeto, cria uma condição de eficácia a ser estimada em momento próprio (como, na espécie, a aferição dos trabalhadores e das funções concretamente subsumidas aos casos dos incisos I, II e III do art. 2º da Lei n. 12.023/2009, em sede de liquidação, no lapso de tempo predefinido). Preliminar de nulidade que se rejeita. REPRESENTATIVIDADE DO SINDICATO DA CATEGORIA DIFERENCIADA EM ATIVIDADES ECONÔMICAS DIVERSAS DA MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS. POSSIBILIDADE. O sindicato legalmente constituído para a representação da categoria diferenciada em dada base territorial pode defender os interesses individuais e coletivos dos membros de sua categoria perante qualquer empresa ou entidade representativa patronal, de qualquer ramo econômico, desde que exista, nos respectivos quadros de pessoal, profissional exercente das atividades próprias da categoria diferenciada, independentemente da atividade econômica preponderante exercida pelo empregador. Recurso ordinário a que se nega provimento, no particular. REPRESENTATIVIDADE DO SINDICATO DA CATEGORIA DIFERENCIADA DOS TRABALHADORES EM ATIVIDADES DE MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL: EXTENSÃO. Pertencem à categoria profissional diferenciada dos trabalhadores em atividades de movimentação de cargas em geral os almoxarifes (CBO 4141-05), desde que ativados nos segmentos de logística, assim como os operadores de transporte multimodal (CBO 3421-10) e os gerentes de operações de transportes (CBO 1416-05), todos enquadráveis na hipótese do art. 2º, I, da Lei n. 12.023/2009. Recurso ordinário a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0010449-31.2017.5.15.0114 ROT - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Guilherme Guimarães Feliciano. DEJT 17 out. 2019, p. 957.

23 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO OBJETIVANDO A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À ERRADICAÇÃO E PREVENÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. A ação

que discute a prevenção e erradicação do trabalho infantil está entre as que se inserem nas questões que se relacionam com o trabalho e, assim, é de competência desta Justiça Especializada, nos termos do art. 114, I e IX, da CF. TRT/SP 15ª Região 0010189-56.2017.5.15.0080 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 18 jul. 2019, p. 27715.

24 - CONTRADITA DE TESTEMUNHA. PROVA DO INTERESSE. ACOLHIMENTO QUE SE IMPÕE. Para o acolhimento da contradita de suspeição de testemunha é necessária prova do interesse, e não mera presunção, bem como a presença de quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 829 da CLT e 447, § 3º, do CPC/2015. No presente caso, a testemunha D.R.O. foi taxativa ao afirmar em seu depoimento que “caso fosse procurado pelo reclamante para vir depor em seu favor e contra a empresa, o depoente não aceitaria ser sua testemunha”, sendo evidente a inexistência de isenção de ânimo necessária para o exercício da função pública. Sentença que se reforma. COBRANÇA DE TAXA DE SERVIÇOS. PREVISÃO COLETIVA DE DISTRIBUIÇÃO AOS EMPREGADOS, SEM FAZER DISTINÇÃO ÀS FUNÇÕES EXERCIDAS. A reclamada não apresentou em Juízo nenhum documento sequer que pudesse comprovar os valores recebidos dos clientes a título de gorjeta/taxa de serviço, ônus que lhe competia, tendo em vista sua aptidão para a prova, pois detentora de todos os documentos contábeis e fiscais. Assim, comprovada a cobrança da gorjeta pela reclamada, alternativa não resta a este Relator senão prover o apelo do reclamante a fim de condenar ao pagamento das gorjetas recebidas e não repassadas ao trabalhador. Sentença que se reforma. TRT/SP 15ª Região 0010956-44.2017.5.15.0032 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 19 set. 2019, p. 25062.

25 - CONTRATO CELEBRADO COM EMPRESA PROMOTORA DE SERVIÇOS BANCÁRIOS SECUNDÁRIOS. PRETENSÃO OBREIRA DE EQUIPARAÇÃO À CATEGORIA DOS BANCÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. Os promotores de produtos e serviços relacionados à atividade bancária/financeira nada mais são do que uma ponte de ligação entre o banco e os seus clientes. Sendo assim, responsabilizam-se apenas pela execução operacional de algumas atividades, como receber propostas de financiamentos e análise de cadastro, mas sempre com funções de mediação. Portanto, uma vez que não desempenham atividades típicas dos bancários/financeiros, inviável a sua equiparação aos trabalhadores desta categoria. Recurso patronal provido. TRT/SP 15ª Região 0011296-81.2015.5.15.0153 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 24 out. 2019, p. 2338.

26 - DANO MORAL. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. IRRELEVANTE. *DAMNUM IN RE IPSA*. Algumas situações de que temos conhecimento

não precisam ser vividas para se ter o alcance das consequências causadas no ser humano, podendo ser consideradas fatos notórios, posto que inseridas no senso comum mediano, não dependendo de provas por decorrer da natureza das coisas (inteligência do art. 374, I, do Código de Processo Civil). Configura-se *damnum in re ipsa* o dano presumido do ofendido, bastando a prova da ocorrência do malefício ao seu patrimônio moral, sua intimidade, honra e imagem, a dor, o sofrimento, o abalo íntimo são decorrências do ato do ofensor. TRT/SP 15ª Região 0012154-33.2016.5.15.0071 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 19 set. 2019, p. 8845.

27 - DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO. MUDANÇA DE SEXO. POSSIBILIDADE. Nos termos da Lei n. 9.029/1995, a despedida sem justa causa do empregado que faz a opção pela mudança de sexo presume-se discriminatória, com a inversão do *onus probandi*, sendo do empregador a prova de que a dispensa não se fez por motivo de preconceito. Isto é evidenciado pelo fato de nenhuma dispensa ser completamente imotivada, havendo sempre um fundo econômico, disciplinar, técnico ou doloso. O art. 1º, alínea “a”, da Convenção 111 da OIT qualifica a questão da discriminação na relação de trabalho em relação à distinção fundada no sexo do empregado. O princípio da não discriminação está ligado ao princípio da igualdade, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, foi editada pelo C. TST a Súmula n. 443. Comprovação que a reclamada dispensou a reclamante por conta da sua transexualidade e outros constrangimentos como o uso do banheiro feminino e a correção do nome no crachá. Presume-se, assim, que a ruptura do contrato laboral decorreu de ato de discriminação decorrente da alteração de gênero da reclamante, causando-lhe sérios problemas e desgastes. Portanto, diante deste quadro fático, a reclamante tem direito à reparação do seu patrimônio moral. TRT/SP 15ª Região 0011989-27.2017.5.15.0046 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DEJT 7 nov. 2019, p. 37986.

28 - DANO MORAL. OCIOSIDADE FORÇADA. CONFIGURADO. O contrato de trabalho caracteriza-se por ser sinalagmático, ou seja, há previsão de direitos e deveres recíprocos entre as partes. O dever fundamental do empregado consiste em colocar a sua energia de trabalho à disposição do empregador. Quanto à empresa, deve proporcionar trabalho e remunerá-lo. Com efeito, ao deixar o trabalhador ocioso, além de infringir cláusula ínsita ao pacto laboral, o empregador desrespeita um direito fundamental, a dignidade do trabalhador. Assim, a reparação decorrente do dano moral encontra fundamento nas disposições contidas no art. 5º, incisos V e X, da CF, bem como nos arts. 186, 187, 927 e 944 do CC. TRT/SP 15ª Região 0012357-48.2016.5.15.0021 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Alvarenga Martins. DEJT 28 nov. 2019, p. 39399.

29 - DANOS MORAIS. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. ABUSO DO DIREITO POTESTATIVO POR PARTE DO EMPREGADOR. Dispensa sem justa causa ocorrida no estado gravídico da reclamante, em momento de inegável fragilidade, quando mais necessita manter sua fonte de sustento, representa ofensa à dignidade da pessoa humana e à reputação da trabalhadora, afronta a função social dos contratos e viola direito subjetivo constitucionalmente garantido. Trata-se de ato praticado em nítido abuso de direito por parte do empregador. Dano moral devido. TRT/SP 15ª Região 0010898-08.2018.5.15.0064 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 17 out. 2019, p. 11704.

30 - DECISÃO PELO PLENÁRIO DO E. STF, NOS AUTOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324. ADMISSÃO EXPRESSA DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA DE SERVIÇOS PARA ATIVIDADES MEIO E ATIVIDADES FIM, FIXANDO EM AMBOS OS CASOS A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR. A contratação por interposta pessoa, ainda que lícita, implica a responsabilidade do tomador de serviços, uma vez que este se beneficia da utilidade patrimonial do labor humano, equiparando-se o empregador intermediário à figura de preposto (art. 1.521, III, do CC/1916 e 932, III, do CC/2002). Ambos, coligados para uma contratação de natureza triangular, são responsáveis em diferentes medidas pelas lesões resultantes do contrato experimentadas pelo laborista, na forma do art. 159 do CC/1916 e 186 c/c 933 do CC/2002, base legal do inciso IV da Súmula n. 331 do C. TST. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0010009-16.2019.5.15.0130 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DEJT 7 nov. 2019, p. 40993.

31 - DER. DONO DA OBRA. NÃO CONFIGURAÇÃO. O DER não pode ser considerado mero dono da obra e, desse modo, eximir-se de sua obrigação pelos direitos não adimplidos pelas empresas de construção civil que contrata. A manutenção de estradas de rodagem e a realização de serviços de engenharia estão vinculadas à sua própria finalidade, constando, inclusive, de seu objeto social. Equipara-se, portanto, à empresa construtora ou incorporadora, responsável pelas verbas não adimplidas aos empregados de suas contratadas, nos termos da própria OJ n. 191 da SDI-1 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0010748-48.2017.5.15.0036 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 19 set. 2019, p. 24966.

32 - DESCONTO. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da liberdade sindical (arts. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V), razão pela qual é inadmissível a imposição do pagamento de contribuição assistencial aos integrantes da categoria profissional

não associados ao sindicato, sob pena de ferir-se aqueles dispositivos constitucionais. TRT/SP 15ª Região 0010116-11.2018.5.15.0093 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 7 nov. 2019, p. 19999.

33 - DIFERENÇAS DE FGTS. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. DECISÃO PROLATADA NA ARE 709.212/DF. No julgamento do ARE 709.212/DF (havido em 13.11.2014), o E. STF reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto n. 99.684/1990, na parte em que ressalvam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, por ofensa ao disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988. Na mesma decisão, constou também que era quinquenal o prazo prescricional aplicável às cobranças dos valores não depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal. Em razão disso, o C. TST resolveu alterar a redação da Súmula n. 362 para que esta ficasse adequada àquela decisão, ficando definido que seria aplicada a prescrição quinquenal para os casos em que o início do prazo ocorreu após 13.11.2014, enquanto seria aplicada a prescrição trintenária para os demais. Desse modo, considerando-se que a presente ação foi ajuizada 14.6.2017, a modulação dos efeitos do julgamento do STF alcançam a presente demanda. Recurso do autor a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011308-58.2018.5.15.0099 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 18 jul. 2019, p. 8317.

34 - DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DE TRABALHO. ALTERNÂNCIA DE HORÁRIO. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. CARACTERIZAÇÃO. Embora a alternância de turno ultrapasse a escala mensal, cumprido o regime de doze horas em escala de 2x2, consoante recente posicionamento da Corte Superior Trabalhista, a referida alternância, por si só, não descaracteriza o turno ininterrupto de revezamento, resultando devidas as horas superiores à 6ª diária e 36ª semanal, na forma do art. 7º, XIV, CF. TRT/SP 15ª Região 0010231-19.2017.5.15.0044 ROT - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DEJT 19 set. 2019, p. 18888.

35 - DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. DESCONTOS INDEVIDOS. DEVOLUÇÃO. Apenas empregados filiados podem sofrer dedução de contribuição confederativa e associativa, sob pena de violação ao princípio da liberdade de associação sindical, na forma contida na Constituição Federal em seu art. 8º, V. Cláusulas coletivas que fixem contribuições em favor da entidade, obrigando trabalhadores

não filiados, são nulas de pleno direito, sendo passíveis de devolução os valores eventualmente descontados. Nesta linha, o Precedente Normativo n. 119 e a OJ n. 17 da SDC, ambos do C. TST, assim como a Súmula Vinculante n. 40 do STF. Recurso autoral que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0013312-16.2015.5.15.0021 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. André Augusto Ulpiano Rizzardo. DEJT 18 jul. 2019, p. 18666.

36 - DOENÇA OCUPACIONAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CULPA DA EMPREGADORA CONFIGURADA. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. Comprovado nos autos que o empregado está acometido de doença ocupacional - equiparada a acidente do trabalho -, tendo como consequência a redução de sua capacidade laborativa, demonstrado o nexó de concausalidade entre as moléstias e as atividades desempenhadas na empresa reclamada, e diante da configuração da culpa da empregadora, em face de sua omissão no cumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, não há como afastar a responsabilidade da reclamada pela reparação dos danos de ordem moral e material a que deu causa, cujo dever de indenizar encontra previsão no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, bem como nos arts. 186 e 927 do Código Civil. TRT/SP 15ª Região 0011350-29.2016.5.15.0083 ROT - Ac. 10ª Câmara PJe. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 7 nov. 2019, p. 33404.

37 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO CONFIGURADAS. HIPÓTESE QUE NÃO SE INSERE NA PREVISÃO DOS ARTS. 1.022, INCISOS I E II, DO NCPC, E 897-A DA CLT. Os embargos declaratórios não constituem remédio processual apto a alterar decisão para ajustá-la ao entendimento da parte. Destinam-se a eliminar obscuridade, omissão ou contradição da decisão, irregularidade não constatada no acórdão embargado. Ausentes os pressupostos dos arts. 1.022, I e II, do CPC/2015 e 897-A da CLT, impõe-se a sua rejeição. Embargos conhecidos e não providos. TRT/SP 15ª Região 0010087-57.2013.5.15.0053 ROT - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 19 set. 2019, p. 16532.

38-EMPRESABRASILEIRADECORREIOSETELÉGRAFOS.ADICIONAL DE ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO E/OU COLETA EXTERNA (AADC) E ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO PARA OS EXERCENTES DA FUNÇÃO DE CARTEIRO MOTORIZADO. IDENTIDADE DE PERCENTUAL E DE BASE DE CÁLCULO, MAS NATUREZA JURÍDICA E MOTIVAÇÃO DISTINTAS. O AADC foi instituído em 2008 e inserido no PCS da empresa, mediante negociação coletiva, em benefício de todos os empregados que atuam no exercício efetivo da atividade postal externa de distribuição e/ou coleta em vias públicas, sendo devido, portanto, com ou sem a utilização de

veículo motorizado. Já o adicional de periculosidade passou a ser quitado em decorrência da previsão contida na Lei n.12.997/2014, que acrescentou o § 4º ao art. 193 da CLT, regulamentado pela Portaria n. 1.565 do MTE, estendendo-se o pagamento aos condutores de motocicletas. Assim, no âmbito da recorrente, os carteiros motorizados fazem jus à percepção também dessa última parcela que, portanto, pode ser cumulada com o AADC. Isso porque as parcelas possuem motivação distinta. O AADC visa à valorização dos profissionais que prestam serviço externo em vias públicas, em contato com a população e sujeitos às intempéries climáticas e socioambientais, ao passo que o adicional de periculosidade justifica-se porque o carteiro motociclista, no desempenho de suas funções, está sujeito a risco à saúde e à integridade física. Recurso ordinário do reclamante a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0011410-57.2016.5.15.0097 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim. DEJT 19 set. 2019, p. 11981.

39 - ENTIDADE PÚBLICA. JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRIVILÉGIOS INAPLICÁVEIS. Tratando a hipótese de responsabilidade subsidiária da administração pública pelos créditos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviço, devedora principal, não há que se pensar que a hipótese subsume-se ao disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, pois essa norma refere-se tão somente às condenações impostas à entidade pública como devedora principal, na medida em que, como devedora subsidiária, assume o pagamento da dívida da devedora principal em sua integralidade, não podendo, assim, os privilégios da entidade pública serem estendidos a débitos de empresas privadas. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 0001306-40.2010.5.15.0089 AP - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 18 jul. 2019, p. 8141.

40 - EXECUÇÃO. PARCELAMENTO DA DÍVIDA REQUERIDO PELO DEVEDOR. HIPÓTESE DO ART. 916, § 6º, CPC. RENÚNCIA À INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. Os termos do § 6º do art. 916, NCPC, não deixam margem de dúvida ao não cabimento da discussão da dívida quando o devedor opta por parcelá-la. O intuito legal, por óbvio, é a opção pelo meio de pagamento menos gravoso ao devedor e, de certa forma, mais célere ao próprio credor. Entende-se que nem seria necessária a expressa previsão legal neste sentido, visto que a opção pelo parcelamento se coaduna com a figura da aceitação do débito. No jargão já conhecido, não se pode pretender o melhor de dois mundos. Não há, pois, o que mais ser discutido pela ré com vistas aos valores executados, vez que sua pretensão ao parcelamento importou em renúncia para a discussão da dívida. Agravo de petição a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0000594-14.2013.5.15.0067 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 18 jul. 2019, p. 16504.

41 - FGTS. PRESCRIÇÃO. A prescrição trintenária, aplicável ao FGTS, somente pode incidir quando se tratar de pedido como título principal, o que não é a hipótese dos autos. Trata-se, aqui, de verba meramente acessória. Aplicável a Súmula n. 206 do C. TST. Recurso patronal provido nesse mister. TRT/SP 15ª Região 0013653-11.2015.5.15.0096 ROT - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel. DEJT 17 out. 2019, p. 24274.

42 - FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM ALIENADO ANTES DO REGISTRO DA PENHORA. NÃO COMPROVADA MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 375 DO C. STJ. Nos termos da Súmula n. 375 do C. STJ, não comprovado o registro da penhora do bem na data da alienação, nem mesmo a má-fé do adquirente, não há como reconhecer a fraude à execução hábil a desconstituir o negócio jurídico pretérito, devendo ser observada a segurança jurídica na aquisição de bens e o princípio geral da boa-fé. TRT/SP 15ª Região 0012749-78.2017.5.15.0109 AP - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 25 jul. 2019, p. 16280.

43 - GRUPO ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONTROLE CENTRAL EXERCIDO POR UMA DAS EMPRESAS, OU QUE TODAS JUNTAS PARTICIPEM DO EMPREENDIMENTO COMUM. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Os fatores assinalados na r. sentença - comunhão de sócios e relação de parentesco entre eles - são insuficientes, de per si, para se concluir pela existência de grupo econômico. Com efeito, é condição elementar para se concluir pela existência de grupo econômico o controle central exercido por uma das empresas ou que todas juntas participem do empreendimento comum. Uma vez não encontrados esses elementos, não se pode concluir pela existência de grupo econômico. Reforma-se. TRT/SP 15ª Região 0011432-82.2015.5.15.0087 RT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 4 set. 2019, p. 550.

44 - HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. EFICÁCIA LIBERATÓRIA PELO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. ADMISSIBILIDADE. Após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), é facultado às partes, de comum acordo, provocarem o Judiciário para homologação do acordo extrajudicial, conforme procedimento estabelecido nos arts. 855-B a 855-E da CLT. Na presente hipótese, em que pese o louvável esforço do MM. Juízo *a quo* em salvaguardar eventuais direitos da trabalhadora, não se mostra razoável a negativa de homologação do acordo extrajudicial nos exatos termos em que foi ajustado, uma vez que a própria obreira ratificou sua manifestação de vontade em audiência, acrescentando não ter mais o que postular contra a recorrente. Assim, no caso em análise, a quitação geral

quanto ao extinto contrato de trabalho, tão somente em relação à empresa acordante, ora recorrente, não configura a renúncia pura e simples ao direito constitucional de ação (art. 7º, XXXV, da CRFB), tampouco a direitos indisponíveis. Estando o procedimento adotado pelas partes em plena consonância com o estabelecido na lei, impõe-se a homologação do acordo extrajudicial celebrado entre as partes, nos termos em que proposto. Recurso ordinário a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0010231-21.2018.5.15.0129 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 27 jul. 2019, p. 1949.

45 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. INDEVIDOS, NO CASO DE IMPROCEDÊNCIA TOTAL DOS PEDIDOS E FIXADOS POR ARBITRAMENTO, NO CASO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, SEM CARÁTER PUNITIVO, SEM INVIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA E SEM REDUZIR DE MANEIRA DESPROPORCIONAL O BENEFÍCIO ECONÔMICO OBTIDO PELO RECLAMANTE NO PROCESSO. A literalidade do art. 791-A, e seus parágrafos, da CLT, conforme redação dada pela Lei n. 13.467/2017, não autoriza a visualização do princípio da sucumbência como forma punitiva à formulação de pretensão deduzida em Juízo que se julgue improcedente. Nos termos expressos dos dispositivos legais citados, no caso de improcedência total dos pedidos não há condenação do reclamante ao pagamento de honorários do advogado da reclamada e, no caso de sucumbência recíproca, o valor do pedido julgado improcedente não pode ser adotado como base de cálculo dos honorários advocatícios, devendo o juiz arbitrar o valor de modo a não reduzir, de maneira desproporcional, o benefício econômico obtido pelo reclamante no mesmo processo, para não colocar sob ameaça a garantia do acesso à justiça. Diante da disparidade econômica das partes, o valor pago ao advogado da reclamada, quando não estiverem presentes os pressupostos legais para a concessão da justiça gratuita, nunca pode ser superior àquele que for destinado ao advogado do reclamante, devendo, isto sim, reproduzir a disparidade patrimonial entre ambos, como medida de justiça, de igualdade e de respeito à literalidade da lei. TRT/SP 15ª Região 0012942-78.2017.5.15.0017 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 25 jul. 2019, p. 1600.

46 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. PROCESSO DO TRABALHO. CPC, ART. 85, § 11, DO CPC. MAJORAÇÃO DE OFÍCIO. É cabível a majoração dos honorários recursais no processo do trabalho, desde que o recurso tenha causado ao advogado da parte contrária “trabalho adicional realizado em grau recursal”, observado o teto de 15%. Tal majoração passa a ser obrigação da instância *ad quem*, devendo ser decretada independentemente de requerimento do recorrido, pois a norma conjugou o verbo no tempo imperativo (“majorará”). Honorários

advocáticos majorados para 15%. TRT/SP 15ª Região 0010225-16.2018.5.15.0096 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 19 set. 2019, p. 14679.

47 - HORAS EXTRAS. GINÁSTICA LABORAL. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. O tempo gasto com a ginástica laboral é considerado tempo à disposição do empregador ante a obrigação legal estabelecida pelo art. 157 da CLT, quanto à imperatividade de adotar procedimentos preventivos para evitar ocorrência de acidentes e doenças ocupacionais. Assim, deve ser computado na jornada de trabalho. Inteligência do art. 157 da CLT, que imputa tal obrigação ao empregador. TRT/SP 15ª Região 0012201-89.2015.5.15.0055 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 7 nov. 2019, p. 2644.

48 - HORAS *IN ITINERE*. ÔNUS DA PROVA. O ônus da prova em relação às horas *in itinere* é distribuído entre as partes, sendo que ao trabalhador cabe demonstrar a utilização de transporte fornecido pela empresa, no percurso casa/local de trabalho e vice-versa, e à empregadora cabe comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do empregado, demonstrando que o aludido percurso não era de difícil acesso e que era servido de transporte público regular, com horários compatíveis com o início e término da jornada. No caso dos autos, o reclamante se desvencilhou de seu ônus, ao passo que a reclamada não se desincumbiu do encargo que lhe toca. TRT/SP 15ª Região 0012336-20.2017.5.15.0027 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 7 nov. 2019, p. 18459.

49 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO ENTRE TRABALHADOR E SINDICATO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO SINDICATO NA DEFESA DE INTERESSES. Nos termos do art. 114, III, da CF, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides entre empregado e sindicato está vinculada a ações sobre representação sindical, não abarcando as hipóteses em que o objeto da ação diz respeito à indenização por dano moral decorrente de suposta omissão da entidade sindical, na defesa dos interesses do empregado. Dessa forma, considerando que os atos imputados ao sindicato são de natureza civil, cabe à Justiça Comum Estadual processar e julgar o feito. TRT/SP 15ª Região 0010086-80.2017.5.15.0102 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 18 jul. 2019, p. 30314.

50 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. CONSTITUCIONALIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O art. 384 da CLT não confronta com os dispositivos contidos na Carta Magna, razão pela qual foi recepcionado pela Constituição Federal,

permanecendo em pleno vigor. O descumprimento de referida norma não se trata de mera infração administrativa, sendo, portanto, devido o pagamento de horas extras pela supressão do intervalo. TRT/SP 15ª Região 0010434-72.2016.5.15.0122 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 19 set. 2019, p. 11512.

51 - ISENÇÃO DE CUSTAS. CONCESSÃO NO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ORDINÁRIO. Na hipótese em que o recurso ordinário versa somente sobre a concessão dos benefícios da gratuidade processual, matéria já apreciada quando do provimento do agravo de instrumento, é forçoso reconhecer a superveniente falta de interesse do recorrente, prejudicando a apreciação das razões de apelo. TRT/SP 15ª Região 0010268-62.2018.5.15.0092 RORSum - 8ª Câmara PJe. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 7 nov. 2019, p. 24194.

52 - JUSTIÇA GRATUITA. RECLAMANTE. CUSTAS PROCESSUAIS SUPERIORES A 50% DOS GANHOS MENSIS. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ISENÇÃO. DEFERIMENTO. Fixadas as custas processuais em valor que supera 50% (cinquenta por cento) do ganho mensal do reclamante, evidencia-se a incapacidade financeira de demandar em Juízo, prejudicando o regular exercício do direito de defesa. A aplicação das disposições da Lei n. 13.467/2017 merece cautela, ante o princípio constitucional da acessibilidade ao Poder Judiciário, art. 5º, XXXV, da CF/1988, e do direito de petição, independente do pagamento de taxas, art. 5º, XXXIV, da CF/1988. TRT/SP 15ª Região 0010327-02.2018.5.15.0011 AIRO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 7 nov. 2019, p. 32287.

53 - JUSTIÇA GRATUITA. SINDICATO. A concessão dos benefícios da justiça gratuita à entidade sindical vincula-se à demonstração de sua fragilidade econômica. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. FACULTATIVA. CONSTITUCIONALIDADE. ADI 5794/STF. Proferido julgamento pelo STF (ADI 5794) e declarada a constitucionalidade da lei, tal decisão é irrearrível e, nesta medida, demanda a observância por todos os órgãos do Poder Judiciário, dada a sua eficácia *erga omnes* e o seu efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999). Deve, assim, ser comprovada a existência de prévia e expressa autorização dos integrantes da categoria para o desconto da contribuição sindical, nos termos do art. 578 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017. TRT/SP 15ª Região 0010571-65.2018.5.15.0031 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 25 jul. 2019, p. 26315.

54 - LEI N. 13.467/2017. ILEGITIMIDADE. CONTRARIEDADE AOS PRECEITOS FUNDANTES DA ORDEM JURÍDICA DEMOCRÁTICA E

AOS PRINCÍPIOS E INSTITUTOS DO DIREITO DO TRABALHO. DEVER FUNCIONAL DA MAGISTRATURA. Conforme fixado no Enunciado n. 1 da 2ª Jornada da Anamatra, “A Lei 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material”. A declaração de ilegitimidade de uma lei serve, no mínimo, como essencial registro histórico e se apresenta como o fio condutor do processo de sua interpretação e aplicação, atendendo, ainda, ao postulado necessário de sua intersecção com outras normas e institutos jurídicos, conforme definido nos seguintes Enunciados das “Avaliações Preliminares” da magistratura trabalhista da 15ª Região, aprovados, em novembro de 2017, no simpósio “Reforma Trabalhista e Justiça do Trabalho: desafios e perspectivas”, organizado pela Escola Judicial do TRT15: **“A fonte material de uma lei é base para a sua interpretação e aplicação.** A Lei n. 13.467/2017, elaborada e aprovada em tempo recorde, sem os devidos estudos, debates e demanda popular, foi impulsionada em desrespeito aos preceitos democráticos para a sua elaboração e aprovação. Além disso, contrariou os postulados convencionais para a criação de leis trabalhistas de caráter mais amplo (Convenção 154 da OIT, bem como os verbetes n. 1.075, 1.081 e 1.082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho), desrespeitou a função histórica do direito do trabalho de melhoria das condições sociais dos trabalhadores e ofendeu os princípios jurídicos trabalhistas, notadamente o da progressividade. Na aplicação da Lei n. 13.467/2017 não se deve descolá-la de seu processo histórico, pois assim se compreenderá melhor a importância da preservação das conquistas sociais, da ordem constitucional e do regular funcionamento das instituições democráticas”. **“Interpretação das normas trabalhistas e independência da magistratura.** A Lei n. 13.467/2017 não é uma lei superior às demais. Não faz letra morta da CF e dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais, nem se sobrepõe aos princípios, conceitos e institutos jurídicos do direito do trabalho. Não tem o poder de aniquilar a independência dos juízes, de modo a impedir que cumpram o seu dever de aplicar o direito, interpretando as leis, em sua totalidade, segundo as regras da hermenêutica, os princípios, conceitos e institutos jurídicos, e as normas constitucionais e internacionais, cumprindo-lhe, se for o caso, declarar as inconstitucionalidades ou inconveniências da lei. A independência dos juízes é uma garantia da cidadania contra o autoritarismo e o abuso dos poderes políticos e econômicos, principalmente quando colocam em risco a eficácia dos direitos humanos e dos direitos sociais”. TRT/SP 15ª Região 0010162-48.2016.5.15.0132 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 25 jul. 2019, p. 2018.

55 - LIQUIDAÇÃO DOS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL. Conforme novo texto do § 1º do art. 840 da CLT, faz-se necessária a indicação dos valores dos pedidos da reclamação trabalhista, sob pena de extinção do

feito quanto àqueles formulados que não atendam o disposto na norma citada. No caso, mesmo intimado, o reclamante deixou de liquidar parte dos pedidos, não se aplicando a exceção do art. 324, III, do CPC. TRT/SP 15ª Região 0010459-26.2018.5.15.0022 RORSum - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 29 ago. 2019, p. 24406.

56 - PENHORA SOBRE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE USUFRUTO. POSSIBILIDADE. Porquanto seja impenhorável o direito real de usufruto, em si, não há óbice legal à penhora do exercício do referido direito. Inteligência do art. 1.393 do Código Civil. Agravo de petição a que se dá parcial provimento. TRT/SP 15ª Região 0011837-06.2017.5.15.0134 AP - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 7 nov. 2019, p. 6629.

57 - PRAZO NÃO CONCEDIDO PARA EMENDA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. Nosso diploma processual consagra, em seus arts. 4º, 10 e 139, IX, o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo, a fim de se evitarem decisões surpresa, assim entendidas aquelas que, no julgamento final da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicam fundamento jurídico ou se embasam em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes. O Novo CPC tem como um de seus elementos estruturantes o princípio da primazia da resolução de mérito, contido no art. 4º do Novo Código de Processo Civil, de tal sorte que os magistrados, sempre que possível, devem buscar a superação dos vícios formais que inquinam o processo, viabilizando sua correção, a fim de que possam efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. Nesses termos, em casos tais, em que não foi oportunizada a emenda da inicial ao recorrente, deve dar-se provimento ao apelo para, afastando o decreto de extinção do processo, determinar o retorno dos autos à Origem, para que conceda prazo para o reclamante regularizar sua petição inicial, nos termos da Súmula n. 263 do C. TST e do art. 321 do NCPC. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento. TRT/SP 15ª Região 0010048-42.2019.5.15.0088 ROPS - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 11 jul. 2019, p. 7574.

58 - PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DEPOIMENTO PESSOAL. CONFIGURAÇÃO. Configura o cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de oitiva de depoimento pessoal da parte contrária, ante o desrespeito ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, tendo em vista que, por meio dele, pode se obter a confissão da parte contrária, fato apto a ensejar a dispensa da produção das demais provas, colocando fim ao litígio objeto da controvérsia. TRT/SP 15ª Região 0012781-54.2015.5.15.0109 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 4 jul. 2019, p. 8884.

59 - PRESCRIÇÃO. EXPOSIÇÃO AO AMIANTO. DANO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E AUSÊNCIA DE CUIDADOS PREVISTOS EM LEI COM A SAÚDE DOS TRABALHADORES. A utilização de amianto constitui dano ao meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII, e 225 da Constituição Federal) e causa patentes riscos à saúde e à vida dos trabalhadores envolvidos em sua produção. A exposição ao amianto, ainda mais quando desrespeitadas as normas que exigem o acompanhamento da saúde desses trabalhadores, torna os direitos decorrentes dessa exposição não possíveis de serem alcançados pela prescrição. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXPOSIÇÃO AO AMIANTO. AUSÊNCIA DE EFETIVA CONSTATAÇÃO DE DOENÇA OCUPACIONAL. A ausência de efetiva constatação de doença ocupacional não se constitui em óbice ao pleito de indenização. Os riscos à saúde, em face da exposição ao amianto, em primeiro lugar, perpassam toda a vida do trabalhador, posto que doenças podem se apresentar décadas após a exposição (verifique-se em www.wikipedia.org.br, que indica que os principais riscos da exposição ao amianto são os de desenvolvimento de câncer, cujo tempo de latência é de 15 a 30 anos; mesotelioma, cuja latência vai de 20 a 50 anos e asbestose, com latência de 10 a 20 anos). O que gera o direito à indenização é a omissão da empresa, que utilizou o amianto, no acompanhamento efetivo da saúde da população exposta ao produto, mormente seus trabalhadores, descumprindo obrigações previstas na NR-15, Anexo 12, e na Lei n. 9.055/1995. Patente o dever constitucional de indenizar, previsto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal e nos arts. 186 e 927 do Código Civil. TRT/SP 15ª Região 0012989-20.2016.5.15.0039 ROT - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 19 set. 2019, p. 24112.

60 - PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE. VALORAÇÃO DA PROVA. VINCULAÇÃO. PRESTÍGIO DO JUÍZO DE VALOR EXPENDIDO PELO SENTENCIANTE QUE FOI INSTRUTOR DO FEITO. Em vista do princípio da imediatidade, jurídico é prestigiar o Juízo de valor alcançado pelo Juiz sentenciante na análise da prova produzida quando este foi o responsável pela condução do feito na dilação probatória. É de se assinalar que aquele que faz a coleta da prova, formulando ou encaminhando perguntas e reperguntas, desenvolve para a hipótese vertente uma percepção mais aguçada dos fatos e não é razoável, sem que exista robusto elemento em contrário, em detrimento da conclusão fática de 1º grau, estabelecer um Juízo de valor fulcrado na letra fria e morta consignada numa folha de papel. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0011438-38.2017.5.15.0146 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DEJT 29 out. 2019, p. 20841.

61 - PROCESSO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. Considerando que, antes da

chamada reforma trabalhista, a jurisprudência dominante entende que a participação do advogado no processo do trabalho é facultativa, ressaltando entendimento pessoal diverso, o empregador não está obrigado a indenizar o empregado pela contratação. TRT/SP 15ª Região 0011312-22.2017.5.15.0070 ROT - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 29 out. 2019, p. 14410.

62 - RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE AS VERBAS DEFERIDAS NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Considerando que a previdência social, em todos os seus regimes, orienta-se pelo princípio contributivo, impõe-se a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsia em torno das contribuições sociais incidentes sobre as verbas salariais deferidas na reclamação trabalhista, nos termos da Súmula Vinculante n. 53 e do art. 114, IX, da Constituição Federal. Assim, considerando que não se discute nos autos o benefício da complementação de aposentadoria, não se aplica ao caso os termos da decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 586453/SE. TRT/SP 15ª Região 0011382-18.2016.5.15.0153 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 25 jul. 2019, p. 11201.

63 - RECURSO ORDINÁRIO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NEGADO NA ORIGEM E DEFERIDO NESTA INSTÂNCIA. REQUISITOS LEGAIS CUMPRIDOS. INTERESSE DO PRÓPRIO EMPREGADO. QUITAÇÃO GERAL POSSÍVEL. Não se pode impor ao Juízo que homologue esta ou aquela avença, pois, de fato, como consta do art. 855-D da CLT, ali se prevê que ele “analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença”. Há, porém, de se buscar o efetivo cumprimento, implementação e efetivação da legislação existente, em benefício do fim social a que se destina. Destarte, se o julgador vislumbrar dúvidas fáticas e/ou jurídicas referentemente ao acordo apresentado pelas partes, sempre externando sua convicção, como ocorreu, nessa situação melhor e mais conveniente à boa administração da Justiça será que indague as partes sobre as circunstâncias do acordo ou, como diz a lei, designe audiência, antes que venha a proferir decisão surpresa, invocando fundamentos e razões inéditas, o que é vedado pelos arts. 9º e 10 do CPC, com isso esvaziando a própria previsão legal, que almeja a imprescindível segurança, certeza e estabilidade nas relações jurídicas trabalhistas. E fique claro que esta diretriz não ignora, infelizmente, a ocorrência de fraudes, simulações, advocacia infiel e “casadinhas”, objeto da severa e pertinente advertência do Professor Homero Batista Mateus da Silva (**Comentários à reforma**

trabalhista, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 166). No caso concreto, todavia, cumpridos os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 855-B da CLT, postas as condições da avença, já cumpridas, e sendo evidente que o valor pago é superior ao do TRCT, não tem sentido negar a homologação. E, quanto à quitação geral do contrato de trabalho, a busca dessa eficácia geral é aceita na esfera trabalhista até mesmo no termo assinado perante Comissão de Conciliação Prévia, nas mesmas condições (sem ressalva ou vício de consentimento), cabendo lembrar, finalmente, *mutatis mutandis*, a regra do art. 515, II e seu § 2º, do CPC, autorizando mesmo a intervenção de terceiros no acordo e até de matéria então não deduzida em Juízo. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 0010786-65.2018.5.15.0023 RO - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 25 jul. 2019, p. 24903.

64 - RECURSO ORDINÁRIO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DO ART. 74 DA CLT. CONTROLE DA JORNADA. SISTEMA ALTERNATIVO. PORTARIA N. 373/2011. O auto de infração, tratando-se de um ato administrativo, goza de presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade, o qual norteia todos os atos da administração pública. Uma vez revestido de presunção de legitimidade, a presunção é relativa e o ônus da prova de sua invalidade é de quem a invoca. O auto de infração colacionado aos autos preenche todos os requisitos para a sua validade. O auditor-fiscal durante a ação constatou ausência de provas acerca do controle da jornada. Assim, no momento da fiscalização a empresa deveria fornecer relatório eletrônico que possibilitasse a fiscalização, não encontrando amparo à invocação do disposto na Portaria n. 373 de 2011. Portanto, não prevalece a alegação de nulidade do Auto de Infração de n. 202.616.061. TRT/SP 15ª Região 0010219-82.2018.5.15.0104 ROT - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 19 set. 2019, p. 30465.

65 - REMUNERAÇÃO MÍNIMA POR NÍVEL E REGIME. DIFERENÇAS SALARIAIS POR SUPOSTA INCORREÇÃO NO CÁLCULO DA RMNR. PETROBRAS. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO, CLÁUSULA QUARTA, ITEM 4.3. COMPLEMENTO DA RMNR. Verifica-se que o valor do complemento da RMNR é obtido pela diferença entre a importância total que o obreiro recebeu durante o contrato de trabalho e o valor definido para a RMNR. Assim, somente se a soma de todas as verbas (salário-base acrescido por outras parcelas) resultar em valor inferior ao valor estabelecido para a RMNR, é que o trabalhador terá direito ao “complemento da RMNR”, que será obtido pela diferença entre o que recebeu (total das verbas) e o valor definido para a RMNR. Isso porque, da leitura do item 4.3. da cláusula quarta do acordo coletivo de trabalho, constata-se que os termos “sem prejuízo de outras parcelas

pagas”, não excluem, ao contrário, incluem outras parcelas na soma da remuneração básica. Mantém-se a r. sentença. TRT/SP 15ª Região 0012258-02.2017.5.15.0132 ROT - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 24 out. 2019, p. 2295.

66 - RESPONSABILIDADE DA TOMADORA DE SERVIÇOS. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. As partes somente estão aptas a requerer a reforma da decisão por direito próprio, ou seja, quando estiverem revestidas de interesse e legitimidade, e, conforme art. 18 do CPC, somente poderá requerer direito alheio quando autorizado pelo ordenamento jurídico. O legitimado a recorrer é aquele que sucumbiu, que foi vencido como parte ou terceiro, ou seja, aquele que foi atingido pela decisão recorrida. Exegese do art. 996 do CPC. TRT/SP 15ª Região 0011435-38.2016.5.15.0043 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. José Pitas. DEJT 25 jul. 2019, p. 27855.

67 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTRATO DE FACÇÃO. EMPREITADA. ARTS. 610 E SEQUINTE DO CÓDIGO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA. Tratando-se de contrato de empreitada previsto nos arts. 610 e seguintes do Código Civil, conhecido como contrato de facção, em que o contratante compra produtos acabados da contratada sem qualquer ingerência na sua atividade e de seus funcionários, não há que se falar em responsabilidade solidária ou subsidiária da contratante. TRT/SP 15ª Região 0011654-67.2018.5.15.0015 ROPS - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 25 jul. 2019, p. 13137.

68 - SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CASUSAM*. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Há que se buscar, sob pena de não prestigiar o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, evitar incorrer no equívoco de permitir que meros satélites ofusquem a visão do planeta em torno do qual orbitam ou de modo a que somente se enxerguem as árvores, mas não se vislumbre a floresta, ou ainda, que se argumente pela exceção para invalidar a regra, *iter* esse que desvia o passo de quem a segue, do caminho que deveria ser trilhado. O que se deve almejar, ao se deparar com direitos individuais, ao menos alegadamente homogêneos, é uma visão geral de seu conjunto, em que se privilegie os pontos de conexão, de identidade, que existam entre eles. De fixar que natureza homogênea não significa universalidade. TRT/SP 15ª Região 0011154-43.2016.5.15.0056 ROT - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 19 set. 2019, p. 17697.

69 - TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/1988, ARTS. 186 E 187 DO CÓDIGO CIVIL, ARTS. 67 E 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/1993, E JULGAMENTO ADC 16 DO STF. Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de ser chamado a responder pelo comportamento omissivo por culpa *in vigilando* (arts. 186 e 187 do Código Civil). Mesmo em se tratando de pessoa jurídica de direito público deve ser mantido referido entendimento, com supedâneo no art. 37 da CF/1988, pois o fato de ter ocorrido um processo de licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei n. 8.666/1993 estabelece normas para licitações e contratos administrativos no âmbito dos poderes da União, Estados e Municípios, que devem ser interpretadas em conformidade com os preceitos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, instituídos como fundantes da República, de modo que o disposto em seu art. 71 não pode ser utilizado incorretamente como escudo de isenção de responsabilidade pela prática de atos lesivos aos direitos do trabalhador, entendimento que está em consonância com o julgamento proferido pelo E. STF na ADC 16 e também no RE 760.931 que adotou o Tema 246 com repercussão geral, pois é a parte que detém a aptidão para a prova, ou seja, as condições para demonstrar a fiscalização da atuação da empresa contratada quanto ao cumprimento das obrigações legais trabalhistas (carga probatória dinâmica). Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade não implica em transferência de responsabilidade, face à necessária observância do benefício de ordem, de sorte que não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada. TRT/SP 15ª Região 0011545-95.2016.5.15.0153 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 15 ago 2019, p. 1952.

70 - TUTELA INIBITÓRIA CONSISTENTE EM PENHORA DO DIREITO DE LAVRA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 55 DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO. CAPITULAÇÃO NO ART. 835, XIII, do CPC. De acordo com o art. 55 do Código de Mineração, subsistirá a concessão, quanto aos direitos, obrigações, limitações e efeitos dela decorrentes, quando o concessionário a alienar ou gravar, na forma da lei, sendo que o seu § 1º prevê que os atos de alienação ou oneração só terão validade depois de averbados no livro de Registro das Concessões de Lavra, ao passo que o § 2º dispõe que a concessão da lavra é indivisível e somente é transmissível a quem for capaz de exercê-la de acordo com as imposições deste Código. Portanto, não se pode confundir a

propriedade mineral (jazidas e demais recursos minerais existentes no solo e subsolo), pertencente à União Federal e considerada bem público sujeito à inalienabilidade, imprescritibilidade, não onerosidade e impenhorabilidade, com a propriedade do solo (excluídos as jazidas e os recursos minerais) pertencente àquele que detenha título de propriedade, e com o produto da lavra, que é o mineral desprendido do seu local de origem, ou seja, é o recurso mineral destacado do solo ou subsolo que, a partir desse momento, passa para o domínio do concessionário e submete-se ao regime de direito privado, podendo o concessionário deles dispor como bem entender, passa a ser passível de penhora. Portanto, o título de concessão de lavra apresenta-se como bem jurídico suscetível de apreciação econômica, sendo, portanto, penhorável, nos termos do art. 835, XIII, do CPC. TRT/SP 15ª Região 0010271-55.2017.5.15.0123 ROT - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim. DEJT 19 set. 2019, p. 12797.

71 - VOLKSWAGEN DO BRASIL. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM O INÍCIO DO TURNO. UTILIZAÇÃO FACULTATIVA, PELO OBREIRO, DA CONDUÇÃO FORNECIDA PELA RECLAMADA AO LOCAL DE TRABALHO. APLICAÇÃO DA OJ N. 326 DA SBDI-1, CONVERTIDA NA SÚMULA N. 366 DO C. TST. No momento em que o empregador permite que o trabalhador registre seu horário de chegada à empresa, no registro de ponto, aquele documento comprova o início e o término da jornada de trabalho. Sim, porque da leitura do disposto no § 1º do art. 58 da CLT denota-se que não se exige a existência de labor efetivo, regrado apenas e tão somente que as variações não excedentes de 5 (cinco) minutos antes ou depois e no máximo de 10 (dez) minutos diários, não serão computadas como extraordinárias. *In casu*, por incontroversamente estarem registradas nos cartões de ponto e, mais, por ultrapassarem o limite mínimo de 10 (dez) minutos, devem ser computadas como extraordinárias. Acerca do assunto, a Súmula n. 366 do C. TST expressa que: “Cartão de ponto. Registro. Horas extras. Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal”. Destarte, o tempo gasto pelo empregado para a higiene, a uniformização e o cafezinho, após o registro de entrada, deve ser considerado como tempo à disposição do empregador, não importando se recebia ou não ordens neste ínterim. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0010387-15.2017.5.15.0009 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 25 jul. 2019, p. 23687.

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO*

Divulgadas de 30 de agosto de 2019 a 10 de março de 2020

(1 a 132 - constam nas edições anteriores deste periódico)

- 133 - CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA E ASSISTENCIAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. EMPREGADO NÃO ASSOCIADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO INDIVIDUAL EXPRESSA. É DEVIDA A RESTITUIÇÃO PELO EMPREGADOR. O desconto da contribuição confederativa e assistencial, prevista em norma coletiva, de empregados não associados ao sindicato da categoria sem a sua autorização individual expressa impõe ao empregador a obrigação de restituir os respectivos valores.

TESES PREVALECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO*

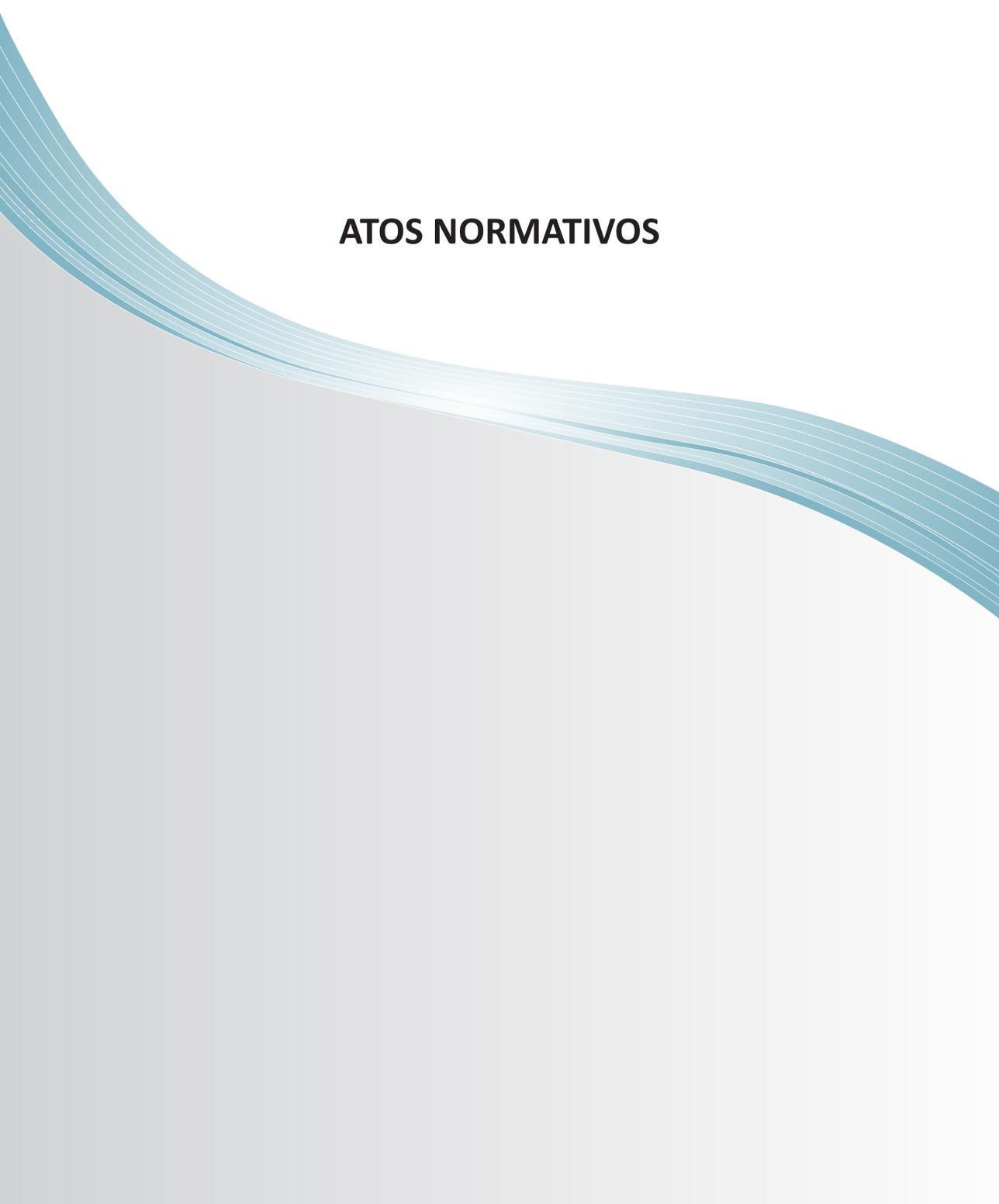
Divulgadas de 3 de setembro de 2019 a 10 de março de 2020

(1 a 9 - constam nas edições anteriores deste periódico)

- 10 - PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DE ALTO VALOR. POSSIBILIDADE. A Lei n. 8.009/1990, ao tratar da impenhorabilidade do bem de família, tem o intuito de assegurar ao executado o seu direito à moradia. Esse direito não é absoluto, sendo passível de penhora o bem imóvel de alto valor, em face do privilégio do crédito trabalhista, de natureza alimentar, observados os princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e da efetividade do processo.

*O acórdão a que se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional está disponibilizado na versão eletrônica da Revista.

ATOS NORMATIVOS

The page features a decorative design with multiple wavy lines in various shades of blue and grey, flowing from the top left towards the bottom right. The text 'ATOS NORMATIVOS' is centered in the upper half of the page.

ATOS NORMATIVOS

Ato Conjunto GP-VPA n. 6, de 26 nov. 2019, DEJT 29 nov. 2019 (Cad. Administrativo), p. 4

Divulga o Calendário Oficial de Sessões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região para o Ano Judiciário de 2020.

Ato Conjunto GP-VPA n. 1, de 13 fev. 2020, DEJT 14 fev. 2020 (Cad. Administrativo), p. 1

Altera o calendário oficial de sessões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região para o ano de 2020.

Ato Regulamentar GP n. 13, de 24 set. 2019, DEJT 25 set. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Institui o Comitê de Gestão de Riscos da Área Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

Ato Regulamentar GP n. 15, de 2 out. 2019, DEJT 4 out. 2019 (Cad. Administrativo), p. 2-5

Institui a Política de Responsabilidade Socioambiental no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 18, de 14 nov. 2019, DEJT 14 nov. 2019 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Dispõe sobre o Programa de Assistência à Mãe Nutriz no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 22, de 19 dez. 2019, DEJT 23 dez. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Altera o Ato Regulamentar GP n. 14/2019, que regulamenta a concessão de estágio facultativo de estudantes pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 2, de 30 jan. 2020, DEJT 31 jan. 2020 (Cad. Administrativo), p. 3-4

Altera o Ato Regulamentar GP n. 8/2014, que dispõe sobre os procedimentos necessários à aplicação da Resolução CNJ n. 169/2013 no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e estabelece os índices e percentuais de provisionamentos a serem recolhidos às contas vinculadas das empresas contratadas.

Ato Regulamentar GP n. 4, de 12 fev. 2020, DEJT 19 fev. 2020 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Compõe o Comitê de Segurança da Informação no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 13, de 12 fev. 2020, DEJT 21 fev. 2020 (Cad. Administrativo), p. 1-2

Aprova a Metodologia BPM - *Business Process Management* de Gerenciamento de Processos de Trabalho no âmbito deste Regional.

Portaria GP-CR n. 6, de 11 nov. 2019, DEJT 21 nov. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1

Divulga os dias em que não haverá expediente nos órgãos da Justiça do Trabalho da 15ª Região em 2020.

Provimento GP-CR n. 7, de 8 nov. 2019, DEJT 21 nov. 2019 (Cad. Administrativo), p. 1-5

Define os procedimentos relativos às requisições de pequeno valor da União e a precatórios, assim como acordos judiciais e demais informações de pagamento pelas unidades de 1º grau e dá outras providências.

Provimento GP-CR n. 2, de 17 fev. 2020, DEJT 21 fev. 2020 (Cad. Administrativo), p. 2-3

Extingue as Comissões de Credenciamento de Leiloeiros e de Corretores; altera o Provimento GP-CR n. 4, de 4 de abril de 2019 e o Provimento GP-CR n. 4, de 28 de novembro de 2014, e dá outras providências.

Provimento GP-VPJ-CR n. 1, de 4 fev. 2020, DEJT 4 fev. 2020 (Cad. Administrativo), p. 1-3

Altera o Provimento GP-VPJ-CR n. 5/2012, que regulamentou o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT), módulo de 1º grau.

Resolução Administrativa n. 15, de 7 out. 2019, DEJT 7 out. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

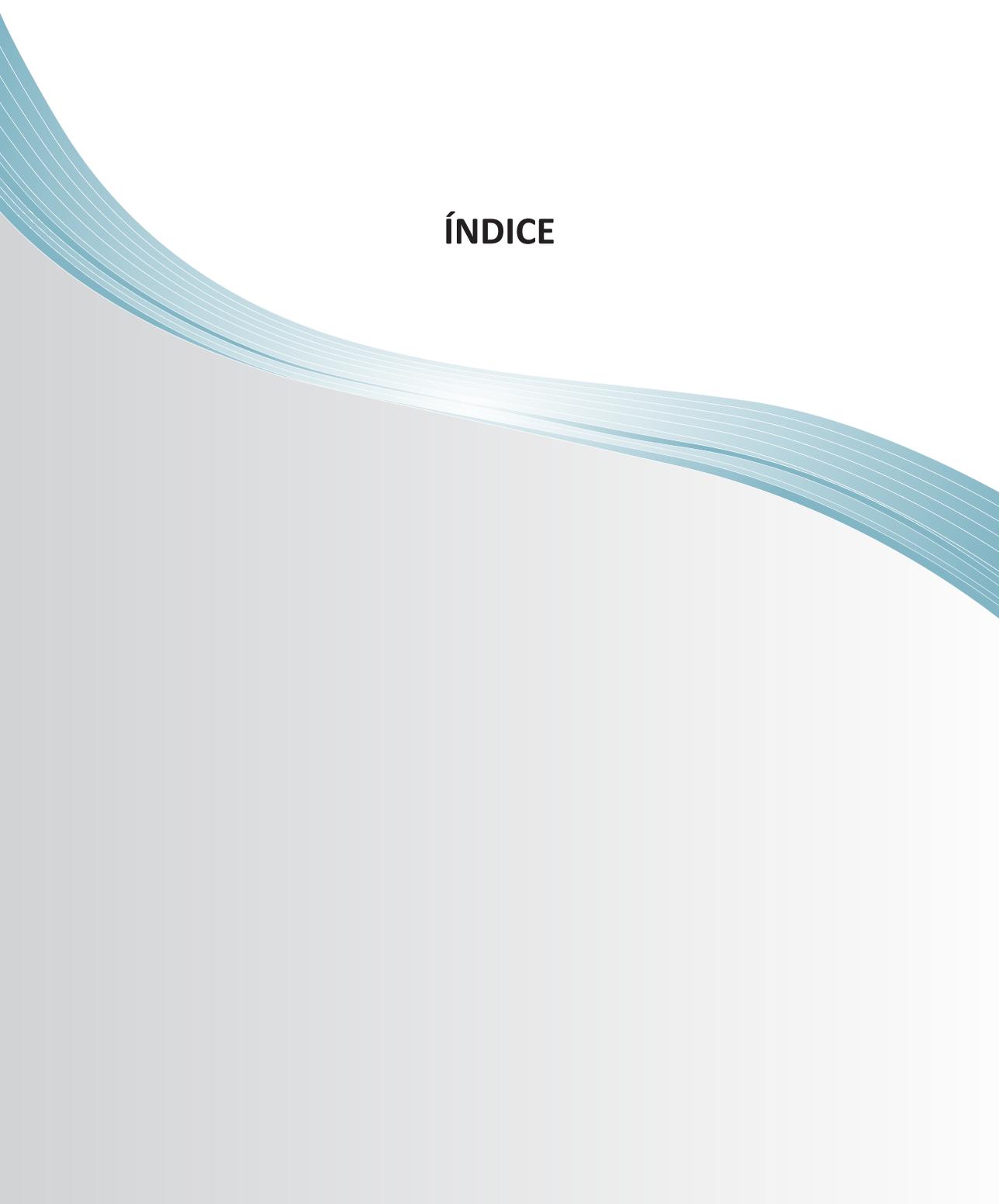
Aprova a Tese Prevalente n. 10 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 19, de 18 nov. 2019, DEJT 19 nov. 2019 (Cad. Judiciário), p. 1

Aprova a Súmula n. 133 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 20, de 29 nov. 2019, DEJT 29 nov. 2019 (Cad. Administrativo), p. 4-6

Regulamenta no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de forma experimental, o julgamento pelo Plenário Virtual e dá outras providências.



ÍNDICE

ÍNDICE DO EMENTÁRIO

Ação

- Ação rescisória. Ilegitimidade ativa. Sócio da empresa executada. Inclusão no polo passivo em fase de execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Interesse meramente econômico. Extinção sem resolução de mérito 293
- Ação rescisória. Improcedência. Prova falsa. Inciso VI, art. 966, CPC.....293
- Ação rescisória. Ofensa manifesta à norma jurídica (inciso V, art. 966, CPC). Súmula do tribunal regional em conflito direto com o teor de vinculante. Inexistência de matéria controvertida. Rescisão que se impõe..... 293

Acidente

- Acidente do trabalho típico (art. 19 da Lei n. 8.213/1991). Nexos de causalidade e responsabilidade civil do empregador. Risco da atividade empresarial. Reparação por danos materiais e morais. Pertinência (§ 1º do art. 927 do NCC)..... 294
- Acidente do trabalho. Culpa exclusiva da vítima. Pretensão de indenização por danos materiais e morais. Inexistência de responsabilidade reparatória para o empregador. Improcedência..... 294

Acordo

- Acordo sem reconhecimento de vínculo de emprego. Incidência de contribuições previdenciárias..... 295
- Homologação de acordo extrajudicial. Eficácia liberatória pelo extinto contrato de trabalho. Admissibilidade 307

Adicional

- Adicional de insalubridade. Calor. Labor a céu aberto. Caracterização. Art. 190 da CLT e Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978 do MTE. Aplicação da OJ n. 173, II, da SDI-1 do C. TST 295

- Adicional de insalubridade. Empregado contratado pelo regime celetista. Lei Complementar n. 432/1985 de São Paulo. Não cabimento 296

Agravo

- Agravo de petição e coisa julgada material: limites incontornáveis do exercício do direito de defesa..... 296
- Agravo de petição. Bem de família. Impenhorabilidade..... 296
- Agravo de petição. Litigância de má-fé. Ato atentatório à dignidade da justiça. Não caracterização 296
- Agravo regimental em correição parcial. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão recorrida. Intempestividade da medida correicional não infirmada 296
- Agravo regimental em correição parcial. Decisão em cumprimento de mandado de segurança. Ato de índole jurisdicional. Tumulto ou erro procedimental não configurados. Existência de meios processuais próprios para questionar a juridicidade da decisão impugnada. Agravo a que se nega provimento 297
- Agravo regimental em correição parcial. Decisão que indeferiu pedido de extensão de efeitos de ordem proferida em ação mandamental a outros processos. Ato de índole jurisdicional. Pretensão manifestamente incabível. Autorização regimental para indeferimento liminar. Agravo a que se nega provimento 297
- Agravo regimental em correição parcial. Imissão na posse. Esgotamento de providências a serem adotadas no âmbito do juízo deprecado. Possibilidade de discussão acerca do alegado esbulho possessório pela via judicial. Determinação de devolução da carta precatória executória ao juízo de origem. Atos de índole jurisdicional. Inexistência de tumulto processual ou erro de procedimento. Agravo ao qual se nega provimento..... 297
- Agravo regimental em correição parcial. Redesignação de audiência para oitiva de testemunhas. Ato de natureza jurisdicional. Inexistência de tumulto processual. Agravo não provido 298

Arrazoado

- Arrazoado. Necessidade de clareza, concisão e precisão. Inobservância. Ofensa ao postulado constitucional da razoável duração do processo 298

Artigo

- Artigo 840 da CLT. Pedido certo, determinado e com indicação do valor. Descumprimento pelo reclamante. Inexistência de negativa de prestação jurisdicional..... 299

Bem

- Bem indivisível. Copropriedade. Ressalva sobre o produto da alienação 299

Bombeiro

- Bombeiro civil. Escala 12x36. Divisor 180..... 300

Categoria profissional

- Categoria profissional diferenciada de trabalhadores em atividade de movimentação de mercadorias em geral. Ação declaratória de enquadramento e representatividade sindical. Aferição dos trabalhadores e das funções concretamente subsumidas às hipóteses do art. 2º da Lei n. 12.023/2009 após a sentença declaratória positiva. Possibilidade..... 300

Cerceamento de defesa

- Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. Cerceamento de defesa. Indeferimento de depoimento pessoal. Configuração 312

Competência

- Competência da Justiça do Trabalho. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho objetivando a adoção de políticas públicas voltadas à erradicação e prevenção do trabalho infantil 300

- Incompetência da Justiça do Trabalho. Ação entre trabalhador e sindicato. Indenização por dano moral. Alegação de omissão do sindicato na defesa de interesses 309

Contradita

- Contradita de testemunha. Prova do interesse. Acolhimento que se impõe 301

Contrato

- Contrato celebrado com empresa promotora de serviços bancários secundários. Pretensão obreira de equiparação à categoria dos bancários. Impossibilidade 301

Contribuição

- Contribuição sindical. Facultativa. Constitucionalidade. ADI 5794/STF 310
- Desconto. Contribuição assistencial 303
- Recolhimento das contribuições incidentes sobre as verbas deferidas na reclamação trabalhista à entidade de previdência privada. Competência da Justiça do Trabalho 314

Dano

- Dano moral. Demonstração do prejuízo. Irrelevante. *Damnum in re ipsa* 301
- Dano moral. Discriminação. Mudança de sexo. Possibilidade 302
- Dano moral. Ociosidade forçada. Configurado 302
- Danos morais. Dispensa discriminatória. Abuso do direito potestativo por parte do empregador 303
- Indenização por danos morais. Exposição ao amianto. Ausência de efetiva constatação de doença ocupacional 313
- Transporte irregular de valores. Indenização por danos morais 299

Diferença salarial

- Remuneração Mínima por Nível e Regime. Diferenças salariais por suposta incorreção no cálculo da RMNR. Petrobras.

Acordo coletivo de trabalho, cláusula quarta, item 4.3. Complemento da RMNR	315
--	-----

Direito

- Direito do trabalho. Jornada de trabalho. Alternância de horário. Turno ininterrupto de revezamento. Caracterização 304
- Direito do trabalho. Princípio da intangibilidade salarial. Contribuição confederativa. Descontos indevidos. Devolução 304

Doença

- Doença ocupacional. Danos morais e materiais. Culpa da empregadora configurada. Indenizações devidas 305

Dono da obra

- DER. Dono da obra. Não configuração 303

ECT

- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta Externa (AADC) e adicional de periculosidade. Possibilidade de cumulação para os exercentes da função de carteiro motorizado. Identidade de percentual e de base de cálculo, mas natureza jurídica e motivação distintas..... 305

Embargos

- Embargos de declaração. Pressupostos. Omissão, contradição ou obscuridade não configuradas. Hipótese que não se insere na previsão dos arts. 1.022, incisos I e II, do NCPC, e 897-A da CLT 305

Ente público

- Entidade pública. Juros de mora. Condenação subsidiária. Privilégios inaplicáveis 306

Execução

- Execução. Parcelamento da dívida requerido pelo devedor. Hipótese do art. 916, § 6º, CPC. Renúncia à interposição de recursos.....306
- Fraude à execução. Bem alienado antes do registro da penhora. Não comprovada má-fé do adquirente. Não configurada. Aplicação da Súmula n. 375 do C. STJ 307

FGTS

- Diferenças de FGTS. Prescrição aplicável. Decisão prolatada na ARE 709.212/DF 304
- FGTS. Prescrição..... 307

Gorjeta

- Cobrança de taxa de serviços. Previsão coletiva de distribuição aos empregados, sem fazer distinção às funções exercidas..... 301

Grupo

- Grupo econômico. Ausência de demonstração de controle central exercido por uma das empresas, ou que todas juntas participem do empreendimento comum. Não caracterização..... 307

Honorários

- Honorários advocatícios sucumbenciais. Indevidos, no caso de improcedência total dos pedidos e fixados por arbitramento, no caso de sucumbência recíproca, sem caráter punitivo, sem inviabilizar o acesso à justiça e sem reduzir de maneira desproporcional o benefício econômico obtido pelo reclamante no processo..... 308
- Honorários sucumbenciais recursais. Processo do trabalho. CPC, art. 85, § 11, do CPC. Majoração de ofício 308

Hora *in itinere*

- Horas *in itinere*. Ônus da prova..... 309

Horas extras

- Horas extras. Ginástica laboral. Tempo à disposição do empregador 309
- Volkswagen do Brasil. Horas extras. Minutos que antecedem o início do turno. Utilização facultativa, pelo obreiro, da condução fornecida pela reclamada ao local de trabalho. Aplicação da OJ n. 326 da SBDI-1, convertida na Súmula n. 366 do C. TST..... 318

Intervalo de trabalho

- Intervalo do art. 384 da CLT. Proteção ao trabalho da mulher. Constitucionalidade. Horas extras devidas 309

Justiça gratuita

- Isenção de custas. Concessão no julgamento do agravo de instrumento. Perda do objeto do recurso ordinário 310
- Justiça gratuita. Reclamante. Custas processuais superiores a 50% dos ganhos mensais. Prejuízo ao exercício do direito de defesa. Isenção. Deferimento 310
- Justiça gratuita. Sindicato 310

Lei

- Lei n. 13.467/2017. Ilegitimidade. Contrariedade aos preceitos fundantes da ordem jurídica democrática e aos princípios e institutos do direito do trabalho. Dever funcional da magistratura 310

Penhora

- Penhora sobre o exercício do direito de usufruto. Possibilidade 312

Petição inicial

- Liquidação dos pedidos da petição inicial..... 311
- Prazo não concedido para emenda da inicial. Extinção do processo sem resolução de mérito. Impossibilidade 312

Prescrição

- Prescrição. Exposição ao amianto. Dano ao meio ambiente do trabalho e ausência de cuidados previstos em lei com a saúde dos trabalhadores 313

Princípio da imediatidade

- Princípio da imediatidade. Valoração da prova. Vinculação. Prestígio do juízo de valor expendido pelo sentenciante que foi instrutor do feito..... 313

Processo

- Processo do trabalho. Indenização pela contratação de advogado 313

Recurso

- Recurso ordinário. Jurisdição voluntária. Rescisão contratual. Pedido de homologação de acordo extrajudicial negado na origem e deferido nesta instância. Requisitos legais cumpridos. Interesse do próprio empregado. Quitação geral possível 314
- Recurso ordinário. Nulidade do auto de infração por descumprimento do art. 74 da CLT. Controle da jornada. Sistema alternativo. Portaria n. 373/2011 315

Responsabilidade

- Responsabilidade da tomadora de serviços. Falta de interesse recursal 316
- Responsabilidade solidária. Contrato de facção. Empreitada. Arts. 610 e seguintes do Código Civil. Improcedência 316

Sindicato

- Representatividade do sindicato da categoria diferenciada dos trabalhadores em atividades de movimentação de mercadorias em geral: extensão 300

- Representatividade do sindicato da categoria diferenciada em atividades econômicas diversas da movimentação de mercadorias. Possibilidade 300
- Sindicato. Substituição processual. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Direitos individuais homogêneos 316

Terceirização

- Decisão pelo plenário do E. STF, nos autos da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 324. Admissão expressa da terceirização lícita de serviços para atividades meio e atividades fim, fixando em ambos os casos a responsabilidade subsidiária do tomador 303
- Terceirização. Pessoa jurídica de direito público como tomadora e beneficiária dos serviços prestados. Responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Inteligência dos arts. 1º e 37 da CF/1988, arts. 186 e 187 do Código Civil, arts. 67 e 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, e julgamento ADC 16 do STF..... 316

Trabalho externo

- Atividade externa compatível com a fixação de horário de trabalho. Possibilidade de controle de jornada. Inexistência de subsunção na exceção prevista no art. 62 da CLT 299

Tutela

- Tutela inibitória consistente em penhora do direito de lavra. Possibilidade. Inteligência do art. 55 do Código de Mineração. Capitulção no art. 835, XIII, do CPC..... 317

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ÁBILE, José Carlos

- Penhora sobre exercício de usufruto..... 312

AMADO, João Leal

- Sobre os piquetes de greve: entre Mike Tyson e Mahatma Gandhi (artigo)..... 237

AZEVEDO, Dagoberto Nishina de

- Dano moral 301

BADAWI, Karina Bonetti

- O caráter subjetivo nas restrições de acesso à informação (artigo) 253

BARBOSA, Mafalda Miranda

- Direito à mentira do trabalhador na fase pré-contratual? (artigo) 219

BELUTTO, Renan Martins Lopes

- A aplicação da exceção do contrato não cumprido nas escalas de 12x36 horas (artigo) 127

CARRADITA, Manuel Soares Ferreira

- Agravo regimental em correição parcial 297

COOPER, Fábio Allegretti

- Acidente do trabalho 294
- Acidente do trabalho típico 294
- Minutos que antecedem o início do turno 318

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais, e dos assuntos em relação às demais seções.

DALASTTI, Michel Henrique

- Artigo 507-A da CLT: embrião de uma nova tendência? (artigo) 175

FACCIOLI, Pedro Henrique Godinho

- A utilização do seguro garantia em substituição ao depósito recursal: reflexões à luz da Lei n. 13.467/2017 e do Ato TST. CSJT.CGJT n. 1, de 16 de outubro de 2019 (artigo) 63

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- Categoria profissional diferenciada 300
- Representatividade do sindicato 300

GAURIAU, Rosane

- Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil (artigo) 201

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

- Horas extras e ginástica laboral 309
- Terceirização 316

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto

- Sindicato 316

GOMIERI, Olga Aida Joaquim

- Grupo econômico 307
- Remuneração Mínima por Nível e Regime 315
- Serviços bancários secundários 301

GRASSELLI, Fabio

- Doença ocupacional 305

GRASSELLI, Hélio

- Danos morais 303

JANON, Renato da Fonseca

- A teoria dos jogos e a estratégia da cooperação (artigo)..... 145

LARAIA, Ricardo R.

- A possibilidade de cumulação dos honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais na Justiça do Trabalho (artigo) 165

LAZARIM, Luiz Antonio

- Agravo de petição..... 296
- Incompetência da Justiça do Trabalho..... 309
- Justiça gratuita..... 310

LIMA, Samuel Hugo

- Honorários sucumbenciais recursais 308
- Processo do trabalho 313

LOBO, Luiz Felipe Paim da Luz Bruno

- Dano moral 302
- Princípio da imediatidade 313
- Terceirização lícita 303

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina

- Desconto de contribuição assistencial 303
- Homologação de acordo extrajudicial 307
- Horas *in itinere*..... 309

LOPES, Edmundo Fraga

- Adicional de insalubridade 295
- Embargos de declaração 305
- Responsabilidade solidária 316

MARTINS, Ana Paula Alvarenga

- Dano moral 302

MARTINS, Patrícia Glugovskis Penna

- Ação rescisória 293

MAZI, LÍlian Rodrigues

- O caráter subjetivo nas restrições de acesso à informação (artigo) 253

MENDES, Marcus Menezes Barberino

- Agravo de petição e coisa julgada material 296

MONTANAGNA, Antonio Francisco

- Liquidação dos pedidos 311

- Nulidade do auto de infração 315

MOREIRA, Teresa Coelho

- Revolução 4.0 (artigo) 23

NUNES, Luiz Roberto

- Isenção de custas 310

OLIVEIRA, Maria Madalena de

- Agravo regimental em correição parcial 296, 298

PEREIRA, Paulo Henrique Motta

- A possibilidade de cumulação dos honorários de advogado assistenciais e sucumbenciais na Justiça do Trabalho (artigo) 165

PESTANA, Antonia Regina Tancini

- Recolhimento das contribuições 314

PISTORI, Gerson Lacerda

- Artigo 840 da CLT 299
- Atividade externa 299
- Cobrança de taxa de serviços 301
- Contradita de testemunha 301
- Transporte irregular de valores 299

PITAS, José

- Adicional de insalubridade 296
- Bombeiro civil 300
- Responsabilidade da tomadora 316

RIZZARDO, André Augusto Ulpiano

- Princípio da intangibilidade salarial 304

RUFINO, Marcelo Magalhães

- Jornada de trabalho 304

SANCHES, Dora Rossi Góes

- Bem indivisível 299

SANTOS, Lorival Ferreira dos

- Diferenças de FGTS 304
- Entidade pública 306
- Prazo não concedido 312

SCARABELIM, Larissa Carotta Martins da Silva

- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos 305
- Tutela inibitória 317

SILVA, João Batista da

- Arrazoado 298

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira

- A terceirização de atividade fim e a (des)proteção aos direitos sociais (artigo)..... 97

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz

- Acordo sem reconhecimento de vínculo..... 295
- Honorários advocatícios sucumbenciais..... 308
- Lei n. 13.467/2017..... 310

SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de

- Jurisdição voluntária..... 314

SOUZA, Rita de Cássia Penkal Bernardino de

- Fraude à execução..... 307
- Intervalo do art. 384 da CLT..... 309
- Preliminar de nulidade..... 312

STOREL, Luciane

- Agravo de petição..... 296
- Execução..... 306
- FGTS..... 307

TARDA, Beatriz Fernanda

- Assédio moral e sexual sobre as mulheres no ambiente laboral (artigo)..... 275

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César

- Competência da Justiça do Trabalho..... 300
- Dono da obra..... 303
- Exposição ao amianto..... 313
- Indenização por danos morais..... 313

TAVEIRA, Orlando Amâncio

- Ação rescisória..... 293

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos

- Tema 1046 do STF: análise contextual (artigo) 85

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Atos normativos 323
- Súmulas 319
- Teses Prevalentes 319

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Contribuição sindical 310
- Justiça gratuita 310

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO

A Revista do Tribunal tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalho do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas, súmulas e teses prevaletentes do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no período; **Atos Normativos**, que elenca as principais normas editadas pelo Tribunal, também durante o semestre.

A **Seção Especial** destaca discursos e palestras proferidas no Tribunal ou em eventos por ele patrocinados.

A seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalho do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do conteúdo editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para a publicação na Revista do Tribunal implica automaticamente em autorização do autor para a futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá quatro exemplares da Revista impressa onde publicado o conteúdo editorial de sua autoria. A Revista fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às Normas de Publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências, redigidos em português, observando a ortografia oficial, **com exceção** dos artigos enviados para a publicação em Doutrina Internacional. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados, e devem ter entrelinha

1,5cm. As margens superior e inferior devem ser configuradas com 2cm e as laterais com 3cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada Times New Roman, corpo 12. O sistema de chamada utilizado é o Autor-data. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a Revista providenciará a inserção.

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM ou *pen drive*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para a apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor deverá constar o símbolo “*” e, no rodapé da página, após o símbolo “*”, breve *curriculum* com o nome do autor, a situação acadêmica, os títulos, as instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, o endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e a relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalho do Meio Científico: o texto deve estar redigido com no máximo vinte e cinco laudas. Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, a área de conhecimento, a instituição de ensino e o nome do professor orientador, se for o caso.

A Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, da Escola Judicial, que assessora o Conselho Editorial da Revista do Tribunal, procederá às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das Referências.

Endereço para a correspondência:
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040 | *e-mail*: revistadotribunal@trt15.jus.br