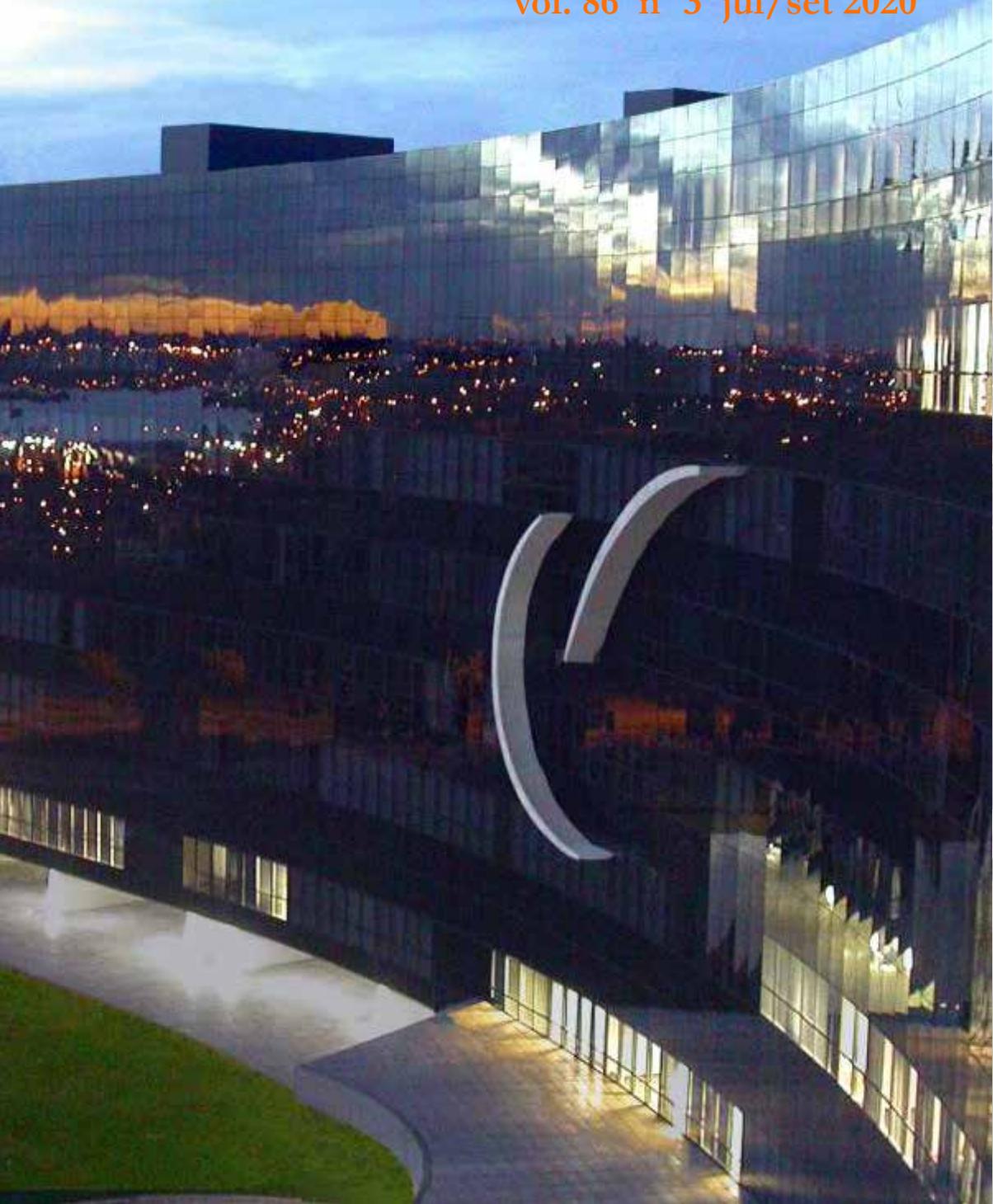


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 86 nº 3 jul/set 2020



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

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

Ano 86 – nº 3 – jul. a set. – 2020

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Renyr Figuerêdo Corrêa

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: LexMagister

Tiragem: 700 exemplares

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

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

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

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

Órgão Especial

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

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

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

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

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal

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

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

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministra Maria Helena Mallmann

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Primeira Turma

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Alexandre Luiz Ramos

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira (Afastado temporariamente por integrar o CNJ)

Ministro Douglas Alencar Rodrigues, Presidente

Ministro Breno Medeiros

Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

Sexta Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Oitava Turma

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



Maria Cristina
Peduzzi (Presidente)



Vieira de Mello Filho
(Vice-Presidente)



Aloysio Corrêa da
Veiga (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva
Martins Filho



João Batista Brito
Pereira



Renato de Lacerda
Paiva



Emmanoel
Pereira



Lelio Bentes Corrêa



Alberto Luiz Bresciani
de Fontan Pereira



Dora Maria
da Costa



Guilherme Augusto
Caputo Bastos



Márcio Eurico
Vital Amaro



Walmir Oliveira
da Costa



Maurício Godinho
Delgado



Kátia Magalhães
Arruda



Augusto César Leite
de Carvalho



José Roberto Freire
Pimenta



Delaíde Alves
Miranda Arantes



Hugo Carlos
Scheuermann



Alexandre de Souza
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas
Brandão



Douglas Alencar
Rodrigues



Maria Helena
Mallmann



Breno
Medeiros



Alexandre Luiz
Ramos



Luiz José Dezena
da Silva



Evandro Pereira
Valadão Lopes

Sumário

I – APRESENTAÇÃO

II – DOCTRINA

II.1 – Temas de Direito Individual do Trabalho

1. Teletrabalho em tempo de pandemia da Covid-19. Experiência luso-brasileira: estudo comparado
Teleworking in the context of Covid-19. Luso-Brazilian experience: a comparative study
Rosane Gauriau 21
2. Subordinação algorítmica: caminho para o Direito do Trabalho na encruzilhada tecnológica?
Algorithmic subordination: path to Labor Law in technological crossroads?
Denise Pires Fincato e Guilherme Wünsch 40
3. Trabalho por intermédio de plataformas tecnológicas: uma análise da autonomia à luz da Lei nº 12.587/2012
Labor through technological platforms: an analysis of autonomy in the light of Law no. 12,587/2012
Fausto Siqueira Gaia e Raimundo Dias de Oliveira Neto 57
4. As empresas estatais e o Direito do Trabalho
State companies and Labor Law
Hugo Fidelis Batista 75

II.2 – Tema de Direito Coletivo do Trabalho

5. A deliberação coletiva como fundamento às contribuições sindical e negocial
The collective deliberation as a foundation of labor unions fees
Lucas de Azevedo Teixeira, Tais de Araújo Gomes e Victor Emanuel Bertoldo Teixeira 95

II.3 – Temas de Meio Ambiente do Trabalho

6. As precarizações impostas ao meio ambiente juslaboral da mulher como herança da divisão sexual do trabalho: necessária releitura epistemológica por meio da decolonialidade
The deregulation imposed to women at the work environment as a heritage of the labor gender division: the need of an epistemological analysis through decoloniality
Ariete Pontes de Oliveira e Italo Moreira Reis 115
7. Controle internacional de convencionalidade no caso “Fazenda Brasil Verde”: enaltecer o conceito de trabalho escravo contemporâneo como forma de combater o racismo estrutural
International conventionality control in the “Fazenda Brasil Verde” case: enhancing the concept of the modern slavery as a way to struggle systemic racism
Priscila Freire da Silva Cezario 131

8. A garantia da saúde mental do trabalhador como eficácia do direito fundamental do trabalho em tempo de pandemia <i>Guarantee of worker's mental health as effectiveness of the fundamental labor law in pandemic time</i> <i>Alan Martinez Kozyreff e Mariana Ferrucci Bega</i>	148
9. Revolução tecnológica, indústria 4.0 e o teleassédio moral organizacional <i>Technological revolution, industry 4.0 and virtual organizational moral harassment</i> <i>Adriana Wyzkowski</i>	163
10. O novo normal no ambiente de trabalho e suas consequências <i>The new normal in the workplace and its consequences</i> <i>Ricardo Souza Calcini e Alexandra Cristina Cypriano Bianchi</i>	180
11. O trabalho em situação análoga à escravidão enquanto prática de gestão e seus reflexos para o mundo empresarial: os possíveis riscos para as empresas <i>Work in situation analogue to slavery as a management practice and its reflections for the business world: the possible risks for companies</i> <i>Gabriela Sepúlveda e Andrea Presas Rocha</i>	199

II.4 – Temas de Direito Processual do Trabalho

12. Flexibilização procedimental e efetividade processual <i>Procedural flexibility and effecting jurisdictional protection</i> <i>Roberta Corrêa de Araujo</i>	223
13. O laudo social como prova do vínculo afetivo com o fim de definir os limites subjetivos da condenação do dano moral reflexo na era da reforma trabalhista <i>The social report as proof of the affective link in order to define the subjective limits of the condemnation of moral damage reflected in the age of labor reform</i> <i>Barbara Bedin</i>	241
14. O negócio jurídico processual como instrumento de efetividade do processo do trabalho em tempos de pandemia <i>The procedural negotiation as an instrument for the labor process' effectiveness in pandemic times</i> <i>Renata da Silva Santos e Thais Miranda de Oliveira</i>	258

III – NOTAS E COMENTÁRIOS

Pelo sistema telepresencial, foi realizada, no mês de agosto de 2020, a reunião do Comitê Gestor do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho. O CGMNac-JT é coordenado pelo Presidente da Comissão de Documentação do TST, Ministro Mauricio Godinho Delgado, e integrado por cinco Desembargadores de Tribunais Regionais do Trabalho das cinco regiões do país	275
O TST comemorou a Semana da Memória da Justiça do Trabalho com dois eventos virtuais: o seminário telepresencial “Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História”, ocorrido em 22 de setembro de 2020; e a exposição temática trabalhista virtual “Pandemias e Relações de Trabalho”, inaugurada na mesma data	275

Apresentação

A Revista do Tribunal Superior do Trabalho, em seu vol. 86, n. 3, relativa ao trimestre de julho a setembro de 2020, mostra-se voltada aos temas do mundo do trabalho e suas interconexões com o Direito Constitucional, em suas diversas dimensões, sem descuidar do contexto pandêmico presente, com suas repercussões na seara laboral.

Para compor esta edição, a Comissão Permanente de Documentação, atualmente integrada pelos Ministros Mauricio Godinho Delgado (presidente), José Roberto Freire Pimenta e Douglas Alencar Rodrigues (membros titulares), selecionou 14 artigos jurídicos e científicos, cujos autores – a vasta maioria Doutores ou Mestres – integram destacadas carreiras do âmbito justrabalhista, como Magistrados do Trabalho, Professores Universitários, Advogados, Servidores Públicos, etc.

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

No eixo “DOCTRINA”, o primeiro capítulo trata dos temas de Direito Individual do Trabalho. A abordagem perpassa pelo teletrabalho em tempos de pandemia, tendo como referência o direito comparado, especificamente a experiência luso-brasileira. O trabalho por intermédio de plataformas tecnológicas e a linha tênue entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, bem como a relação entre empresas estatais e Direito do Trabalho, também compõem este primeiro capítulo temático.

O segundo capítulo dedica-se à temática do Direito Coletivo do Trabalho e propõe reflexão acerca da deliberação coletiva assemblear e das contribuições sindical e negocial.

O terceiro capítulo, ao tratar de temas de Meio Ambiente do Trabalho, aborda a questão da precarização do meio ambiente laboral da mulher e sua inter-relação com a divisão sexual do trabalho. O conceito do trabalho escravo contemporâneo, a partir do caso “Fazenda Brasil Verde”, e os possíveis reflexos empresariais associados à utilização do trabalho em situação análoga à escravidão também são objeto de estudo. O meio ambiente do trabalho é analisado, ainda, na perspectiva da saúde mental do trabalhador e do assédio organizacional, tendo como parâmetro o contexto pandêmico e a denominada indústria 4.0.

O quarto capítulo, dedicado a temas de Direito Processual do Trabalho, trata da flexibilização procedimental e da efetividade processual; do dano moral reflexo e dos limites subjetivos da condenação; e do negócio jurídico-processual no processo do trabalho, considerando-se a presente pandemia.

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

Neste segundo eixo, registram-se dois importantes eventos: a reunião do Comitê Gestor do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho – CGMNac-JT, em agosto de 2020; e a Semana da Memória da Justiça do Trabalho, de 21 a 25 de setembro de 2020, que foi celebrada com o Seminário Telepresencial *Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História* e o lançamento da exposição virtual *Pandemias e Relações de Trabalho*.

O CGMNac-JT é coordenado pelo Presidente da Comissão de Documentação do TST e integrado por cinco representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho das cinco regiões do país. O objetivo deste Comitê Gestor, instituído em 2011 no âmbito do CSJT, é auxiliar o Presidente do TST e do CSJT e a Comissão de Documentação do TST na coordenação das atividades do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho.

Na reunião telepresencial realizada em agosto de 2020, o CGMNac-JT deliberou acerca das seguintes ações realizadas e em fase de concretização: criação do Memorial Virtual da Justiça do Trabalho; regulamentação dos instrumentos de gestão documental e destinação final de documentos arquivados no âmbito da Justiça do Trabalho; acompanhamento da meta estratégica número 21, que verifica os índices de preservação de documentos históricos nos TRTs; estudo de tecnologias para viabilizar a realização de visitas virtuais aos memoriais da Justiça do Trabalho; criação do Tesouro da Justiça do Trabalho; cooperação com TRTs para implantação de centros de memória.

O Seminário Telepresencial comemorativo da Semana da Memória da Justiça do Trabalho, denominado *Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História*, foi promovido pela Comissão de Documentação do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Coordenadoria de Gestão Documental e Memória, em parceria com o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Assessores e Servidores do TST.

Durante o evento, que contou com a participação de diversos especialistas, como professores doutores da UnB, UNICAMP, UFMG, UFF, UFRJ e UFPE, e ministros do TST, foram abordados temas relevantes no campo da

história e da memória do trabalho e da Justiça do Trabalho e sua importância histórica para a construção da cidadania e os desafios pós-pandemia da Covid-19.

Por fim, a exposição virtual comemorativa da Semana da Memória da Justiça do Trabalho, *Pandemias e Relações de Trabalho*, igualmente estruturada pela Comissão de Documentação do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua Coordenadoria de Gestão Documental e Memória (CGEDM), propõe reflexão sobre o contexto pandêmico atual, enfatizando seus reflexos no mundo do trabalho, a partir de outros eventos pandêmicos vivenciados pela humanidade, especificamente a peste bubônica (denominada peste negra quando se espalhou pela Europa no século XIV) e a gripe espanhola, ocorrida no final da Primeira Grande Guerra e anos seguintes.

Com esta sintética APRESENTAÇÃO do conteúdo deste número da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, deseja-se boa leitura a toda a comunidade jurídica!

Mauricio Godinho Delgado

Ministro Presidente da Comissão de Documentação do Tribunal Superior do Trabalho

**Parte 1 – Temas de Direito
Individual do Trabalho**

TELETRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19. EXPERIÊNCIA LUSO- BRASILEIRA: ESTUDO COMPARADO

TELEWORKING IN THE CONTEXT OF COVID-19. LUSO- BRAZILIAN EXPERIENCE: A COMPARATIVE STUDY

Rosane Gauriau*

RESUMO: O artigo propõe um breve estudo comparado sobre o teletrabalho no setor privado, em Portugal e no Brasil, no contexto do novo coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19). Para tanto, a partir de uma análise comparativa, examinará as noções fundamentais e o regime jurídico do teletrabalho, segundo o regime geral previsto no Código do Trabalho lusitano e na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil e segundo o regime temporário implementado em razão da atual crise sanitária. Enfim, serão abordadas as consequências do teletrabalho no contexto da Covid-19 e na hipótese de sua perenização em Portugal e no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho. Direito do Trabalho. Covid-19. Portugal. Brasil.

ABSTRACT: This article aims to address a short comparative study of teleworking (remote work) in the private sector within the context of the current coronavirus pandemic Sars-Cov2 (COVID-19). It's based on the exegesis of Portuguese and Brazilian social legislation and temporary legislation implemented due to the current sanitary crisis. To conclude this article, we will briefly consider the immediate consequences of the massive work-from-home experiment due to COVID-19 as well as it's potential long lasting consequences, in Portugal and Brazil.

KEYWORDS: Teleworking. Labor Law. Brazil. Portugal. COVID-19.

Introdução

O presente estudo visa a examinar, de modo sucinto e comparado, o teletrabalho no setor privado no Brasil e Portugal, à luz do regime jurídico geral (regra geral) e regime excepcional (regra temporária) implementado durante a crise sanitária provocada pelo novo coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19). Não se tem a pretensão de esgotar o assunto, principalmente porque que os comunicados e legislações oficiais em Portugal são modificados frequentemente, em função da evolução da situação epidemiológica do país.

* *Jurista; pesquisadora; doutora em Direito (summa cum laude) pela Université Paris 1- Sorbonne França; membre associé do Centre Jean Bodin, Université d'Angers, França; membro do Institut de Psychodynamique du Travail, Paris, França; membro do Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Paris, França.*

Assim sendo, propõe-se o exame da principal legislação editada entre os meses de março de 2020 e até 1º de julho de 2020 versando sobre o teletrabalho nos dois países. Saliente-se que apenas os elementos “comparáveis” disciplinados pelos textos legais no Brasil e em Portugal serão objeto deste estudo.

Contexto. Em 31 dezembro de 2019, a Comissão Municipal de Saúde de Wuhan, China, relatou um conjunto de casos de pneumonia, causados por um novo tipo de coronavírus. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS)¹ considerou que o novo coronavírus (Covid-19) era uma emergência de saúde pública internacional. Em 11 de março de 2020, a OMS elevou o novo coronavírus à categoria de pandemia internacional.

Considerando a rápida evolução da pandemia, diversos países, dentre eles Brasil e Portugal, adotaram diplomas legais, a fim de proteger trabalhadores, empresas e a população, e prevenir a transmissão e propagação do vírus. O teletrabalho foi privilegiado e implantado nesses países como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade empresarial, bem como de garantia de proteção da saúde e segurança de empregados e empregadores.

Estado de emergência. Calamidade pública. Situação de alerta. Em Portugal, o estado de emergência nacional² foi decretado pelo Decreto do Presidente da República nº 14-A/2020, de 18 de março de 2020, e renovado pelo Decreto do Presidente da República nº 17-A/2020, de 2 de abril de 2020, em razão da situação de calamidade pública provocada pelo novo coronavírus. A fase de Mitigação da Pandemia de Covid-19 foi determinada em 26 de março de 2020, nos termos da Norma nº 004/2020 da Direção-Geral da Saúde (DGS). A partir de 30 de abril de 2020, Portugal começou a flexibilizar as medidas de confinamento devido à evolução controlada da situação epidemiológica no país. O estado de emergência vigeu até às 23h59min do dia 2 de maio de 2020³ e a situação de calamidade até às 23h59min do dia 30 de junho de 2020⁴. A situação de alerta, contingência e calamidade entrou em vigor à 0h do dia 1º

1 Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>. Acesso em: 29 jun. 2020.

2 O estado de emergência é um mecanismo excepcional e de último recurso. A situação de calamidade é um mecanismo legal, devendo a sua execução obediência à lei e à Constituição. A situação de calamidade permite medidas menos restritivas, do que o estado de emergência. Disponível em: <https://covid19estamoson.gov.pt/plano-desconfinamento-medidas-gerais/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

3 Às 23h59min do dia 02.05.2020. Decreto do Presidente da República nº 20-A/2020, Diário da República nº 76/2020, 1º Suplemento, Série I, de 17.04.2020.

4 Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A/2020, de 29.05.2020. Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A/2020. Diário da República nº 123/2020, 2º Suplemento, Série I, de 26.06.2020.

DOCTRINA

de julho e vigeu até às 23h59min do dia 14 de julho de 2020⁵. Nesse contexto, foram publicados textos legais destinados à prevenção, contenção, mitigação e tratamento contra a Covid-19, em matéria de trabalho e de teletrabalho nos setores público e privado.

O teletrabalho no setor privado em Portugal foi regulamentado, principalmente, pelo Decreto-Lei n° 10-A/2020, de 13 de março de 2020⁶, Decreto n° 2-A/2020, de 20 de março de 2020⁷, Resolução do Conselho de Ministros n° 40-A/2020, de 29 de maio de 2020⁸, e Resolução do Conselho de Ministros n° 51-A/2020, de 26 de junho de 2020⁹. Sua implementação ocorreu, e ainda ocorre, quotidianamente por meio de comunicados e recomendações oficiais. A esse respeito, o Governo disponibilizou um conjunto de perguntas e respostas para trabalhadores e empregadores sobre o teletrabalho e outras medidas extraordinárias de prevenção contra a transmissão da Covid-19 nos locais de trabalho (FAQ, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020; RECOMENDAÇÕES, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020).

No Brasil, a Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. O Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública em todo o território nacional, em razão do novo coronavírus Sars-CoV-2 (Covid-19). A Medida Provisória n° 927, de 22 de março de 2020¹⁰, dispôs sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública. Dentre elas, ressalte-se a previsão de um regime jurídico especial para o teletrabalho, diferente daquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (que continua em vigor) e que será aplicado somente durante o estado de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo n° 6, de 2020. A Medida Provisória se justifica em razão da necessidade de implementação de medidas urgentes de isolamento dos trabalhadores em suas residências com a manutenção, sempre que possível, dos vínculos trabalhistas e preservação do emprego e da renda. Por conseguinte, o teletrabalho deverá ser privilegiado.

5 Resolução do Conselho de Ministros n° 51-A/2020. Diário da República n° 123/2020, 2° Suplemento, Série I, de 26.06.2020.

6 Diário da República n° 52/2020, 1° Suplemento, Série I, de 13.03.2020.

7 Diário da República n° 57/2020, 1° Suplemento, Série I, de 20.03.2020.

8 Diário da República n° 105/2020, 1° Suplemento, Série I, de 29.05.2020.

9 Diário da República n° 123/2020, 2° Suplemento, Série I, de 26.06.2020.

10 Projeto de Lei de Conversão n° 18/2020 (MP n° 927/2020).

DOCTRINA

Considerações iniciais. Na Europa, o teletrabalho é fruto de negociações entre os atores sociais europeus e foi regulamentado por meio do Acordo-Quadro Europeu de 16 de julho de 2002¹¹, que define o teletrabalho como uma forma de organização e/ou execução do trabalho que utiliza tecnologias de informação, no contexto de um contrato ou relação de emprego, em que um trabalho que pode ser executado nas instalações do empregador é exercido fora dessas instalações e de forma regular. O Acordo-Quadro consagra, ainda, por exemplo, o princípio da igualdade entre trabalhadores presenciais e teletrabalhadores. Estabelece o caráter voluntário do teletrabalho para ambas as partes; o direito do teletrabalhador ao respeito à sua vida privada. Afirma que o fornecimento, instalação e manutenção dos equipamentos necessários ao teletrabalho é responsabilidade do empregador, salvo se o teletrabalhador utilizar seu próprio equipamento, etc.

Portugal, inspirado pelo Acordo-Quadro Europeu de 16 de julho de 2002, foi o primeiro país europeu a regulamentar o regime jurídico do teletrabalho no setor privado. O teletrabalho foi introduzido, inicialmente, nos artigos 233º a 243º do revogado Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei nº 99, de 27 de agosto de 2003. Atualmente, está previsto nos artigos 165º a 171º do Código do Trabalho (CT), aprovado pela Lei nº 7¹², de 12 de fevereiro de 2009.

Em razão da Covid-19, em Portugal, o regime jurídico geral do teletrabalho (regra geral) continua sendo aquele previsto nos artigos 165º a 171º do CT e o regime jurídico temporário (regra temporária e aplicável durante a crise sanitária atual) encontra-se previsto, principalmente, no Decreto-Lei nº 10-A, de 13 de março de 2020, Decreto nº 2-A, 20 de março de 2020, Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A, de 29 de maio de 2020 e Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A, de 26 de junho de 2020¹³.

No Brasil, o regime jurídico geral do teletrabalho está previsto nos arts. 75-A a 75-E e 62, III, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o regime jurídico temporário é regulamentado, principalmente, pela Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.

Feitas essas considerações iniciais, examinaremos de modo comparado as *noções* indispensáveis à compreensão do teletrabalho no Brasil e em Portugal, no setor privado (I), bem como o *regime jurídico* aplicável (II).

11 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=FR>. Acesso em: 30 jun. 2020.

12 Diário da República nº 30/2009, Série I, de 12.02.09.

13 Cf. Informação Técnica nº 15, de 17.04.2020. Orientação nº 13, de 21.03.2020. Informação Técnica nº 14, de 19.03.2020. Orientação nº 06, de 26.02.2020. Disponível em: <https://www.dgs.pt/saude-ocupacional/covid-19-novo/documentos-e-informacoes-importantes.aspx>. Acesso em: 3 jul. 2020.

I – Noções

a) Teletrabalho

Regra geral. Segundo o artigo 165º do CT português, o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho realizada pelo empregado fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. Assim, o teletrabalho se caracteriza pela existência de uma relação de subordinação jurídica entre as partes e pela prestação laboral realizada de forma habitual, fora da empresa e com uso de tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é para ambas as partes (empregado e empregador) o elemento essencial do teletrabalho.

No Brasil, a noção de teletrabalho é menos restrita do que em Portugal. 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. Não há menção à subordinação ou habitualidade.

Regra temporária. No Brasil, o art. 4º, § 1º, da Medida Provisória nº 927/2020 afirma que o teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância caracteriza-se pela prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação e que por sua natureza não configurem trabalho externo, nos termos do art. 62, III, da CLT. Em Portugal, não há diploma legal modificando a noção do teletrabalho no contexto da Covid-19.

b) Teletrabalhador

Regra geral. Em Portugal e no Brasil, pode-se afirmar que teletrabalhador é 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.

O CT português (artigo 166º) prevê as hipóteses em que certos trabalhadores têm, *ex lege*, direito a teletrabalhar se a atividade desempenhada for compatível com o teletrabalho. É o caso do trabalhador que tem filhos com até três anos de idade ou é vítima de violência doméstica (caso tenha apresentado queixa-crime e tenha deixado a residência familiar). Nessas circunstâncias, o pedido de teletrabalho só poderá ser recusado pelo empregador quando manifestamente incompatível com a atividade desempenhada pelo teletrabalhador.

Regra temporária. Na atual situação de crise sanitária, Portugal acrescentou à mencionada lista prevista no CT trabalhadores sujeitos à especial

proteção, a saber: o trabalhador maior de 70 anos e aqueles considerados de risco¹⁴, o trabalhador que, mediante certificação médica, se encontre abrangido pelo regime excepcional de proteção de imunodeprimidos e doentes crônicos, bem como o trabalhador portador de deficiência, com grau de incapacidade igual ou superior a 60%.

“O trabalhador com filho ou outro dependente a cargo, menor de 12 anos, ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crônica, decorrentes de suspensão das atividades letivas e não letivas presenciais em estabelecimento escolar ou equipamento social de apoio à primeira infância ou deficiência, fora dos períodos de interrupções letivo, desde que o outro progenitor não se encontre em regime de teletrabalho e ainda independentemente do número de filhos ou dependentes a cargo. [Finalmente], independentemente do vínculo laboral e sempre que as funções em causa o permitam, quando os espaços físicos e a organização do trabalho não permitam o cumprimento das orientações da Direção-Geral da Saúde e da Autoridade para as Condições do Trabalho sobre a matéria, na estrita medida do necessário.” (FAQ, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020a; RECOMENDAÇÕES, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020a)

Tais trabalhadores têm direito a teletrabalhar, sempre que o posto/atividade de trabalho permitir¹⁵.

No Brasil, com menos pormenores, a Medida Provisória nº 927/2020 autoriza a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a todos os empregados, estagiários, aprendizes (art. 5º) e, no que couber, aos trabalhadores temporários, rurais e domésticos (art. 32). Ressalte-se que o regime de teletrabalho previsto pela referida Medida Provisória não se aplica aos trabalhadores em teleatendimento e *telemarketing*, os quais têm disciplina própria prevista nos arts. 227 e segs. da CLT.

Em resumo, em Portugal e no Brasil, em princípio, se o posto/atividade de trabalho for elegível ao teletrabalho, todo trabalhador pode teletrabalhar.

II – Regime jurídico

No Brasil, no contexto atual da Covid-19, o teletrabalho é regido, principalmente, pela Medida Provisória nº 927/2020 e em Portugal, principalmente,

14 A saber: os hipertensos, os diabéticos, os doentes cardiovasculares, os portadores de doença respiratória crônica e os doentes oncológicos.

15 Artigo 25º do Decreto-Lei nº 10-A, de 13.03.2020; artigo 4º da Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A, de 29.05.2020 e artigo 4º da Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A/2020.

pelo Decreto-Lei nº 10-A, de 13 de março de 2020, Decreto nº 2-A, de 20 de março de 2020, Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A, de 29 de maio de 2020, e Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A, de 26 de junho de 2020.

O regime jurídico geral é regulamentado pelos artigos 165º a 171º do Código do Trabalho em Portugal e, no Brasil, pelos arts. 75-A a 75-E e 62, III, da CLT.

Em seguida, iremos examinar a *implementação* do teletrabalho em Portugal e no Brasil em tempos da Covid-19 (A) e sua *cessação* (B).

A) Implementação

Para tanto, serão analisados, primeiramente, os requisitos formais necessários à implementação do teletrabalho (1). No segundo momento, examinaremos a questão do controle de jornada de trabalho (2), dos equipamentos e infraestrutura necessários ao teletrabalho (3), e da indispensável proteção da saúde do empregado e do meio ambiente de trabalho (4).

1) Requisitos formais

No Brasil e em Portugal, o teletrabalhador e o empregado presencial possuem os mesmos direitos individuais e coletivos (princípio de igualdade de tratamento): respeito à vida privada, proteção à saúde e segurança no trabalho, acesso às atividades sociais e de treinamento da empresa, acesso a treinamento e formação, benefícios previdenciários, direitos sociais e coletivos, dentre outros.

Regra geral. Em Portugal, o teletrabalho pode ser pactuado a título definitivo ou por período determinado e, preferencialmente, por meio de contrato escrito¹⁶. Trata-se de formalidade *ad probationem*, o que significa que sua falta poderá ser suprida por outros meios de prova. Conforme o artigo 166º, nº 5, do CT, o contrato de teletrabalho deve identificar as partes (alínea *a*); o objeto do contrato de trabalho, com menção expressa ao regime de teletrabalho, bem como à respectiva retribuição (alínea *b*); o período normal de trabalho (alínea *c*); indicar a atividade que deve ser exercida pelo teletrabalhador após o período estipulado para a prestação do trabalho em regime de teletrabalho, na hipótese de a duração desse período ser inferior à duração previsível do contrato de trabalho (alínea *d*); a propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela instalação, manutenção e pelo pagamento das despesas de consumo e de utilização (alínea *e*); e, por último, identificar o representante do empregador que o teletrabalhador deverá contatar no âmbito da prestação do trabalho (alínea *f*).

16 Artigo 166º, nº 7, do CT.

DOCTRINA

Em regra geral, no Brasil, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deve estar prevista em convenção coletiva, ou acordo coletivo e/ou contrato individual de trabalho. Quando o regime de teletrabalho for ajustado no contrato individual de trabalho deverá haver a expressa menção, bem como a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado (arts. 75-C e 75-E da CLT).

Regra temporária. No contexto atual da Covid-19, em Portugal, durante o período de situação de calamidade, nos casos em que o teletrabalho foi ou ainda é obrigatório, não será necessária a elaboração de um contrato ou aditivo contratual, nos termos do Código do Trabalho. Todavia, é necessário que o trabalhador o requeira por escrito, acompanhado de indicação do motivo justificativo, podendo a entidade empregadora exigir do trabalhador a prova dos fatos invocados (FAQ, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020b).

No Brasil, o art. 4º, *caput*, da Medida Provisória nº 927/2020 também afastou (expressamente) a necessidade de forma especial (aditivo contratual) para a adoção do teletrabalho, na hipótese da atual pandemia. O empregador poderá, a seu critério (unilateralmente), alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho ou vice-versa, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos e dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho (MARTINS, 2020; SOUZA Jr., *et. al.*, 2020). Ressalte-se, por oportuno, que, no Brasil, o empregador pode alterar, por meio de registro em aditivo contratual, o regime de teletrabalho para o regime presencial, desde que seja respeitado o prazo de transição mínimo de 15 dias (art. 75-C da CLT). O art. 4º, § 2º, da Medida Provisória nº 927/2020 reduziu esse prazo: o empregado deverá ser notificado por escrito ou meio eletrônico, com antecedência mínima, como dito, de 48 horas (CALEGARI, 2020).

Em Portugal, não há regra legal nesse sentido, mas, na prática, aconselha-se o empregador a comunicar por escrito ao empregado, e com certa antecedência, toda alteração na organização do trabalho.

Essa regra excepcional – passagem compulsória ao regime do teletrabalho – desconsidera a *manifestação da vontade do empregado*: nem o voluntariado (1.1) nem o consentimento são necessários (1.2).

1.1) A questão do voluntariado. Como dito anteriormente, a *regra geral*, tanto em Portugal como no Brasil, é a de que o voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho. Não é possível a sua imposição de forma unilateral.

Em tempos de Covid-19, a *regra temporária* modificou a regra geral.

Em *Portugal*, a questão do voluntariado do teletrabalho foi regulamentada em três tempos distintos: enquanto vigente o estado de emergência (ou seja,

até às 23h59min do dia 2 de maio de 2020), enquanto vigente a situação de calamidade (até às 23h59min do dia 30 de junho de 2020) e, atualmente, em situação de alerta, contingência e calamidade (em princípio, vigente da 0h do dia 1º de julho às 23h59min do dia 14 de julho de 2020).

Estado de emergência: teletrabalho obrigatório. O Decreto nº 2-A, de 20 março de 2020, e o Decreto-Lei nº 10-A, de 13 de março de 2020, proclamam ser obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções laborais o permitissem. O dispositivo caducou ao fim do estado de emergência¹⁷. Assim, enquanto vigorou o estado de emergência era obrigatória a adoção do regime de teletrabalho. Essa regra não se aplicava aos trabalhadores de serviços essenciais¹⁸.

Situação de calamidade e situação alerta, contingência e calamidade: teletrabalho facultativo. Atualmente, o teletrabalho é facultativo podendo ser adotado, a fim de prevenir riscos de contágio decorrentes da pandemia da doença Covid-19, nos moldes previstos no Código do Trabalho¹⁹. Submete-se, pois, aos ditames dos artigos 165º a 171º do CT, da Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A, de 26 de junho de 2020, e da Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A, de 29 de maio de 2020. Esta última afirma que o exercício profissional em regime de teletrabalho deixa de ser obrigatório, podendo ser implementadas, dentro dos limites máximos do período normal de trabalho e com respeito pelo direito ao descanso diário e semanal, medidas de prevenção e mitigação dos riscos decorrentes da pandemia.

Em resumo, durante o estado de emergência, o regime de teletrabalho no setor privado era obrigatório independentemente do vínculo laboral e sempre que as funções em causa o permitissem. Na atual situação de alerta, contingência e calamidade, o teletrabalho é facultativo, salvo as hipóteses legais acima mencionadas.

No *Brasil*, não há recomendação na Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, no mesmo sentido, mas é permitido inferir que o teletrabalho no contexto atual é facultativo e recomendado.

1.2) A questão do consentimento. Em *regra geral*, em Portugal e no Brasil, como afirmado, empregado e empregador devem estar de acordo com o trabalho em regime de teletrabalho e a manifestação da vontade deve ser livre e expressamente declarada.

17 O Decreto-Lei nº 24-A, de 29.05.2020, revogou as normas relativas ao teletrabalho. Diário da República nº 105/2020, 1º Suplemento, Série I, de 29.05.2020.

18 Artigo 29º do Decreto-Lei nº 10-A, de 13.03.2020. A Lei nº 1-A, de 19.03.2020, ratificou o Decreto-Lei nº 10-A, de 13.03.2020.

19 Artigo 4º da Resolução do Conselho de Ministros nº 40-A, de 29.05.2020, e artigo 4º, 1, da Resolução do Conselho de Ministros nº 51-A/2020.

No contexto da Covid-19, a *regra temporária* modificou a regra geral. Em Portugal, durante o estado de emergência, o empregador podia impor a modificação do trabalho presencial para o teletrabalho, sem o consentimento do trabalhador. Nesse caso, a recusa do empregado poderia eventualmente caracterizar uma falta, passível de sanção. Eventual recusa do empregador em alterar o regime para o teletrabalho deveria ser fundamentada por se tratar de questão de saúde pública e de saúde e segurança ocupacional.

No Brasil, não há previsão legal sobre o tema.

2) *Jornada de trabalho*

Regra geral. Quanto ao controle da jornada de trabalho, o artigo 170º, nºs 1 e 2, do CT lusitano afirma que o empregador deve respeitar a vida privada do trabalhador, seu tempo de descanso e de repouso. Sempre que o teletrabalho for realizado no domicílio do trabalhador deve ser respeitado o intervalo entre 9 e 19 horas, para fins de controle e da atividade laboral. Ressalte-se que o artigo 218º do CT prevê, especificamente, que o teletrabalhador por acordo escrito ou por instrumento de regulação coletiva pode ser isento de “horário de trabalho”.

O art. 62, III, da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho.

Regra temporária. Em tempos da Covid-19, nem no Brasil nem em Portugal houve mudança significativa no tema.

A Medida Provisória nº 927/2020 apenas dispôs que o tempo de uso em meios de comunicação fora da jornada de trabalho não será considerado tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo (SOUZA Jr. *et al.*, 2020, p. 67).

Em Portugal, o empregador pode alterar a organização do tempo de trabalho ao abrigo de seu poder de direção devendo respeitar os limites máximos da jornada normal de trabalho, pausas e repouso diário e semanal, assim como todo o procedimento aplicável (no que couber) previsto na legislação aplicável, principalmente no Código do Trabalho e no Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho (FAQ, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020c).

3) *Aquisição, manutenção ou fornecimento: custos e reembolso dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura*

Regra geral. No Brasil, o art. 75-D da CLT prevê que a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessários ao teletrabalho será estabelecida por acordo (contrato escrito) entre empregado e empregador.

O Código do Trabalho português²⁰ prevê que na falta de estipulação no contrato de trabalho presume-se que os instrumentos de trabalho utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, o qual deve assegurar as respectivas instalação e manutenção, bem como o pagamento das despesas de consumo e de utilização dos instrumentos. O trabalhador deve observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho disponibilizados. E enfim, salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar aos referidos instrumentos de trabalho uso diverso daquele inerente ao cumprimento da prestação do trabalho.

Regra temporária. No Brasil, a Medida Provisória nº 927/2020 prevê que o reembolso das despesas arcadas para implementação do teletrabalho pelo empregado deve ser previsto em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de 30 dias, contado da data da mudança do regime de trabalho (art. 4, § 3º). Saliente-se que, segundo a referida Medida Provisória, se o trabalhador não possuir os equipamentos necessários ao teletrabalho, o empregador poderá fornecê-los em regime de comodato e pagar pelos serviços de infraestrutura, o que não caracterizará verba de natureza salarial. Não sendo, porém, possível ao empregador oferecer o regime de comodato, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador, devendo o empregado ser remunerado, ainda que permaneça em seu domicílio sem prestar serviços ao empregador.

Nesse tema, o Governo português recomenda a observância do disposto no Código do Trabalho, ou seja, o empregador deve garantir as condições necessárias ao teletrabalho. Para tanto, ele deve disponibilizar, quando necessário, o equipamento para a prestação do teletrabalho assegurando que o trabalhador tenha acesso ao equipamento habitualmente utilizado no local de trabalho (por exemplo, computador ou outro equipamento de informática), assim como à informação e à formação necessárias ao desenvolvimento das suas tarefas em teletrabalho (RECOMENDAÇÕES, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020c).

4) Saúde e meio ambiente de trabalho

Regra geral. Em Portugal e no Brasil, o teletrabalhador tem os mesmos direitos que o empregado presencial à proteção à saúde, segurança e meio ambiente do trabalho, bem como à proteção contra acidente do trabalho e doença ocupacional.

No Brasil, o empregador deve utilizar todos os meios necessários para proteger a saúde do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos

20 Artigo 168º do CT.

locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como garantir-lhe condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança. Aplicam-se ao teletrabalhador todas as garantias previstas na Constituição Federal, principalmente, a proteção dos direitos fundamentais previstos no art. 5º (p. ex., direito à vida, à segurança, à saúde, à integridade física e mental), redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), proteção do meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII, e 225, *caput*), além das normas de proteção e segurança previstas nos arts. 154 a 201 da CLT e das Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho.

Em Portugal, igualmente, o empregador deve assegurar as condições de segurança e saúde dos seus trabalhadores em todos os aspectos relacionados ao trabalho, aplicando as medidas necessárias para tal fim e considerando os princípios gerais de prevenção de riscos profissionais (físicos e mentais). Deve, ainda, respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico (artigo 170º do CT). Os trabalhadores devem cumprir as prescrições, ordens e instruções determinadas pelo empregador desde que não sejam contrárias aos seus direitos e garantias, e conforme estabelecido em lei ou em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (artigos 127º e 128º do CT).

Regra temporária. No Brasil, no contexto da atual pandemia, as autoridades públicas brasileiras têm expedido atos administrativos que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelas empresas. A esse título, cite-se exemplificativamente: o Ofício Circular SEI nº 1.088/2020/ME, de 27 de março de 2020, tratando de medidas de prevenção e redução do contágio da Covid-19; a Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020, do Ministério da Economia e Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, que estabelece medidas a serem observadas visando à prevenção, ao controle e à mitigação dos riscos de transmissão da Covid-19 para os ambientes de trabalho em geral, de forma a preservar a segurança e a saúde dos trabalhadores, os empregos e a atividade econômica²¹; a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.565, de 18 de junho de 2020, que estabelece orientações gerais visando à prevenção, ao controle e à mitigação da transmissão da Covid-19, e à promoção da saúde física e mental da população brasileira, de forma a contribuir com as ações para a retomada

21 Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>. Acesso em: 2 jul. 2020.

segura das atividades e o convívio social²², ou, ainda, as Notas Técnicas do Ministério Público do Trabalho²³ com recomendações e medidas a serem adotadas neste período de crise, como, por exemplo, avaliar se os documentos ocupacionais das empresas foram revisados e/ou atualizados em relação aos riscos decorrentes da atual pandemia.

Permanece, cremos, a obrigação prevista no art. 75-E da CLT, no sentido de que o empregado deverá assinar o termo de responsabilidade e se comprometer a observar as instruções fornecidas pelo empregador.

Em Portugal, o empregador deve elaborar e/ou rever um Plano de Contingência (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020) que indique os procedimentos de prevenção, controle e vigilância relacionados ao risco físico e psicossocial decorrente da Covid-19 para todos os trabalhadores (inclusive para os que estão em regime de teletrabalho), adequado ao local de trabalho e de acordo com as orientações da Direção-Geral da Saúde e da Autoridade, devendo para esse efeito envolver os Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho da empresa, os trabalhadores e, quando existam, as suas estruturas representativas (FAQ, DGERT, MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2020d).

A) Acidente de trabalho e da doença ocupacional

Regra geral. Tanto em Portugal quanto no Brasil, o teletrabalhador, assim como o trabalhador presencial, tem direito à proteção contra o acidente de trabalho ou a doença profissional.

Nos dois países, a doença ocupacional é caracterizada por uma exposição mais ou menos prolongada a um risco, no contexto da atividade profissional. Enquanto o acidente de trabalho é um evento repentino e imprevisto, que deve ocorrer no tempo e no local de trabalho. O acidente de trabalho decorre do trabalho ou durante o período de trabalho. Assim, enquanto a doença ocupacional supõe uma exposição habitual que se inscreve no tempo, o acidente de trabalho caracteriza-se pela ocorrência súbita do evento.

No Brasil, é direito do teletrabalhador a instrução expressa e ostensiva, quanto às precauções necessárias, a fim de evitar doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar 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 observadas,

22 Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.565-de-18-de-junho-de-2020-262408151>. Acesso em: 2 jul. 2020.

23 Disponível em: <http://www.prt13.mpt.mp.br/informe-se/noticias-do-mpt-pb/1031-coronavirus-acompanhe-aqui-as-notas-tecnicas-e-recomendacoes-do-mpt>. Acesso em: 2 jul. 2020.

pode-se concluir que ao teletrabalhador se aplicam todas as normas de proteção e segurança previstas nos arts. 154 a 201 da CLT, bem como a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana inscrita no art. 5º da Constituição Federal (p. ex., o direito à vida, segurança, saúde e integridade), sem olvidar o disposto no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, que assegura o direito a todo trabalhador (inclusive ao teletrabalhador) à redução de riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança (BASSO, 2018).

Em Portugal, nos termos dos artigos 169º e 283º do CT, Lei nº 98, de 4 de setembro de 2009, Lei nº 102, de 10 de setembro de 2009, e Decreto Regulamentar nº 76, de 17 de julho de 2007, tanto o trabalhador presencial quanto o teletrabalhador têm direito à proteção e à reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional. As doenças profissionais constam da “Lista das Doenças Profissionais”, conforme previsto no Decreto Regulamentar nº 76, de 17 de julho de 2007. O teletrabalhador, assim como o trabalhador presencial, pode ser vítima de uma doença ocupacional. Se a doença for designada em uma das “Lista das Doenças Profissionais” presume-se que seja de origem ocupacional. Todavia, a ausência de previsão na referida lista não exclui, *ipso facto*, o trabalhador do reconhecimento da doença profissional que pode ocorrer se o empregado demonstrar o nexo de causalidade entre a patologia apresentada e a atividade laboral exercida²⁴.

Regra temporária. *Quid* da contaminação do teletrabalhador pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2) para fins de acidente de trabalho ou doença profissional? A resposta não é simples. Isso, porque o risco de contaminação pela Covid-19 não se limita apenas à esfera profissional, podendo também ocorrer fora do ambiente de trabalho.

Em se tratando de acidente de trabalho, a dificuldade para o empregado será de provar o fato acidental específico, súbito, inesperado, isto é, a contaminação em data precisa, no local do trabalho ou por ocasião do trabalho. Também será difícil a prova da doença profissional, a qual tem causa e evolução de caráter lento, continuado e progressivo. Talvez a prova seja menos complexa para certos empregados cujo risco de contaminação é patente, como os trabalhadores de hospital, grande distribuição (supermercados), transportes, correios, coletores de lixo, etc. No entanto, pertencer a uma categoria profissional em risco de (maior) contaminação não é de *per si* suficiente para estabelecer o nexo causal entre a contaminação e o acidente de trabalho, ou a doença profissional. Especialmente em período de pandemia, quando o vírus circula ativamente

24 Disponível em: <https://www.dgs.pt/saude-ocupacional/doencas-profissionais-e-acidentes-de-trabalho/doencas-profissionais.aspx>. Acesso em: 3 jul. 2020.

no país. Não será tarefa fácil distinguir entre a contaminação ocorrida na vida profissional ou privada.

Assim, tanto em Portugal quanto no Brasil, a Covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional desde que provado o nexo de causalidade entre a patologia e a atividade profissional exercida. Nesse sentido, é que, parecidos, deve ser entendida a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que suspendeu a eficácia do art. 29 da Medida Provisória nº 927/2020²⁵, ou seja, a Covid-19 pode ser reconhecida como doença profissional, se for comprovado o nexo de causalidade.

Enfim, exceto se legislação posterior alterar o quadro atual, em nenhum dos dois países ocorrerá a reconhecimento automático em caso de contaminação do teletrabalhador pela Covid-19. O Poder Judiciário examinará caso a caso.

B) Cessação do teletrabalho

Antes de tratarmos da cessação do teletrabalho propriamente dita, cumpre-nos tecer um breve comentário sobre a *força maior*, em tempos da Covid-19.

Com efeito, no Brasil, de acordo com a Medida Provisória n  927/2020, para fins trabalhistas, trata-se de hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da CLT. “O empregador não concorreu direta ou indiretamente para o fechamento das suas atividades por determina o do Poder Público” (MARTINS, 2020).

Todavia, se no Brasil o legislador afirmou expressamente se tratar de hipótese de força maior, em Portugal deve-se provar a impossibilidade de cumprimento da obriga o, em razão da atual crise sanitária. O ônus da prova da força maior incumbe a quem alega. Assim, deve ser demonstrado que existe uma rela o causal entre a Covid-19 e o não cumprimento da obriga o: a ocorrência da força maior se verificar , caso a caso, segundo as circunstâncias que lhe são particulares.

Relativamente ao *término do teletrabalho, a regra geral*, no Brasil,   a de que toda altera o do regime de teletrabalho por determina o do empregador, para o regime presencial, deverá constar no contrato de trabalho ou no termo aditivo ao contrato individual de trabalho, sendo garantido ao teletrabalhador o prazo de transi o mínimo de 15 dias (art. 75-C,   2 , da CLT) (BASSO, 2018).

Em Portugal, conforme o artigo 167  do CT, a dura o inicial do contrato para presta o subordinada de teletrabalho não pode exceder três anos, nem

25 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1>. Acesso em: 28 maio 2020.

exceder o prazo estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Todavia, as partes podem denunciar o referido contrato durante os primeiros 30 dias da sua execução. Cessando os efeitos do contrato de teletrabalho, o trabalhador retoma a prestação de trabalho, nos termos acordados ou nos previstos em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

Regra temporária. No Brasil, o disposto na Medida Provisória nº 927/2020 limita-se ao período de decretação do estado de calamidade pública. A referida Medida Provisória não alterou os arts. 75-A a 75-E e 62, III, da CLT, que tratam do teletrabalho e que continuam em vigor. Em Portugal, o teletrabalho foi obrigatório durante o estado de emergência (Decreto nº 2-A, de 20 de março de 2020, e Decreto-Lei nº 10-A, de 13 de março de 2020). Atualmente, o teletrabalho somente é obrigatório nas hipóteses enumeradas nos diplomas legais (*v. supra*).

Assim sendo, o teletrabalho obrigatório ou facultativo, em razão da atual pandemia e regido pelos diplomas legais temporários acima mencionados, cessará ao fim do estado de calamidade pública no Brasil e da situação de alerta em Portugal, salvo disposição legal em contrário. Consequentemente, o teletrabalho que extrapole esse período será regido em Portugal, pelos artigos 165º a 171º do CT, e no Brasil, pelos arts. 75-A a 75-E e 62, III, da CLT.

Considerações finais

A experiência do teletrabalho lusitana e brasileira, em razão da pandemia do novo coronavírus, tem, como pretendemos demonstrar, do ponto de vista legislativo, divergências e similitudes. Do ponto de vista do trabalho humano, ninguém pode, ainda, avaliar o impacto ou a extensão das consequências econômicas e sociais da atual crise sanitária, mas há motivos para crer que essa experiência deixou marcas indeléveis no mundo do trabalho: certamente, o teletrabalho passou a integrar de modo definitivo a organização do trabalho²⁶. E o que isso significa? Significa que muito provavelmente o teletrabalho não será vivido do mesmo modo pelos teletrabalhadores, seja sob a ótica da proteção jurídica do teletrabalho e do teletrabalhador, seja sob a ótica do que o teletrabalho representa em termos de desigualdade social e de relações humanas no trabalho.

Sob a ótica da proteção jurídica, em países com forte tradição sindical e de sólidas conquistas sociais, os atores sociais terão a oportunidade de negociar as

26 Conforme afirmado recentemente pela Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil). Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/economia/presidente-do-tst-acredita-que-o-teletrabalho-veio-para-ficar-1.436799>. Acesso em: 2 jul. 2020.

condições de implementação do teletrabalho, de organização do trabalho, bem como as políticas de gestão e de *management*. Em outros, cuja presença sindical e os direitos sociais encontram-se extremamente fragilizados e a flexibilização justifica a redução de direitos sociais, o empregado terá pouca ou nenhuma possibilidade de negociar as condições do teletrabalho e muito provavelmente irá renunciar a alguns direitos sociais para evitar o desemprego. Possivelmente, os trabalhadores portugueses e brasileiros não viveram e não viverão do mesmo modo a passagem do trabalho presencial para o teletrabalho. Alguns estavam e estarão protegidos por um *statut* laboral (SUPIOT, 1999; CASTEL, 2003) e políticas de proteção ao trabalho e ao desemprego, outros, por imperativos econômicos, já conheciam ou conhecerão uma maior “uberização” do trabalho e a multiplicação do *microwork crowdsourcing* (BARRAUD DE LAGERIE, 2018).

Sob a ótica das desigualdades sociais, o teletrabalho não tem a mesma representação simbólica segundo a classe social (as pessoas economicamente fragilizadas/vulneráveis não têm meios financeiros para arcar com as despesas do teletrabalho e, frequentemente, enfrentam problemas de infraestrutura física, como a ausência de equipamentos tecnológicos e conexão internet adequados ou de espaço apropriado ao teletrabalho), o gênero (o problema da dupla jornada feminina)²⁷, ou o *métier* do teletrabalhador (geralmente, o teletrabalho é “privilégio” do trabalho intelectual). Na verdade, a implantação do teletrabalho exacerbou (as chocantes) desigualdades do mundo do trabalho, revelou o risco do isolamento e da desintegração dos coletivos de trabalho já enfraquecidos por técnicas de *management* abusivas (DEJOURS, 2010; GRENIER-PEZÉ, 2010).

Enfim, sob a ótica das relações humanas, há tempos o mundo do trabalho conhece a intensificação de processos de individualização em detrimento dos coletivos de trabalho e seus efeitos nefastos sobre a saúde dos trabalhadores. É sabido que a intensificação da carga de trabalho, a hiperconexão, o isolamento e a solidão no trabalho indicam risco de deterioração da saúde mental do trabalhador. O teletrabalho não deve acelerar esse processo de individualização e isolamento, de dissolução das fronteiras físicas e simbólicas entre o espaço doméstico e profissional. Se constatamos, no contexto atual da Covid-19, que não podemos mais trabalhar sem a tecnologia, também constatamos que não devemos trabalhar sozinhos: nosso trabalho é permeado por relações humanas. É fundamental para nossa saúde mental mantermos vínculos sociais, cooperar,

27 Disponível em: <https://demografiaufrn.net/2020/03/31/os-desafios-do-home-office-para-as-mulheres-em-tempos-de-isolamento-social-devido-ao-covid-19/>. Acesso em: 28 maio 2020.

pertencer e participar de um grupo/coletivo de trabalho. Trabalhar não é só produzir: “travailler c’est aussi vivre ensemble”²⁸ (DEJOURS, 1987; 2009).

Referências bibliográficas

BARRAUD DE LAGERIE, Pauline; SIGALO Santos, Luc. Et pour quelques euros de plus. Le *crowdsourcing* de micro-tâches et la marchandisation du temps. *Réseaux*, n. 212, p. 51-84, 6/2018. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-reseaux-2018-6-page-51.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BASSO, Danielle de Mello; BARRETO Jr., 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.

BRASIL. Ministério da Economia. *Exposição de Motivos n. 00081/2020*. Ministério da Economia, Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-927-20.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

CALEGARI, Luiz Fernando. A flexibilização das regras trabalhistas trazidas pela Medida Provisória nº 927/2020 explicada ponto a ponto: as normas que regravão as relações de emprego durante o estado de calamidade pública. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 59-70, maio 2020.

CASTEL, Robert. *L’Insécurité sociale. Qu’est-ce qu’être protégé?* (SEUIL/REP.IDEES). Kindle edition. 2003.

DEJOURS, C. Chapitre VI. Nouvelles formes de servitude et suicide. In: DEJOURS, Christophe (Éd.). *Observations cliniques en psychopathologie du travail*. Presses Universitaires de France, 2010.

DEJOURS, C. L’individu et le collectif dans les rapports de travail. Interview. *Collectif*, n. 3, 1987.

DEJOURS, C.; GERNET, Isabelle. Évaluation du travail et reconnaissance. *Nouvelle Revue de Psychosociologie*, n. 8, p. 27-36, 2/2009.

GRENIER-PEZÉ, Marie. Chapitre V. Le harcèlement moral au travail: contrainte par corps. In: DEJOURS, Christophe (Éd.). *Observations cliniques en psychopathologie du travail*. Presses Universitaires de France, 2010.

LEITE, Gisele. Comentários à Medida Provisória nº 927/2020. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 50-58, maio 2020.

MARECOS, Diogo Vaz. *Código do trabalho anotado: Lei n. 7-2009, de 12 de fevereiro*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. Coronavírus e trabalho. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária*, v. 30, n. 371, p. 9-32, maio 2020.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; GUIMARÃES, Ana Cláudia. Medida Provisória 927/20: inovações em aspectos trabalhistas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1.016, jun. 2020.

28 Trabalhar é conviver, viver junto/em grupo.

DOCTRINA

PESSOA, André; MIZIARA, Raphael. Teletrabalho à luz da Medida Provisória n. 927 de 2020 (Covid-19): um breve guia para empresários, trabalhadores e profissionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1017, jul. 2020.

PORTUGAL. *Informações sobre a Covid-19*. Portugal. Disponível em: <https://covid19estamoson.gov.pt/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PORTUGAL. Ministério da Saúde. *Plano de Contingência*. Portugal. Disponível em: <https://covid19.min-saude.pt/plano-de-contingencia/>. Acesso em: 3 jul. 2020.

PORTUGAL. Ministério do Trabalho. Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho (DGERT). *19 recomendações para adaptar os locais de trabalho e proteger os trabalhadores, da autoridade para as condições de trabalho (ACT)*. Disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/19-recomendacoes-para-adaptar-os-locais-de-trabalho-protoger-os-trabalhadores>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PORTUGAL. Ministério do Trabalho. Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho (DGERT). FAQ. *Perguntas e respostas para trabalhadores e empregadores*. Sobre o teletrabalho e outras medidas extraordinárias de prevenção contra a transmissão da infeção Covid-19 nos locais de trabalho. Portugal. Disponível em: <https://www.dgert.gov.pt/covid-19-perguntas-e-respostas-para-trabalhadores-e-empregadores-faq/teletrabalho-e-outras-medidas-extraordinarias-de-prevencao-contra-a-transmissao-da-infecao-covid19-nos-locais-de-trabalho###>. Acesso em: 25 jun. 2020.

REDINHA, Maria Regina Gomes. O teletrabalho. In: *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Memórias, Almedina, 1999. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/18672/2/49720.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SOUZA Jr., Antonio Umberto de *et al.* *Medida Provisória n. 927 de 2020: comentários artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2020.

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: rapport pour la Commission Européenne*. Flammarion, 1999.

Recebido em: 05/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA: CAMINHO PARA O DIREITO DO TRABALHO NA ENCRUZILHADA TECNOLÓGICA?

ALGORITHMIC SUBORDINATION: PATH TO LABOR LAW IN TECHNOLOGICAL CROSSROADS?

Denise Pires Fincato*

Guilherme Wunsch**

RESUMO: O presente estudo visa a aprofundar a problemática do futuro do trabalho sob a ótica dos efeitos por ele sofridos em face do advento e avanço exponencial das novas tecnologias. O estudo faz o cotejo entre o futuro do trabalho e o avanço das tecnologias, em especial abordando a questão da automação, apresentando reflexões e indagações acerca do sentido do trabalho na contemporaneidade, marcada, notadamente, pelas formas algorítmicas de controle do trabalho. Conclui o artigo que a continuidade deste ramo específico perpassa pela própria abertura transdisciplinar, o que possibilitará a sua sustentabilidade, diante da dinâmica da sociedade pós-moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Tecnologia. Subordinação Algorítmica.

ABSTRACT: This study aims to deepen the problem of the future of work from the perspective of the effects it has suffered in the face of the advent and exponential advance of new technologies. The study makes a comparison between the future of work and the advancement of technologies, especially addressing the issue of automation, presenting reflections and questions about the meaning of work in contemporary times, marked, notably, by the algorithmic forms of work control. The article concludes that the continuity of this specific branch goes through the transdisciplinary opening itself, which will enable its sustainability, in the face of the dynamics of postmodern society.

KEYWORDS: Work. Technology. Algorithmic Subordination.

* Pós-doutorada em Direito do Trabalho na Universidad Complutense de Madrid; doutora pela Universidad de Burgos; mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professora-pesquisadora no PPGD da PUCRS; acadêmica titular da Cadeira nº 34 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho; coordenadora do Projeto de Pesquisa em cooperação acadêmica (Projeto Rede): “Crise, Tecnologia e Relações de Trabalho: eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”; advogada e consultora trabalhista.

** Pós-doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; acadêmico titular da Cadeira nº 26 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho; advogado e consultor.

1 – Introdução

Parece haver chegado o futuro, momento tão temido por grande parte dos juslaboralistas. Tendo a tecnologia evoluído exponencialmente nas últimas décadas, em especial no atual século XXI, as raízes clássicas do Direito do Trabalho encontram-se em xeque e beiram à extinção. Neste estudo, não se fala de precarização das relações de trabalho, desproteção do trabalhador, descomedido fomento ao lucro ou desatenção aos direitos humanos, cuida-se, isso sim, da intensa transformação epistemológica para a qual, talvez, os principais operadores do Direito do Trabalho ainda não estejam preparados.

A pesquisa realizada parte do pressuposto de que não se pode mais analisar o fenômeno trabalho sob a ótica do século passado. Vive-se em época diversa, na qual dados são mais importantes do que cifras, em que a matéria-prima da atividade laboral talvez se “resuma” a algoritmos, pelo que o indivíduo trabalhador sequer precisa sair de casa para prestar serviços.

Todas essas metamorfoses, acredita-se, são fruto do avanço tecnológico que desafia a humanidade nos últimos tempos – e ao mesmo tempo a faz avançar –, de modo que de nada adianta estabelecer resistência quanto ao fenômeno. Mesmo que se tenha ciência de que a “nova planificação” da Terra¹, onde todos estão conectados com todos, não atinge, *ainda*, a integralidade da população, os sinais de possível extinção das relações laborais como as conhecemos é motivo de alerta, pois imporão transformações também no direito laboral.

Considerando tais premissas, intenta-se questionar: em que medida o conceito de subordinação jurídica cede espaço para um novo modelo de subordinação (algorítmico) e faz ressignificar o próprio conteúdo do que se entende por trabalho? Pretende-se apontar que o avanço tecnológico, em especial no campo da comunicação e informação, onde se alocam a automação e a inteligência artificial, não necessariamente trará males aos trabalhadores. Ao revés, poderá alçá-los a outro platô, no qual usufruirão do trabalho criativo e decente, seguro e emancipador.

Para tanto e durante o período de transição que se vislumbra, entende-se que os empregadores devem ser estimulados a utilizarem os avanços tecnológicos como forma de qualificação do meio ambiente e das relações laborais,

1 Nesse sentido, Thomas L. Friedman apresenta que pessoas de todo o mundo estão adquirindo poder; a globalização 3.0 possibilita a um número cada vez maior de pessoas se conectar em um piscar de olhos, e vê-se todas as facetas da diversidade humana entrando na roda. O autor denomina como globalização 3.0 a verdadeira revolução da informação que está prestes a começar, em que os saltos de produtividade serão colossais para os países, empresas e indivíduos capazes de absorver as novas ferramentas tecnológicas. Daí a tese de que a Terra deixou de ser plana e se achatou. Para onde quer que se olhe, têm-se as hierarquias desafiadas de baixo para cima ou deixando de ser estruturas verticais e se horizontalizando, tornando-se mais colaborativa. FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 11-52.

alertando os trabalhadores sobre as imperiosas novas habilidades que devem desenvolver em prol de sua trabalhabilidade e, aos governos, sobre as políticas públicas necessárias a conduzir e harmonizar todos esses movimentos, sem prejudicar o convívio social.

O estudo se faz a partir do método de abordagem hipotético-indutivo, métodos de procedimento histórico, comparativo, funcionalista, estruturalista e tipológico e, por fim, via método de interpretação sistemático-sociológico.

Enfim, entendem os autores que o presente trabalho se justifica pela necessidade de atualização, não apenas dos operadores juslaborais, como também do próprio Direito do Trabalho, notoriamente o brasileiro – no qual ainda se pretende proteger o trabalhador da *maléfica automação*² –, pois é cediço que o avanço tecnológico no ambiente produtivo é inevitável, de nada adiantando à realização da dignidade da pessoa humana trabalhadora a resistência ou inércia ao avanço tecnológico.

2 – O futuro do trabalho como um tempo de difícil conjugação: os reflexos das tecnologias nas relações de trabalho

A relação entre o trabalho e a tecnologia é antiga, pode-se dizer que se entrecruzam desde as origens da história da humanidade³. Quando se fala em tecnologia, não se pode limitar a esta ou àquela ferramenta tecnológica. Aliás, equívoco comete quem fala em “nova” tecnologia como algo universal: o que é novo para uma comunidade pode ser antigo para outra.

A tecnologia atrela-se ao trabalho para facilitar e otimizar o fazer humano. Assim ocorreu com as ferramentas de agricultura (enxadas, pás, etc.) com os teares, com o computador⁴. A ideia de sua utilização sempre foi o de facilitar o trabalho e, com isso, economizar tempo e esforço humano.

As promessas advindas da inserção das tecnologias da informação e comunicação no espaço laboral sintetizavam-se nessa liberação do homem trabalhador para atividades de desenvolvimento pessoal, intensificação da vida afetivo-familiar e do exercício do que se convencionou chamar de “ócio criativo”⁵. As tecnologias da comunicação e informação permitem a fluidificação

2 É o próprio teor do art. 7º, XXVII, da CF/88, quando referencia ser direito do trabalhador a proteção *em face da automação*. (Grifou-se)

3 FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise Pires; MATTE, M.; GUIMARÃES, C. *Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 9-18.

4 FINCATO, Denise Pires. Artigo 7º, XXXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

5 DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

do trabalho, uma vez que a matéria-prima passa a ser o próprio conhecimento, que não trafega em esteiras rolantes, mas na rede mundial de computadores e faz com que empregado e empregador possam pertencer a nacionalidades diferentes, conhecendo-se virtualmente ou até mesmo sem nunca virem a se conhecer.

A automação é fenômeno ligado à tecnologia, com múltiplos objetivos, impactos e feições. Afeta as relações laborais, não havendo mais dúvidas de que se trata de algo irrefreável no meio produtivo. É termo que vem do latim *automatus*, referindo-se àquilo que “se move por si”⁶ e, no meio trabalhista, pode ser concretizado pela mecanização do sistema produtivo através do uso de máquinas e robôs para o desempenho de certas atividades, até então desenvolvidas por seres humanos. Martinez⁷ aponta que automação se difere de automatização, pois, em seu entender, o primeiro serviria para identificar situações de substituição do trabalho humano repetitivo e mecânico por máquinas, enquanto o segundo serviria para definir o uso de máquinas dotadas de inteligência artificial para o cumprimento de tarefas de maior complexidade em sistemas robóticos e mecatrônicos, por vezes até dotados de ampla autonomia. É de se destacar que o termo automação foi cunhado no texto constitucional brasileiro na década de oitenta do século passado, época em que sequer se utilizavam processos automatizados na indústria brasileira, e, por isso, entende-se que tanto automação como automatização (por ser a segunda mera evolução da primeira) estariam no escopo protetivo do inciso XXVII⁸.

A situação é diversa quando se analisam as expressões “inovações tecnológicas”, “modernização tecnológica” e “automação”, pois, na hipótese, houve intenso debate do legislador constituinte, que, conhecedor do sentido de todas as expressões, optou por fechar o espectro de proteção constitucional exclusivamente à automação. Em que pesem as discussões terminológicas supra-aventadas, calçadas na etimologia, semântica ou até no escorço do histórico da norma, este estudo utilizará o termo *automação*, em respeito à literalidade do conteúdo normativo.

Da forma como o texto constitucional se consolidou, tem-se a ideia de que a automação seria, aos brasileiros, um fenômeno nefasto, um mal a ser combatido. Entretanto, atualmente, é possível reconhecer que a existência humana passa por

6 JOSÉ FILHO, W. L. A eficácia do direito fundamental da proteção em face da automação previsto no inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, v. 15, dez. 2012, p. 77-89.

7 MARTINEZ, L.; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 43, n. 182, p. 21-59, out. 2017.

8 FINCATO, Denise Pires. Artigo 7º, XXXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

intensa transformação⁹. A automação invade residências e mobiliários urbanos e já se pode dizer que os direitos inerentes ao amplo acesso à tecnologia seriam tão fundamentais quanto outros, igualmente positivados e constitucionais¹⁰. Ao mesmo tempo em que oferece riscos, dignifica o trabalho humano, vinculando-se tal resultado ao paradigma filosófico a partir do qual Estados e particulares conduzem o desenvolvimento tecnológico em determinado tempo e local¹¹.

No cruzamento de fundamentalidades, impõe gizar que também o desenvolvimento é essencial à humanidade, não sendo lógico, em princípio, freá-lo. Por vezes, pode afigurar-se complexa a coexistência, em mesmo titular, dos direitos ao desenvolvimento, ao trabalho e à saúde, pois nem sempre tal concomitância será harmônica, justificando isso, talvez, o reforço sistemático contido no inciso XXVII¹², impondo a muitos destinatários o dever de conformar a realidade ao desiderato normativo¹³.

O desenvolvimento (tecnológico) benéfico ao coletivo, por vezes, pode não ser favorável a um indivíduo (a automação de certa função pode reduzir acidentes laborais a si inerentes, mas também extinguir postos de trabalho), desafiando o sistema jurídico e seus intérpretes. A toda evidência, a previsão constitucional de proteção em face da automação desafia destinatários públicos e privados, pois seu conteúdo de direitos humanos impõe sua imediata aplicação (apesar de programática), o que implica guiar a operação interpretativa pela própria norma, completando-a com outras fontes, visando à imposição de condutas estatais prestacionais (políticas públicas de empregabilidade/trabalhabilidade em setores e atividades afetados pela tecnologia) e condutas contratuais de ação ou omissão (imposição de deveres de proteção à saúde no trabalho tecnológico).

Até os anos 1970, as economias desenvolvidas apresentavam um mercado de trabalho estruturado em termos de distribuição de renda e inflação, ciclo este interrompido pelo esgotamento desse padrão de desenvolvimento e caracteri-

9 As dimensões existenciais já não encontram clara fronteira entre o físico e o virtual, afetando a formação da identidade dos seres humanos (inclusive laboral) e a gestão de seus tempos e afazeres. Nesse sentido, ver: MARQUES, S. R. de C. A. *Tecnologias e a (nova) existência humana: reflexões sobre os direitos fundamentais ao lazer e ao trabalho e suas repercussões nos danos existenciais*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre. Orientadora: Prof^a Dr^a Denise Pires Fincato.

10 No mesmo texto constitucional, junto da proteção em face da automação, encontram-se a proteção da livre iniciativa (art. 1º, IV) e o incentivo ao desenvolvimento tecnológico (art. 218, *caput*).

11 Oportuno referir que o paradigma filosófico condutor da questão desenvolvimentista no Brasil, por lógica sistêmica, é o princípio da solidariedade, que impõe o dever de colocar a tecnologia a serviço do homem.

12 Pois os bens tutelados em face da automação serão, basicamente, empregos e saúde – direitos já garantidos em outros dispositivos da Constituição.

13 FINCATO, Denise Pires. Artigo 7º, XXXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

zado pela internacionalização dos mercados, gerando uma reestruturação de empresas¹⁴. Esse cenário foi confirmado nos anos 1990, quando se consolidou a necessidade de reestruturação produtiva implementada pelas novas tecnologias, além, é claro, das questões econômicas e instabilidades ligadas à crise. Nesse sentido, “a busca de competitividade obriga as empresas a alterar rapidamente as características de produção, adaptando-se às flutuações do mercado”¹⁵.

Os avanços tecnológicos foram significativos para mudar as estratégias e modelos de gestão empresarial. Através do investimento na tecnologia é possível aperfeiçoar a mão de obra e, conseqüentemente, aumentar a produtividade do trabalho, sendo fato que a tecnologia, por meio de seus frutos como computadores e robôs, causou transformações significativas no processo de produção¹⁶.

A tecnologia foi determinante para que cada (fase da) Revolução Industrial ocorresse. As Revoluções representaram grandes conquistas para as indústrias, com elas foi possível transformar as formas de produção e o próprio trabalhador.

Conforme leciona Ana Paula Cavalcanti Ferreira, a Quarta Revolução Industrial é impulsionada pelas tendências de conectividade, materiais avançados que permitem o desenvolvimento de novos sensores, tecnologia de processamento mais rápido, redes de produção avançadas, redes de dispositivos de fabricação e controlados por computadores, permitindo uma interação entre o real e o virtual de maneira muito mais integrada¹⁷. De acordo com Klaus Schwab, a Quarta Revolução Industrial causará impactos que farão com que as empresas repensem seus modelos de funcionamento para operarem com maior velocidade e agilidade¹⁸. Em razão disso, as empresas estão eliminando níveis de gerência tradicional, treinando funcionários para que exerçam várias habilidades e reduzindo o tempo e a complexidade do processo de produção. A consequência dessa reestruturação, para Jeremy Rifkin, é o aumento da produtividade¹⁹. As tecnologias da Quarta Revolução Industrial permitem que

14 PICCININI, Valmíria Carolina; OLIVEIRA, Sidinei Rocha de; RÜBENICH, Nilson Varela. Formal, flexível ou informal? Reflexões sobre o trabalho no Brasil. In: PICCININI, Valmíria Carolina *et al.* (Org.). *O mosaico do trabalho na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006. p. 93.

15 PICCININI, Valmíria Carolina; OLIVEIRA, Sidinei Rocha de; RÜBENICH, Nilson Varela. Formal, flexível ou informal? Reflexões sobre o trabalho no Brasil. In: PICCININI, Valmíria Carolina *et al.* (Org.). *Op. cit.*, p. 94.

16 Ocorreu o aumento da produção por hora e a redução do trabalho nas atividades de controle do processo produtivo e, com isso, as falhas e perdas foram reduzidas. Nesse sentido, ver: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. São Paulo: LTr, 2018. p. 21.

17 LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias; STEVAN Jr., Sergio Luiz. *Indústria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018. p. 81.

18 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15.

19 RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004. p. 7.

máquina e produto se conectem, tornando possível monitorar todo o processo, identificando problemas rapidamente, reduzindo defeitos nos produtos, e até mesmo prevenindo problemas futuros.

3 – A ressignificação de padrões semânticos: consumo e emprego revolvidos pelos algoritmos

Se há uma afirmação que se pode efetuar sem qualquer tipo de medo, é a de que o indivíduo virou refém do consumo e do tempo, vez que se faz necessária sua adaptação ao ritmo imposto pelas relações consumeristas, que acontecem de forma cada vez mais rápida, intensa e impensada²⁰. Nessa perspectiva, a promessa da sociedade de consumo é a de satisfazer os desejos e carências dos indivíduos num nível que nenhuma outra sociedade conseguiu antes alcançar. Percebe-se que se trata de uma satisfação fugaz, com a promessa de que o consumidor ficará satisfeito, porém não por muito tempo, dadas as questões existenciais que impulsionam o consumo. Isso encontra explicação nas palavras de Bauman, pois consome-se: “enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados”²¹.

A propósito, a sociedade de consumo agiganta-se na medida em que consegue fazer com que a insatisfação do consumidor seja eterna. A estratégia para atingir tal objetivo é peiorar e desvalorizar os produtos em um curto espaço de tempo, na verdade, logo depois de serem lançados e reconhecidos no âmbito das vontades dos consumidores. Além disso, outro ponto que se observa para o crescimento do consumo é o fato de se utilizar a satisfação dos desejos de modo a dar origem a novas vontades e outros desejos, assim, transformando em hábito e compulsão o que começou como a objetiva satisfação de uma necessidade. E assim acontece sempre que o comportamento do consumidor seja impulsionado a buscar no consumo as soluções de problemas existenciais e a libertação para dores e angústias²².

A produção industrial e o capitalismo são marcados pelo consumo massificado de bens e serviços, possibilitando a produção em massa e exigindo mão de

20 POLON, Luana Caroline Künast. Sociedade de consumo ou o consumo da sociedade? Um mundo confuso e confusamente percebido. 5º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. *Anais Eletrônicos...*, Cascavel: Unioeste, 2011. Disponível em: http://cac-php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario6/arqs/Trab_completos_economia_sociedade/Sociedade_de_consumo_ou_consumo_sociedade.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

21 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 63.

22 *Idem*, p. 64.

obra e matéria-prima suficientes. Em regra, a mão de obra deve ser mais barata, visando à potencialização dos lucros e, por vezes, isso pode levar à inobservância dos direitos e garantias dos trabalhadores. Basta analisar-se do ponto de vista lógico: para que o consumidor consuma mais, necessário se faz que o produto seja mais barato; para que isso aconteça, conseqüentemente, a remuneração da mão de obra deve ser compatível, o que justifica o fato de as empresas desejarem e procurarem modelos de trabalho mais baratos, para que ao final seu lucro seja maior²³.

A utilização excessiva dos ambientes digitais vem causando alterações na dinâmica da vida social, pois transformam o modo como as pessoas se relacionam, comunicam e consomem, acarretando influência direta no campo jurídico. As tecnologias trouxeram as mais variadas experiências para a sociedade e, junto com ela, surgiram as chamadas plataformas eletrônicas, capazes de ligar pessoas e fazer com que os mais variados serviços sejam prestados, de forma rápida, eficaz e com um custo-benefício interessante àqueles que deles desfrutam²⁴.

O intuito de tais plataformas é, segundo seus idealizadores, fazer uma ponte entre o prestador de serviços e o cliente: de um lado, estão pessoas de diversos lugares com a necessidade de contratar algum tipo de serviço e, de outro, pessoas dispostas a realizá-los²⁵. Através delas, é possível que o cliente/ usuário faça a solicitação do que precisa e, posteriormente, tenha um retorno daquilo que solicitou. Atualmente, o ambiente onde acontecem essas relações é alocado no movimento denominado *Economia Gig* ou *Gig Economy*²⁶. O fato é que a tecnologia já mudou fortemente o mercado de trabalho, permitindo que fossem alterados locais e horários para o desenvolvimento do trabalho, em praticamente todas as categorias. Não bastasse isso, a era de trabalho industrial dá espaço à era de trabalhos tecnológicos da era digital, como, por exemplo, o trabalho flexível e o trabalho remoto²⁷, verdadeiros remodeladores dos elementos de configuração do vínculo empregatício subordinado.

23 FRAZÃO, José Enéas Barreto de Vilhena. Utilização de mão de obra escrava e sociedade de consumo. *Web Artigos*, 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/utilizacao-de-mao-de-obra-escrava-e-sociedade-de-consumo/108963#ixzz5Pt9CJu4M>. Acesso em: 19 jun. 2020.

24 VERTIGO. *O que é plataforma digital e quais suas funcionalidades?* Vertigo Tecnologia. Disponível em: <https://vertigo.com.br/plataforma-digital-portal-intranet-mobile/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

25 *Ibidem*.

26 Como define Raphael Miziara, na *gig economy* duas formas de trabalho podem ser diferenciadas. A primeira, por uma plataforma que medeia serviços físicos, como serviços domésticos, transporte de passageiros, etc., que inevitavelmente precisam ser realizados localmente. O segundo é um serviço virtual, que é transmitido via internet e pode ser realizado em qualquer lugar do mundo por várias pessoas, em colaboração, como tarefas de contabilidade e tradução, o chamado *crowdwork*. MIZIARA, Raphael. *Moderno dicionário de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019. p. 107.

27 WORD ECONOMIC FORUM. *The future of jobs*. Disponível em: <http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2016>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Na dimensão clássica²⁸, tem-se que a subordinação do trabalhador é oriunda do contrato de trabalho, de modo que o empregado está sob as ordens de seu empregador e é esse último quem determina como o serviço vai ser prestado. Aqui, fácil observar o elemento subjetivo, já que a subordinação se caracteriza pelas ordens de trabalho vindas do empregador, que têm força sobre seu empregado²⁹. Nessa perspectiva, representada por Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna, a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato, nele encontrando seus fundamentos e seus limites, partindo-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador³⁰. Assim, a subordinação conduz a um caráter fiduciário do contrato de trabalho.

Tal definição clássica coaduna-se com a própria representação dos autores à disciplina do Direito do Trabalho, como uma unidade orgânica que visa a regular e proteger o trabalho como atividade profissional, bem como as relações coletivas e os conflitos que dele resultam, e que tem por finalidade preponderante a cobertura dos riscos sociais a que estão sujeitos aqueles que vivem do seu trabalho profissional³¹. Ocorre que, ao longo do tempo, a subordinação sofreu ajustes e adequações em consequência das mudanças no mundo do trabalho³². Atualmente, já é possível que o trabalhador exerça sua atividade fisicamente distante da empresa que o contratou e se verifica que a subordinação – pela via interpretativa – precisou absorver novos matizes.

28 Nas palavras de Godinho: “Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 327-329.

29 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O direito do trabalho na contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017. p. 23.

30 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 1. p. 215.

31 Cabe registrar que para os autores em análise, argumentos que criticam a expressão Direito do Trabalho como uma expressão excessiva, já que contempla várias formas de prestação de serviço, são fracos porque o Direito pressupõe, via de regra, o homem em ação. Se tal ação for de ordem construtiva, não há como se negar qualquer que seja a natureza, que ela realmente representa trabalho, no sentido lato de dever social, como quer a Constituição.

32 De se destacar também que as relações mal ajustadas e conduzidas com autônomos e prestadores de serviços em *lato sensu* ensejaram discussões acerca dos direitos desviados em tais relações, pois, por vezes, o trabalhador autônomo estava paradoxalmente sujeito à subordinação.

Surtem também novas formas de organização do capital. Através das plataformas eletrônicas, as empresas podem fazer uso de tecnologia para controlar a mão de obra, estipular os preços para o serviço realizado por outrem, o modo como esse serviço vai ser pago, o molde de atendimento ao usuário e, ainda, a forma como o serviço do indivíduo cadastrado será acionado. Nessa modalidade, por exemplo, está a empresa Uber³³, pois é ela quem estipula preços, determina como o parceiro vai ser chamado, os padrões para atendimento aos usuários e também as condições em que o veículo deve estar. Possível perceber que não se trata de plataforma que meramente explora tecnologia, mas, sim, de uma estrutura que explora serviço alheio³⁴.

Importante ressaltar que a humanidade já passou por inúmeras revoluções, as quais alteraram a forma de trabalho e de sustento do ser humano. Toda revolução (industrial) acarreta mudanças profundas no sistema vigente, nesse caso ligada diretamente à indústria e à economia advinda dela. No entanto, nenhuma acarretou tantas mudanças como a chamada Quarta Revolução Industrial, consequência direta do florescimento da indústria 4.0. As Revoluções refletem e acarretam mudanças que serão sentidas, aplicadas e adaptadas durante anos. Entretanto, dada a velocidade e intensidade com que as transformações estão acontecendo na atualidade, aparentemente, o espaço temporal para a consolidação das mudanças, conforme ocorrido nas três primeiras revoluções, não irá se repetir.

Nesse sentido, as relações de trabalho subordinadas como até então conhecidas estão sendo desconstruídas a cada dia, principalmente devido ao fato de a tecnologia evoluir e, junto a isso, gerar a crescente dependência humana. O consumo virou um dos tripés da sociedade e um dos principais motores da economia mundial; o impacto desse consumismo volátil, desenfreado e impregnado de imediatismo reflete diretamente na forma como as empresas vão gerenciar os seus empregados.

A economia de compartilhamento parece trazer à tona a necessidade de uma ressignificação do conceito de subordinação, tomando como base a semântica do vocábulo algoritmo. A palavra algoritmo é oriunda do latim, da expressão *algorithmos*, que, em razão da influência do grego *arithmós*, acaba sendo associada a algarismos e relacionada a números. Conforme aduzem Manzano e Oliveira, na esfera da matemática, o termo está associado a um processo de cálculo ou de resolução de um grupo de problemas semelhantes,

33 Mas não apenas ela. Sua relevância é notória, entretanto, a ponto de ensejar a alcunha de um fenômeno trabalhista: a *uberização*.

34 RODRIGUES, Bruno Alves. A relação de emprego no serviço de transporte de passageiros ofertado por intermédio de plataforma eletrônica. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.

em que se estipula, com generalidade e sem restrições, regras formais para a obtenção do resultado ou da solução do problema³⁵.

O conceito de algoritmo pode ser entendido, portanto, como uma sequência finita e ordenada de passos executáveis, que possuem o objetivo de realizar determinada tarefa ou solucionar um problema, a partir de premissas como: “a) analisar o problema; b) identificar as entradas de dados; c) determinar que as transformações devem ser feitas pelo algoritmo ‘processamento’; d) identificar as saídas ‘solução’; e) construir o algoritmo com o diagrama de blocos ou ‘fluxograma’”³⁶.

É a partir dessa leitura que se sugere a ressignificação do conceito de subordinação jurídica, pois na maioria das (novas) formas de trabalho tecnológico, não há mais controle de horários, ordens dirigidas diretamente ao empregado ou mesmo a cobrança de uma disciplina rígida e constante. É preciso considerar que os meios telemáticos de comando, controle e supervisão são válidos e eficazes para fins de subordinação³⁷. O conceito clássico de subordinação, então, já é insuficiente para identificar, dentre as diversas formas de prestação de serviços, qual deverá ser tutelada pelo Direito do Trabalho³⁸.

Pensar no conceito clássico de subordinação jurídica afasta os novos trabalhadores da tutela trabalhista e nos trabalhos prestados através de plataformas digitais não se visualiza o exercício efetivo e constante do poder diretivo por parte do empregador, pois este concede ao empregado liberdade para a execução do serviço. Para Supiot, a subordinação é a pedra angular de um direito que tem por objeto essencial enquadrar o exercício do poder que se confere a uma pessoa sobre outra, pois esse poder inverte os grandes princípios sobre os quais se assenta o direito dos contratos: o princípio da igualdade das

35 MANZANO, José Augusto N. G.; OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. *Algoritmos: lógica para desenvolvimento de programação de computadores*. 28. ed. São Paulo: Érica, 2017. E-book. Documento não paginado. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:621544>. Acesso em: 19 jun. 2020.

36 SOFFNER, Renato. *Algoritmos e programação em formato C*. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. Documento não paginado. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581568>. Acesso em: 19 jun. 2020.

37 O que já é admitido no Brasil desde 2011, com a Lei nº 12.551, que alterou o art. 6º da CLT, especialmente para inserir-lhe o parágrafo único que prevê: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

38 GASPAR, Danilo Gonçalves. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12378>. Acesso em: 19 jun. 2020. p. 137.

partes e o princípio da liberdade contratual³⁹. O operário industrial dos Tempos Modernos podia contentar-se em obedecer às ordens e manter, para o resto, as suas próprias. Foi tratado como uma máquina, mas é como um computador programável, supostamente, para reagir instantaneamente aos sinais com os quais está sendo bombardeado para alcançar objetivos que muitas vezes são irrealizáveis e desconectados das realidades de seu trabalho⁴⁰.

As formas disruptivas de trabalho possibilitam até mesmo desfazer esse conceito angular em que Supiot aponta a subordinação como o poder de uma pessoa sobre outra, pois a subordinação na era tecnológica não é mais, necessariamente, exercida por uma pessoa sobre outra. Assim, será dita “subordinação algorítmica” aquela em que o controle do trabalho é definido por uma sequência lógica, finita e definida de instruções e se desenrola via ferramentas tecnológicas, tais como aplicativos.

Para estabelecer o significado do trabalho nessa nova realidade, é preciso passar, necessariamente, pelo contexto cunhado por Denise Fincato quando aduz que o desenvolvimento tecnológico benéfico ao coletivo pode não ser favorável a um indivíduo singularmente considerado, o que desafia o sistema jurídico e seus intérpretes. A previsão constitucional de proteção em face da automação provoca destinatários públicos e privados, pois seu conteúdo de direitos humanos impõe uma imediata aplicação, o que implica guiar a operação interpretativa pela própria norma⁴¹. Ou ainda, como refere De Masi, os próximos anos não serão completamente marcados apenas pela tecnologia da informação, mas também por outros setores tecnológicos que irão se beneficiar dela, como a engenharia genética, com a qual muitas doenças serão superadas; a inteligência artificial, com a qual se substituirá o trabalho intelectual; as nanotecnologias, com as quais os objetos se relacionarão entre si e com as pessoas; as impressoras 3D, com as quais serão construídos muitos objetos em casa e, graças à computação afetiva, os robôs serão empáticos⁴².

39 SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 146.

40 “Le travailleur industriel des Temps Modernes pouvait se contenter d’obéir aux ordres et garder, pour le reste, son quant-à-soi. On le traitait comme une machine, mais son comme un ordinateur programmable, censé réagir instantanément aux signaux dont on le bombarde pour atteindre des objectifs souvent irréalisables et déconnectés des réalités de son travail.” (Tradução livre do autor). SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 74.

41 FINCATO, Denise Pires. Artigo 7º, XXXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Op. cit.*, p. 662.

42 “Ma i prossimi anni non saranno segnati a fondo solo dall’informatica, a essa vanno sommati anche altri settori tecnologici che ne traggono vantaggio: l’ingegneria genetica, con cui vinceremo molte malattie, l’intelligenza artificiale, con cui sostituiremo molto lavoro intellettuale, le nanotecnologie, con cui gli oggetti si relazioneranno tra loro e con noi, le stampanti 3D, con cui costruiremo in casa molti oggetti. Grazie all’informatica affettiva, i robot saranno dotati di empatia.” (Tradução livre dos autores). DE MASI, Domenico. *Lavorare gratis, lavorare tutti*. s/l: Rizzoli, 2017. p. 136.

O novo trabalho tem como características a insegurança, a flexibilidade e a fragilidade. Logo, a reestruturação produtiva intensificou o que se convencionou chamar de “precarização”⁴³ das relações trabalhistas (no caso, empregatícias clássicas). O crescimento do chamado trabalho precário está diretamente ligado ao aumento do desemprego, pois é do trabalho subordinado que, tradicionalmente, o indivíduo provém seu sustento e isso porque, historicamente, a estabilidade econômica necessária para planejar o futuro esteve atrelada ao emprego, o que leva à conclusão de que sem ele não há futuro.

É certo que os trabalhadores terão que aprimorar suas habilidades para acompanhar os avanços tecnológicos, com isso mantendo-se “empregáveis”. Aqueles sem educação formal terão maior dificuldade para se (re)inserir no mercado, pois na Quarta Revolução Industrial níveis formativos mínimos serão imprescindíveis (como regra, nível médio/técnico completo). Não se deve pensar somente no desemprego do indivíduo singularmente considerado, mas em todos os reflexos indiretos que isso pode causar, uma vez que, além de gerar problemas econômicos, ainda desencadeia problemas sociais e políticos. A preocupação acerca do desemprego não deixará de existir⁴⁴, contudo, não é possível focar somente nesse tópico, pois os novos modelos de negócios estão exigindo um novo trabalhador e o Direito do Trabalho (especialmente o brasileiro) parece não estar preparado para protegê-lo.

Para Ricardo Antunes, “a classe trabalhadora fragmentou-se, heterogenizou-se e complexificou-se ainda mais”. Em alguns segmentos qualificou-se mais, a exemplo da siderurgia, em que a forma de trabalho, com grandes impactos da tecnologia, tornou-se mais intelectualizada. Porém, o autor acredita que em outros segmentos o trabalho acabou tornando-se mais precário e desqualificado, com o desaparecimento de diversas profissões e funções, substituídas por máquinas ou robôs⁴⁵. A tecnologia, grande influenciadora das modificações da vida e, conseqüentemente, do trabalho, trouxe diversos ganhos e benefícios à humanidade, porém, conforme o autor supracitado, acabou distanciando as classes.

Entende-se imperioso o estudo e monitoramento dos impactos da globalização e da Quarta Revolução Industrial no mundo do trabalho. Certamente, as ondas transformadoras não se limitarão a atingir as formas de trabalho e o conjunto normativo juslaboral. Preveem-se (e em alguns locais já se vislum-

43 STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. p. 28.

44 Pois há um índice normal de “desemprego” em todas as civilizações. O pleno emprego é como a total ausência de corrupção: impossível. Mas há índices toleráveis e que refletem as flutuações da sociedade, da economia e dos valores comunitários.

45 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 198.

bram) reflexos na Seguridade Social (auxílios-desemprego, auxílios-doença, etc.), nas relações de consumo (retrações e economia de compartilhamento) e até mesmo na natalidade (redução em face da falta de segurança existencial).

4 – Conclusão

Com a evolução das relações de trabalho e o modo como são operadas algumas atividades, constata-se que a tecnologia tem sido vista como a principal responsável pela descentralização do modelo de trabalho contínuo e presencial. O período compreendido pela Primeira Revolução Industrial restou marcado pela inserção de maquinários que foram aos poucos substituindo o trabalho braçal-repetitivo, o que, por sua vez e já naquela época, ocasionou a dispensa de milhares de trabalhadores e a necessidade de sua qualificação para novos afazeres.

Diversos movimentos sociais começaram a reivindicar melhorias trabalhistas em escala global. Entretanto, conforme a sociedade do conhecimento se expandia e a inserção das tecnologias digitais intensificava a economia de mercado, os direitos trabalhistas em seu formato tradicional começavam a se afigurar inadequados e rígidos demais, o que oportunizou o início do que se chamou “flexibilização” da legislação trabalhista.

Nessa ótica, a Constituição Federal de 1988 é considerada como o marco essencial a regular os direitos e deveres para ambas as partes de uma relação trabalhista e, da mesma forma, como o primeiro e mais importante documento que consigna ideias flexibilizatórias⁴⁶, com lastro garantista (fenômeno ao qual se chamaria posteriormente de *flexisegurança*). Consigna a importância da aplicação de diversos princípios essenciais à saudável dinâmica relacional, todos orbitais à dignidade da pessoa humana. Seu art. 7º traz as cláusulas do chamado “contrato mínimo trabalhista”, núcleo duro do contrato subordinado, que foi, inclusive, preservado na Reforma Trabalhista (v. art. 611-B da CLT).

Apesar disso, o século XXI tem se tornado um cenário de intensificação da descentralização das relações trabalhistas a partir, por exemplo, da criação de plataformas virtuais capazes de interligar as tarefas que antigamente só poderiam ser executadas no ambiente de trabalho do empregador. Com isso, as tecnologias disruptivas aumentam a possibilidade de a prestação de serviço ser realizada do local onde se encontrar o trabalhador. Embora esse cenário seja visto como um avanço para o trabalho moderno, não se pode olvidar sobre seus impactos jurídicos e sociais, individual ou coletivamente.

46 Exemplos podem ser mencionados nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º, que admitem a flexibilização, via negociação coletiva, de temas caros no contexto de relações empregatícias, tais como salário mínimo e jornada máxima.

DOUTRINA

Nesse paradigma, poder-se-ia até mesmo imaginar que a figura do trabalhador presencial e a tempo contínuo está se tornando cada vez mais irrelevante, sendo mais vantajoso para as empresas contratarem pessoas somente para a execução de uma determinada tarefa, quiçá remotamente (*smart work*), sem a necessidade de firmar contrato de trabalho subordinado e de se encarregar com o pagamento de todos os direitos trabalhistas. Além disso, não havendo uma relação contratual aos moldes clássicos, o trabalho exercido por meio das redes virtuais pode ser considerado como de menor subordinação.

Por conseguinte, entende-se que o (novo) Direito do Trabalho deve ampliar sua proteção jurídica a qualquer forma de trabalho, observando suas peculiaridades e auscultando os desejos sociais, principalmente, no que toca ao trabalho em (com) plataformas digitais. É necessário o reconhecimento do impacto que as tecnologias disruptivas estão provocando no cenário social (e, por consequência, também no trabalhista), o que promoverá a conscientização sobre a necessária ampliação do leque de ajustes laborais, o que refletirá numa miríade mais ampla de tipos de trabalhadores, destinando a cada relação o tratamento jurídico adequado.

Entretanto, entende-se que não há como esquivar-se do dever de se pensar no desenvolvimento de políticas públicas que garantam a proteção devida ao empregado e ao mercado de trabalho, durante o período de transição que se testemunha, mormente em relação ao desenvolvimento/avanço da automação industrial, inobstante o sentido constitucional do art. 7º, inciso XXVII, quando estipula o direito do trabalhador à proteção do seu trabalho “em face da automação”.

O desafio, acredita-se, será garantir a perenidade da norma laboral protetiva, apesar da certeza de que toda a legislação que queira disciplinar fluxos tecnológicos nascerá obsoleta. Basta que se observem os debates da Constituinte de 1988 e se perceba a impossibilidade de antever o incrível avanço tecnológico experimentado nos 30 anos seguintes.

Assim, nem que seja por imposição legal, já é tempo de compartilhar responsabilidades. Estado, sindicatos, empresas e trabalhadores devem ser agentes da empregabilidade e, quiçá, em superação de paradigmas, da trabalhabilidade. A proteção “em face” da automação e da tecnologia num todo parece ser necessária, sim, mas a proteção em face da obsolescência humana é ainda mais urgente. O compromisso com a manutenção da essência humana criativa, que fez do humano um trabalhador, é compromisso de todos, inclusive do próprio trabalhador, que deve romper os grilhões paradoxalmente confortáveis do secular padrão legislativo-estatal (tuitivo), seguro, entretanto, de que seu patrimônio subjetivo mínimo sempre será respeitado.

5 – Referências bibliográficas

- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. São Paulo: LTr, 2018.
- DE MASI, Domenico. *Lavorare gratis, lavorare tutti*. s/l: Rizzoli, 2017.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O direito do trabalho na contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.
- FINCATO, Denise Pires. Artigo 7º, XXXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FINCATO, Denise Pires. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise Pires; MATTE, M.; GUIMARÃES, C. *Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- FRAZÃO, José Enéas Barreto de Vilhena. Utilização de mão de obra escrava e sociedade de consumo. *Web Artigos*, 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/utilizacao-de-mao-de-obra-escrava-e-sociedade-de-consumo/108963#ixzz5Pt9CJu4M>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: o mundo globalizado no século XXI*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- GASPAR, Danilo Gonçalves. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12378>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- JOSÉ FILHO, W. L. A eficácia do direito fundamental da proteção em face da automação previsto no inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, v. 15, dez. 2012.
- LEME, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias; STEVAN Jr., Sergio Luiz. *Indústria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018.
- MANZANO, José Augusto N. G.; OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. *Algoritmos: lógica para desenvolvimento de programação de computadores*. 28. ed. São Paulo: Érica, 2017. E-book. Documento não paginado. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:621544>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- MARQUES, S. R. de C. A. *Tecnologias e a (nova) existência humana: reflexões sobre os direitos fundamentais ao lazer e ao trabalho e suas repercussões nos danos existenciais*. 2017. Dissertação

DOCTRINA

(Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre. Orientadora: Prof^a Dr^a Denise Pires Fincato.

MARTINEZ, L.; MALTEZ, Mariana. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 43, n. 182, p. 21-59, out. 2017.

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

PICCININI, Valmíria Carolina; OLIVEIRA, Sidinei Rocha de; RÜBENICH, Nilson Varela. Formal, flexível ou informal? Reflexões sobre o trabalho no Brasil. In: PICCININI, Valmíria Carolina *et al.* (Org.). *O mosaico do trabalho na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006.

POLON, Luana Caroline Künast. Sociedade de consumo ou o consumo da sociedade? Um mundo confuso e confusamente percebido. 5º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais. *Anais Eletrônicos...*, Cascavel: Unioeste, 2011. Disponível em: http://cac-php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario6/arqs/Trab_completos_economia_sociedade/Sociedade_de_consumo_ou_consumo_sociedade.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

RODRIGUES, Bruno Alves. A relação de emprego no serviço de transporte de passageiros ofertado por intermédio de plataforma eletrônica. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SOFFNER, Renato. *Algoritmos e programação em formato C*. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. Documento não paginado. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581568>. Acesso em: 19 jun. 2020.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. v. 1.

VERTIGO. *O que é plataforma digital e quais suas funcionalidades?* Vertigo Tecnologia. Disponível em: <https://vertigo.com.br/plataforma-digital-portal-intranet-mobile/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

WORD ECONOMIC FORUM. *The future of jobs*. Disponível em: <http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2016>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Recebido em: 25/06/2020

Aprovado em: 31/08/2020

TRABALHO POR INTERMÉDIO DE PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS: UMA ANÁLISE DA AUTONOMIA À LUZ DA LEI Nº 12.587/2012

LABOR THROUGH TECHNOLOGICAL PLATFORMS: AN ANALYSIS OF AUTONOMY IN THE LIGHT OF LAW NO. 12,587/2012

Fausto Siqueira Gaia*

Raimundo Dias de Oliveira Neto**

RESUMO: A prestação de serviços por intermédio de plataformas tecnológicas alterou o enquadramento clássico das relações de trabalho. A categorização do trabalho humano em trabalho subordinado e de trabalho autônomo ganha maiores dificuldades a partir da inserção de plataformas tecnológicas que realizam a intermediação entre os motoristas e os clientes da plataforma. Nesse cenário, apresenta-se o presente artigo científico que objetiva investigar, à luz da Lei nº 12.587/2012, a natureza jurídica da relação de trabalho estabelecida entre os motoristas e as plataformas tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Plataformas Tecnológicas. Subordinação. Autonomia.

ABSTRACT: The provision of services through technological platforms has changed the classic framework of labor relations. The categorization of human work in subordinate and autonomous work gains greater difficulties from the insertion of technological platforms that perform the intermediation between drivers and customers of the platform. In this scenario, the present scientific article is presented, which aims to investigate, in the light of Law no. 12,587/2012, the legal nature of the working relationship established between drivers and technological platforms.

KEYWORDS: Technological Platforms. Subordination. Autonomy.

1 – Introdução

Decorridos 100 anos da criação da Organização Internacional do Trabalho (1919), fruto do Tratado de Versalhes, e que procurou universalizar medidas de proteção ao trabalho nas fases iniciais da revolução industrial, faz-se necessária uma análise sobre o presente e o futuro do trabalho e de como se garantirá o seu exercício de forma decente diante das novas dinâmicas impostas pela Revolução 4.0, marcada pelo avanço das tecnologias informáticas,

* *Doutor em Direito pela PUC-SP; juiz do trabalho no TRT da 17ª Região.*

** *Mestrando em Filosofia pela UEVA/CE; juiz do trabalho no TRT da 7ª Região.*

ou novas tecnologias, caracterizada pelo uso da inteligência artificial, internet das coisas, algoritmos, trabalho em rede de computadores, etc.

É exatamente nesse contexto que se situa o trabalho mediado por plataformas digitais, ou trabalho por demanda (*on-demand* ou *part-time*), dentre as quais se destaca aquele instrumentalizado pelos aplicativos de transporte, dando origem ao fenômeno da “uberização” nas relações de trabalho.

O presente artigo objetiva analisar, a partir da utilização do método dedutivo, a natureza jurídica da relação de trabalho dos motoristas no serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros solicitado exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, à luz dos dispositivos inseridos na Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) pela Lei nº 13.640/2018, assim como no Decreto nº 9.792/2019.

2 – Marco regulatório reconhecido pelas plataformas tecnológicas

Com a disseminação do serviço de transporte de passageiros por aplicativos no Brasil, ocorreu, inicialmente, o embate social com os motoristas de táxi, que questionavam e reclamavam da concorrência desleal, pelo fato de serem regulamentados, obedecerem às exigências legais com relação ao pagamento de impostos, taxas e obediência aos padrões estabelecidos pelo poder público na prestação dos serviços, o que não ocorria com motoristas que laboravam por intermédio de plataformas tecnológicas. Aliado a isso, a sociedade passou a cobrar maior segurança para os usuários na prestação de serviços.

Por outro lado, com a disseminação desse tipo de trabalho por demanda, travou-se mundo afora o embate social e jurídico entre os trabalhadores e as referidas companhias, com greves, manifestações e ações judiciais em vários países. É fato que os trabalhadores que prestam serviços nessa modalidade têm pleiteado, no Brasil e pelo mundo, a sua inclusão no sistema jurídico protetivo das relações de trabalho, no que se inclui a luta pelo reconhecimento do vínculo de emprego, ou outro tipo de regulamentação protetiva, exigindo da sociedade e dos poderes constituídos um olhar atento à nova realidade que se impõe no mundo do trabalho.

Relevante ressaltar que o avanço no Brasil foi impulsionado pelo desemprego estrutural que se estabeleceu em 2014, agravado a partir de 2016. Os trabalhadores foram percebendo aos poucos que a promessa de *autonomia*, *liberdade* e *ganhos* razoáveis nesse tipo de atividade, conforme propaganda das referidas plataformas, não se concretiza na prática, vindo à tona o debate

acerca da real natureza jurídica da relação que se estabelece entre as empresas e os trabalhadores. O que no início era apenas um “bico” passou a ser atividade exclusiva para uma multidão de trabalhadores desempregados.

Assim, três fatores foram determinantes para deflagrar o processo de regulamentação da atividade: a) o conflito estabelecido entre as duas categorias de trabalhadores, taxistas e motoristas por aplicativos, que se acirrou nas grandes cidades brasileiras, gerando fortes debates e episódios de violência; b) a cobrança social por maior segurança na prestação dos serviços aos usuários; c) a luta dos trabalhadores pelo reconhecimento da categoria, com o mínimo de proteção social. Esses vetores forçaram o poder público a realizar uma regulamentação mínima à nova atividade, resultando na elaboração da Lei nº 13.640/2018.

Referidas empresas são enfáticas em defender a autonomia dos trabalhadores/motoristas intitulados “parceiros”. A plataforma Uber, por exemplo, anuncia no seu *site* que “é uma empresa de tecnologia que opera uma plataforma de mobilidade”, que desenvolve “um aplicativo que conecta motoristas parceiros a usuários que desejam se movimentar pelas cidades” e que “não emprega nenhum motorista e não é dona de nenhum carro”, mas que oferece “uma plataforma tecnológica para que motoristas parceiros aumentem seus rendimentos e para que usuários encontrem uma opção de mobilidade”. Anuncia no *site* oficial que:

“As atividades da Uber são completamente legais. Os motoristas parceiros prestam o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, atividade que tem respaldo na Constituição Federal, integra a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012) e já foi regulamentada em âmbito nacional pela Lei Federal nº 13.640/2018.”¹

É exatamente com lastro em dois argumentos principais que as empresas titulares dos aplicativos afirmam e reafirmam que a relação jurídica estabelecida com os motoristas é de “parceria” civil, e que os trabalhadores detêm total autonomia na execução da atividade de transporte, a saber: 1) são empresas “fornecedoras de serviços de tecnologia”; 2) o marco regulatório que no Brasil dispõe sobre a condição da prestação do serviço de forma autônoma pelo motorista “parceiro” é exatamente a Lei nº 13.640/2018.

1 UBER BRASIL. *Fatos e dados sobre a UBER*. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber>. Acesso em: 31 maio 2020.

DOCTRINA

A Lei nº 12.587/2012 instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, que, por sua vez, foi alterada pela Lei nº 13.640/2018 para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Com as alterações realizadas, o inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012 passou a constar o transporte mediado por meio de “aplicativos”.

A Lei nº 13.640/2018 fez inserir também na Lei nº 12.587/2012 o art. 11-A para estabelecer que compete, exclusivamente, aos Municípios e ao Distrito Federal a regulamentação e fiscalização do serviço de transporte remunerado privado individual, cabendo aos referidos entes federados efetuar a cobrança dos tributos municipais envolvendo a prestação de serviços, exigir a contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros e do DPVAT e exigir a inscrição do motorista como contribuinte individual do INSS.

Foi inserido igualmente na Lei nº 12.587/2012 o art. 11-B, estabelecendo as condições gerais a serem atendidas pelos motoristas para a prestação do serviço. Assim, caso os Municípios e o Distrito Federal optem por regulamentar o serviço de transporte mediado por empresas/plataformas detedoras de aplicativos, os motoristas devem atender às condições gerais mínimas dispostas na lei, sob pena de se caracterizar transporte ilegal de passageiros. Para tanto, são exigidos do motorista, dentre outros requisitos, que o mesmo possua Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior, que contenha a informação de que exerça atividade remunerada e certidão negativa de antecedentes criminais.

Por outro lado, o Decreto nº 9.792/2019 veio regulamentar o inciso III do parágrafo único do art. 11-A da Lei nº 12.587/2012, que trata exatamente da exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O parágrafo único do art. 2º do referido Decreto dispõe que o “motorista poderá optar pela inscrição como microempreendedor individual, desde que atenda aos requisitos de que trata o art. 18-A da LC nº 123/06”.

O art. 3º do referido Decreto afirma que a toda a comprovação da inscrição perante as empresas responsáveis por aplicativos ou por outras plataformas digitais de transporte remunerado privado individual de passageiros é de responsabilidade exclusiva do motorista. Os §§ 1º e 2º do artigo referido dispõem, inclusive, sobre a possibilidade de as empresas donas dos aplicativos confirmarem a existência ou não da inscrição dos motoristas no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) e do respectivo número de inscrição, mediante autorização do INSS para que firmem contrato de prestação de serviços com a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – Dataprev,

ressalvado o acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal. É uma forma de as empresas fiscalizarem se os motoristas são ou não cadastrados junto ao INSS. O art. 4º do Decreto apenas reforça que o motorista de transporte remunerado privado individual de passageiros recolherá sua contribuição ao RGPS por iniciativa própria, o que quer dizer que para o INSS a responsabilidade pelo recolhimento é do trabalhador, ainda que venha a ser convencionado entre os motoristas e as empresas algum auxílio quanto a esse encargo.

Dispostos os termos das diretrizes gerais da regulamentação do serviço trazidos pela Lei nº 13.640/2018 e do Decreto nº 9.792/2019, sigamos na análise que nos interessa, referente ao aspecto legal do enquadramento dos motoristas na condição de “autônomos”.

3 – Empresa de tecnologia ou de transporte: uma autonomia aparente?

É preciso verificar se os dois argumentos empresariais, acima destacados (“fornecedoras de serviços de tecnologia” e “prestação do serviço de forma autônoma pelo motorista”), se confirmam para afastar a responsabilidade das empresas quanto ao serviço do transporte e a relação estabelecida com os trabalhadores envolvidos.

Nessa perspectiva, da leitura dos dispositivos inseridos na Lei nº 12.587/2012, emergem algumas questões fundamentais: I) a alteração trazida pela Lei nº 13.640/2018 regulamenta, de fato, a relação estabelecida entre os motoristas e as empresas donas dos aplicativos, ou apenas traça diretrizes gerais para a regulamentação da atividade de transporte de passageiro mediado pela ferramenta tecnológica das aludidas empresas? II) A interpretação da lei leva à conclusão de que essas companhias não são também empresas de transporte de passageiro? III) As exigências impostas aos motoristas na referida Lei afastam uma interpretação pela incidência da legislação trabalhista disposta na CLT?

Verifica-se, inicialmente, que as disposições contidas no art. 11-B da Lei nº 12.587/2012 se referem à proteção dos usuários, no tocante à habilitação do trabalhador para conduzir veículo que esteja devidamente registrado e certificado no órgão de trânsito competente, assim como a garantia de que o motorista não tenha registro de antecedentes criminais. Nada dispõem sobre a relação contratual havida entre os trabalhadores e as empresas donas dos aplicativos. A natureza dessa relação está embutida na dinâmica da contratação e da prestação dos serviços, exigindo mergulho em águas mais profundas para dissecá-la.

Quanto ao inciso X do art. 4º e art. 11-A da Lei nº 12.587/2012, dois pontos fundamentais exsurtem para a regulamentação da atividade do motorista

de transporte privado de passageiro mediado pelas empresas titulares dos aplicativos: a) regulamentação pelo poder público local (autorização e fiscalização)²; b) enquadramento do motorista quanto às exigências de pagamento de tributos municipais/distritais, contratação de seguro de acidentes pessoais a passageiros e contratação do seguro DPVAT, assim como a inscrição para contribuição à Previdência Social na qualidade de contribuinte individual.

Dissemos acima que uma regulamentação mínima se fazia necessária em razão do conflito social entre as categorias dos motoristas de táxi e de aplicativos, da cobrança por maior segurança aos usuários e uma proteção sociojurídica mínima aos trabalhadores. Observa-se, entretanto, que a lei regulamentadora de 2018 apresentou solução satisfatória aos dois primeiros problemas sociais, mas não atendeu a contento no tocante à solução do conflito referente à relação de trabalho estabelecida entre os motoristas e as empresas.

Observa-se que a lei impõe diretamente ao trabalhador, como condição para a prestação dos serviços, todos os encargos dispostos no parágrafo único do art. 11-A da Lei nº 12.587/2012, e não impõe qualquer ônus às empresas donas dos aplicativos. Referidas disposições legais, na realidade, pressupõem que o motorista/trabalhador seria o verdadeiro responsável pelo serviço de transporte, impondo-lhe o encargo da contratação do seguro de Acidentes Pessoais de Passageiro (APP), exigência que consta igualmente no art. 735 do Código Civil.

Ademais, o Código Civil brasileiro regulamenta o contrato de transporte de passageiros entre os arts. 730 a 742, e pela lógica da autonomia/parceria dos motoristas do serviço prestado com a medição das empresas dos aplicativos o trabalhador se submeteria também às referidas normas. Ele seria o responsável pelo transporte e por tudo quanto possa acontecer na prestação dos serviços: acidentes com danos pessoais e materiais a si e ao usuário, qualidade do serviço, segurança do passageiro, etc. Ressalta-se que nos “Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital”, nome dado pela plataforma Uber, por exemplo, ao contrato de adesão proposto ao motorista na conclusão do cadastro na plataforma, encontra-se disposto, em caixa alta, que a plataforma

2 O Projeto de Lei nº 419/2018 do Município de São Paulo objetiva regulamentar o serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede, e o serviço de carona solidária e de compartilhamento de veículo sem condutor no Município, e dá outras providências. Outros Municípios regulamentaram o serviço, tais como o Município do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 44.399, de 11 de abril de 2018.

não é responsável pelas ações ou omissões dos motoristas, inclusive quanto aos veículos utilizados na prestação de serviços³.

O Decreto nº 9.792/2019 trouxe a novidade de que o motorista poderá prestar os serviços às empresas donas dos aplicativos na qualidade de Microempreendedor Individual – MEI, nos termos do art. 18-A da LC nº 123/09. O § 1º do art. 18-A da referida Lei Complementar dispõe que será considerado MEI o empresário individual que exerça atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural que tenha auferido receita bruta de até R\$ 81.000,00 e que seja optante pelo Simples Nacional.

Em resumo do complexo arcabouço jurídico, tem-se a Lei nº 12.587/2012, que dispõe que o motorista de transporte individual de passageiro mediado por empresas donas de aplicativos deve contribuir para a Previdência Social na qualidade de contribuinte individual; o Decreto nº 9.792/2019, que regulamentou o recolhimento da contribuição previdenciária e prevê, expressamente, a possibilidade de que o recolhimento seja feito na qualidade de MEI; e, por fim, o Decreto nº 9.792/2019, que dispõe que o microempreendedor individual deve se enquadrar na definição de empresário (LC nº 123/09) estabelecida no art. 966 do CC.

Cabe indagar, entretanto, se o motorista de transporte de passageiro intermediado por empresa detentora da ferramenta tecnológica/aplicativo, com veículo próprio ou alugado/arrendado, se enquadra na definição de empresário capitulada no art. 966 do Código Civil brasileiro, que conceitua empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Como então enquadrar o motorista nesse conceito legal de empresário? O que ele produz de bens ou serviços? Sua atividade, o que ele faz e como faz, não se encaixa dentro da definição legal de empresário disposto no referido artigo do Código Civil.

Ao contrário, na dinâmica da prestação do serviço, são os titulares das empresas donas dos aplicativos que se amoldam à definição legal de empresários na área de transporte de passageiros. O motorista apenas se integra à atividade-fim do empreendimento, transportar pessoas, detendo a empresa todo o poder organizacional da atividade, pois é quem disponibiliza o aplicativo no mercado (para usuários e motoristas); é contactada e contratada pelo usuário, disponibilizam-lhe veículo e motorista; concede descontos e anuncia promoções diretamente aos usuários; recebe do usuário o pagamento e a avaliação do serviço prestado; controla as atividades dos motoristas pelo aplicativo, inclusive

3 UBER BRASIL, *op. cit.*, acesso em: 1º jun. 2020.

estabelecendo sanções, etc., tudo de forma a se enquadrar nas definições legais dispostas nos arts. 730 e 966 do Código Civil, assim como no inciso X do art. 4º da Lei nº 12.587/2012:

“transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.”⁴

O art. 730 do CC é expresso ao dispor que: “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. O transporte de passageiros mediado por “aplicativos”, não obstante seja enquadrado legalmente como privado, se constitui num serviço de utilidade pública.

Viu-se que, pela lógica das empresas de plataformas, a interpretação dos arts. 11-A e 11-B da Lei nº 12.587/2012 em combinação com os arts. 730 a 742 do Código Civil impõe ao motorista por aplicativo a responsabilidade típica do transportador. Ocorre, entretanto, que essa responsabilidade só pode pesar sobre os ombros dos motoristas se realmente houver, na prática, na vida real, nas entrelinhas da realidade bruta da prestação dos serviços, verdadeira atividade autônoma por parte dos motoristas.

Não é demais ressaltar que a modalidade de prestação de serviços com o trabalhador na qualidade de autônomo não é a regra, mas exceção, conforme disposto no art. 593 do Código Civil, soando estranho que se pretenda, por disposição em contrato de adesão, massificar o trabalho do autônomo. Sobre esse tema trazemos à baila as lições de Rodrigo Candido Rodrigues, Juiz do Trabalho, dispostas em sentença publicada em abril de 2020, em que reconheceu o vínculo de emprego de um motorista com a Uber na qualidade de empregado intermitente:

“A esta altura, já se deve ter percebido, também, a impossibilidade da regência da relação entre o trabalhador autônomo e o tomador de seus serviços através de um *contrato de adesão*, porque é duplamente incompatível com a autonomia. Primeiro, porque tais contratos são unilaterais (de onde já se observa que o fato de somente a Ré poder estipular

4 BRASIL. Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis ns. 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis ns. 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jan. 2012.

o preço do serviço, nunca o motorista, tal qual ocorre com mais uma das dezenas de condições que o motorista não pode negociar). Segundo, porque são típicos das relações massificadas, que, no âmbito das relações privadas, são apenas as de consumo e de emprego, jamais as reguladas pelos arts. 593 e seguintes do CCB – nem quanto à prestação de serviço, nem quanto à de empreitada. O Código Civil não regula a prestação de trabalho em massa, quem o faz é a CLT, e as demais leis especiais de trabalho. Relações privadas em ‘massa’, repita-se, são apenas as de emprego e de consumo.”⁵

A dinâmica da prestação dos serviços denuncia, ao contrário, que referidas empresas não são apenas “fornecedoras de serviços de tecnologia” por aplicativo, mas se constituem em verdadeiras empresas cuja atividade-fim também contempla o transporte de passageiros, pois não obstante conste no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) e no contrato social que exploram mediação do serviço pela plataforma tecnológica, não é essa a conclusão a que se chega ao se examinar, de forma acurada, a dinâmica dos serviços prestados aos usuários do transporte individual de passageiros.

A realidade bruta da prestação dos serviços de transporte aos usuários, no dia a dia, evidencia que, além de serem donas da tecnologia dos aplicativos, essas companhias atuam no mercado como verdadeiras empresas de transporte individual de passageiros, invertendo a lógica descrita no contrato firmado com os trabalhadores, do que se podem destacar os seguintes aspectos: a) as empresas estabelecem o padrão dos veículos a serem utilizados, recomendando ainda modos de tratamento aos usuários; b) as empresas fazem propaganda ostensiva do serviço aos usuários por meio de *outdoors*, internet, envio de mensagens/*e-mails*, etc., inclusive anunciando promoções e descontos sobre o preço do serviço realizado pelos motoristas; c) não é o motorista quem define o preço do serviço, mas a própria empresa dona do aplicativo, sugerindo preços dinâmicos aos usuários, de forma que o motorista não tem autonomia para estabelecer o preço pelo serviço de transporte prestado; d) são as empresas que estabelecem a rota a ser cumprida para levar o passageiro ao seu destino; e) o motorista não tem qualquer contato com o usuário antes do aceite da corrida pelo aplicativo, não tendo conhecimento sequer sobre qual foi o destino contratado pelo usuário perante a plataforma da empresa; f) o pagamento é feito pelo usuário do transporte por cartão de crédito diretamente à empresa, e

5 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *NJ – Justiça do Trabalho reconhece relação de emprego entre motorista e Uber, na modalidade intermitente*. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/jt-mg-reconhece-relacao-de-emprego-entre-motorista-e-uber-na-modalidade-intermitente>. Acesso em: 31 maio 2020.

DOCTRINA

quando feito em dinheiro ao motorista o percentual da empresa é descontado do repasse ao trabalhador referente aos valores cobrados por cartão de crédito; g) as empresas registram reclamações dos usuários por meio do aplicativo quanto à qualidade dos serviços dos motoristas, aplicando sanções disciplinares no caso de comportamentos que considerem inadequados; h) algumas empresas passaram a contratar seguro aos usuários para cobertura de danos causados em acidentes, assumindo explicitamente os riscos do empreendimento pelo transporte de passageiros, em cumprimento ao disposto no art. 734 do Código Civil.

Os fatores acima apontados denunciam que essas empresas prestam verdadeiro serviço de transporte à população e que não existe com relação aos motoristas a autonomia e liberdade preconizada nos termos da contratação, não podendo a forma (o contrato de adesão apresentado e aceito pelo trabalhador) se sobrepor sobre a realidade, incidindo no caso o princípio jurídico da primazia da realidade sobre a forma, consubstanciado no art. 9º da CLT.

O usuário não é cliente do motorista, mas do detentor da plataforma tecnológica. Não é o motorista quem oferece o serviço, mas a empresa dona do aplicativo. O motorista, portanto, não é cliente da empresa do aplicativo de transporte, mas prestador de serviços desta na qualidade de trabalhador/operário e não de “parceiro” comercial, sendo certo que a parceria mercantil, regulada pelas normas do direito civil ou comercial, pressupõe total independência entre as partes na condução do negócio com o fim de obtenção de lucro comum. Não há, portanto, nessa modalidade de trabalho no sistema da *uberização*, que se falar em parceria mercantil entre uma parte que fornece ferramenta tecnológica (empresa do aplicativo) e outra que fornece o serviço do transporte (motorista). O serviço de transporte é disponibilizado e prestado ao usuário pela mesma empresa detentora do aparato tecnológico (aplicativo).

O argumento de que o motorista é autônomo porque presta o serviço com veículo próprio ou alugado/arrendado não é legitimamente válido para sustentar a autonomia/independência do trabalhador e afastar, por consequência, a possibilidade do enquadramento como empregado. A casuística demonstra que a CLT contempla empregados com atividades em domicílio ou de forma externa, utilizando os seus próprios instrumentos de trabalho (veículo, máquina de costura, instrumentos médicos, ferramentas da construção civil, etc.). O veículo para o motorista não pode ser compreendido, como alguns o fazem equivocadamente, como “meio de produção” do autônomo, mas apenas como mero instrumento de trabalho. São as novas dinâmicas do mundo do trabalho no setor de serviços.

Em recente artigo publicado, Casilli destaca as facetas do capitalismo de serviços escancarado nas plataformas digitais, no tocante ao direito de propriedade sobre os recursos produtivos, em que “terra, capital e até trabalho deixaram de ser considerados como riqueza que os capitalistas possuem, para se tornarem serviços aos quais os capitalistas têm acesso”⁶. Ressalta o referido sociólogo que o desejo de emancipação dos trabalhadores com relação à subordinação clássica e consequente autonomia e liberdade no trabalho ficaram restritas apenas ao “sonho de uma classe virtual”, evidenciando-se o novo modelo do trabalho mediado pelas tecnologias das plataformas como trabalho sujeito a uma “subordinação técnica”, executado de forma desgastante e sem proteção⁷.

O modelo tradicional do trabalho na fábrica, presencial, do registro de ponto, está sendo quebrado na nova dinâmica imposta pela tecnologia. Os meios *telemáticos* (*e-mails*, mensagens, videoconferência, *login/logout*, aplicativos, internet) e *informatizados* (programas e sistemas para computador, celular, *tablets*) se constituem como novas formas de *comando*, *controle* e *supervisão* sobre o trabalho e que se equiparam aos meios presenciais e diretos de controle no modelo industrial na era fordista/taylorista. **As empresas estabelecem, portanto, comando, controle e fiscalização sobre o trabalho dos motoristas, elementos que caracterizam o trabalho subordinado, nos termos estabelecidos no art. 6º da CLT, de forma que resta questionável a autonomia atribuída aos trabalhadores no modo como exercem as atividades, assim como a sua classificação como “parceiros comerciais”, que se caracterizam pela autonomia e independência.**

Assim, é possível compreender que enquanto não houver legislação específica regulamentando esse tipo de trabalho, devem-se aplicar as normas da CLT para dirimir os litígios acerca da existência, ou não, do vínculo de emprego entre os motoristas e as empresas donas dos aplicativos. O enquadramento dos motoristas como empregados intermitentes (art. 443, § 3º, c/c o art. 452-A da CLT) é uma hipótese que ganha corpo⁸.

6 CASILLI, Antonio A. Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais. *Matrizes/USP*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 13-21, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v14i1p13-21>.

7 *Idem*.

8 CHAVES Jr., José Eduardo Resende. O trabalho de motoristas de aplicativos pode ser enquadrado como contrato de trabalho intermitente? In: CALCINI, Ricardo; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019. p. 106-108. As decisões acerca do reconhecimento ou não da relação de emprego entre o motorista e a plataforma tecnológica dividem a Justiça do Trabalho. Há inúmeras decisões no âmbito do primeiro grau que prestigiam a tese da autonomia, mas também várias decisões que rechaçam os argumentos das empresas, acima referidos, e reconhecem que a relação estabelecida com os motoristas se amolda às hipóteses legais contidas na CLT. Dentre tantas decisões, destacamos: Processo 0011359-34.2016.5.03.0112, TRT da 3ª R. /MG, fev. 2017, Juiz Márcio Toledo Gonçalves; Processo 0100834-97.2019.5.01.0064, TRT da 1ª R., dez.

4 – A proteção do trabalhador por aplicativo nas normas internacionais

A Organização Internacional do Trabalho expediu as Recomendações ns. 198 e 204 com o objetivo de que os membros formulem e apliquem internamente políticas, no sentido de assegurar a efetiva proteção dos trabalhadores no âmbito das relações de trabalho e de mecanismos para acelerar a transição da economia informal para a formalização das relações empregatícias⁹.

A Recomendação n° 198 da OIT estabeleceu medidas a serem adotadas pelos Estados-Membros para a proteção aos trabalhadores vinculados por meio de uma relação de trabalho. A política nacional, a ser adotada, deve incluir medidas, dentre as que se destacam para o nosso estudo:

“(a) fornecer às partes interessadas, em especial aos empregadores e aos trabalhadores, orientações sobre a forma de determinar eficazmente a existência de uma relação de trabalho e sobre a distinção entre trabalhadores assalariados e trabalhadores independentes; (b) de combate disfarçado às relações de trabalho no contexto de, por exemplo, outras relações que podem incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondem o verdadeiro estatuto jurídico, o que significa que há uma relação de emprego disfarçada em que um empregador considera um empregado como se não fosse, de uma maneira que oculta o seu verdadeiro estatuto legal, e que podem ocorrer situações em que os acordos contratuais resultam na privação dos trabalhadores da proteção a que têm direito.”¹⁰

Um dos aspectos mais relevantes tratados pela Recomendação n° 198 da OIT foi o de estabelecer que os fatos relativos à forma de execução de trabalho e ao pagamento da remuneração devem ser considerados para a fixação da existência de uma relação de trabalho, em detrimento dos aspectos meramente formais estabelecidos nos contratos. Os aspectos formais adotados nos contratos

2019, Juiz Marcelo Jose Duarte Raffaele; Processo 0001539-61.2017.5.07.0009, TRT da 7ª R./CE, out. 2019, Juiz Raimundo Dias de Oliveira Neto; Processo 0100351-05.2017.5.01.0075, TRT da 1ª R./RJ, maio 2018, Juíza Cissa de Almeida Biasoli. Por outro lado, recentemente, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou, por ocasião do julgamento de recurso de revista, o enquadramento de motorista de aplicativo como empregado.

9 Nesse sentido, *vide*: OIT. *Recomendação n° 198* (Recomendação sobre a relação de trabalho). Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em: 2 abr. 2018; e OIT. *Recomendação n° 204* (Recomendação relativa à transição da economia informal para a economia formal). Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_587521.pdf. Acesso em: 2 abr. 2018.

10 *Idem*.

são incapazes de privar o trabalhador do reconhecimento de seus direitos¹¹. É a afirmação do princípio da primazia da realidade sobre as formas adotadas.

Outro aspecto positivo previsto na Recomendação n° 198 da OIT diz respeito ao fato de que os Estados-Membros deverão estabelecer claramente as condições que determinam a existência de uma relação de emprego, como, por exemplo, fixando os contornos dos pressupostos da subordinação ou dependência jurídicas. Esse aspecto recomendatório assume importante papel em sistemas jurídicos, como o brasileiro. A subordinação jurídica possui inúmeras acepções na ciência do direito, o que amplia a insegurança jurídica para trabalhadores e empreendedores.

Dentre as propostas apresentadas pela Recomendação n° 198 da OIT para o estabelecimento dos contornos do pressuposto subordinação jurídica estão:

“(a) o fato de que o trabalho é feito de acordo com as instruções e sob o controle de outra pessoa; que implica a integração do trabalhador na organização da empresa; que é efetuado única ou principalmente em benefício de outra pessoa; que deve ser executado pessoalmente pelo trabalhador, dentro de um certo tempo, ou no lugar indicado ou aceito pela pessoa que solicita o trabalho; que o trabalho é de uma certa duração e tem alguma continuidade, ou requer a disponibilidade do trabalhador, o que implica o fornecimento de ferramentas, materiais e máquinas pela pessoa que requer o trabalho, e (b) o fato de que uma remuneração periódica é paga ao trabalhador; que a referida remuneração é a única ou principal fonte de renda para o trabalhador; que inclui pagamentos em espécie, como comida, moradia, transporte ou outros; que direitos como descanso semanal e licença anual são reconhecidos; que a parte que solicita a obra paga as viagens que o trabalhador deve realizar para realizar seu trabalho; o fato de que não há riscos financeiros para o trabalhador.”¹²

Os aspectos acima elencados tornam evidente que a análise da subordinação jurídica deve ser realizada não apenas sob a perspectiva clássica, tal como era no período de surgimento e consolidação do sistema capitalista de

11 CAPARRÓS, Fernando Javier. La parasubordinación: origen, alcance y prospectiva. In: VIOR, Andrea García (Coord.). *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Buenos Aires: Errepar, 2009. p. 120.

12 OIT. *Recomendação n° 198* (Recomendação sobre a relação de trabalho). Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em: 2 abr. 2018; e OIT. *Recomendação n° 204* (Recomendação relativa à transição da economia informal para a economia formal). Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_587521.pdf. Acesso em: 2 abr. 2018.

produção. A aferição da dependência jurídica deve ser processada a partir da conjugação de elementos relativos ao exercício dos poderes de gestão, de controlar e disciplinar do empregador, bem como da integração do trabalhador na dinâmica produtiva da empresa. Os aspectos subjetivos e objetivos da subordinação jurídica devem ser conjuntamente considerados na investigação da existência da relação de emprego.

Merece, ainda, ser destacado que a Recomendação nº 198 da OIT renova a necessidade de se avaliar a dependência econômica do trabalhador, dentre outros aspectos, para caracterizar a existência de relação empregatícia. Analisamos no terceiro capítulo deste trabalho que, ainda que no sistema brasileiro a subordinação deva ser investigada na perspectiva jurídica, os aspectos relativos à dependência econômica não devem ser totalmente desconsiderados pelo operador do direito.

As considerações apresentadas deixam claro que um dos objetivos da Recomendação nº 198 da OIT foi o de ampliar o número de trabalhadores tutelados pelo Direito do Trabalho. Nesse mesmo sentido, afirma Hugo Barretto Ghione que o texto recomendatório objetivou:

“dotar a la relación de trabajo de criterios amplios para su determinación (entre los que no menciona la autonomía de la voluntad), y por abarcar la totalidad de las tipologías que la OIT había identificado como casos en que los trabajadores necesitaban protección.”¹³

A Recomendação nº 204 da OIT funciona como instrumento complementar à tutela do trabalho subordinado, diante do reconhecimento de que a informalidade gera para o trabalhador e para a sociedade prejuízos de diversas ordens. O instrumento recomendatório foi confeccionado de modo a propor que os Estados-Membros envidem esforços no sentido de promover a criação de empregos decentes na economia formal, de prevenir a informalização do trabalho e, finalmente, de facilitar a migração do trabalhador do setor informal para a formalidade, “respeitando os direitos fundamentais dos trabalhadores e assegurando oportunidades de segurança de rendimentos, de meios de vida e de capacidade empreendedora”¹⁴.

13 Em tradução livre do autor: “dotar a relação de trabalho de critérios amplos para sua determinação (entre os que não menciona a autonomia da vontade), e para abarcar a totalidade das tipologias que a OIT havia identificado como casos em que os trabalhadores necessitam de proteção”. Nesse sentido, vide: GHIONE, Hugo Barretto. La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília, ano 7, n. 25, p. 34-35, jan./mar. 2008.

14 Nesse sentido, estabelece o item 1, a, da Recomendação nº 204 da OIT. Para tanto, vide: OIT. *Recomendação nº 204* (Recomendação relativa à transição da economia informal para a economia formal). Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_587521.pdf. Acesso em: 2 abr. 2018.

Os objetivos jurídicos da Recomendação nº 204 da OIT, embora caminhem em direção à redução do número de trabalhadores informais no mercado de trabalho, não afastam a importância que o empreendedorismo desempenha para o sistema econômico de um país. Há uma linha divisória nítida entre a informalidade e o empreendedorismo. A informalidade, segundo definição contida no próprio instrumento internacional recomendatório, abrange as atividades e unidades econômicas que não estejam cobertas integralmente por disposições formais previstas nos diplomas normativos trabalhistas, bem como aquelas que tenham como objeto a realização de atividades ilícitas. Já o empreendedorismo, por sua vez, representa manifestação do exercício do direito fundamental à livre-iniciativa, consubstanciado no procedimento negocial marcado pela inovação, liderança, adoção de riscos no negócio, independência, criatividade, energia pessoal, originalidade, dentre outras características comportamentais¹⁵.

O empreendedorismo tem a sua base normativa, no sistema constitucional brasileiro, do princípio da ordem econômica da livre-iniciativa. O direito à autodeterminação do ser humano permite que este possa desenvolver, em nome próprio, atividades econômicas, desde que não haja vedação em lei para o seu exercício. O estímulo ao empreendedorismo e à flexibilidade nas relações de trabalho, proporcionado pelo desenvolvimento tecnológico, não pode funcionar como instrumento para encobrir relações de trabalho precarizadas, especialmente nas sociedades da pós-modernidade, que estimulam o modelo de economia colaborativa.

As Recomendações ns. 198 e 204 da OIT convergem, portanto, no sentido de reconhecer que as relações de trabalho subordinadas devem ser fomentadas e tuteladas pelos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. As disposições recomendatórias referidas contribuem, portanto, na atividade interpretativa que deve ser conferida a situações fáticas de trabalho, notadamente aquelas que envolvem o emprego de novas tecnologias na organização do processo produtivo. O emprego de tecnologias na forma de prestação de serviços não pode funcionar como instrumento para encobrir verdadeiras relações de trabalho subordinadas.

Seguindo essas recomendações, alguns Estados americanos, como os Estados Unidos (Califórnia) e a Argentina, vêm criando projetos de lei tendentes a garantir aos trabalhadores que laboram por intermédio de plataformas tecnológicas garantias mínimas de direitos. No caso específico do modelo cali-

15 O empreendedorismo pode ser compreendido tanto na perspectiva econômica quanto sob o viés comportamental. Adotamos, neste trabalho, a noção comportamental do empreendedorismo. Nesse sentido, *vide*: FILLION, Louis Jacques. Empreendedorismo: empreendedores e proprietários-gerentes de pequenos negócios. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 9, abr./jun. 1999.

forniano, estabeleceu-se um maior rigor para o enquadramento do trabalhador na categoria de trabalhador independente ou autônomo.

O *Assembly Bill 5* (AB5) do Estado da Califórnia assegurou aos trabalhadores classificados como empregados garantias mínimas, tais como o direito ao salário mínimo, licença-médica e proteção contra o desemprego.

O modelo normativo californiano define o enquadramento do trabalhador, como verdadeiro trabalhador autônomo, a partir um sistema de testes, que passa por tripla etapa. Nessas etapas de enquadramento, são verificadas, em um primeiro momento, se o trabalhador tem liberdade de direção e de controle de sua atividade. Passada por essa etapa de verificação inicial, é necessário ainda constatar, no caso concreto, que o serviço seja realizado fora do curso normal do negócio do tomador de serviços e, finalmente, se o próprio trabalhador seja habitualmente envolvido em um comércio, ocupação, profissão ou negócio de forma independente, da mesma natureza que a envolvida no serviço prestado. Somente se o trabalhador se enquadrar nas três etapas é que poderá ser considerado trabalhador independente ou autônomo.

5 – Conclusão

No capitalismo de serviços das plataformas digitais, instrumentalizadas pelos aplicativos, o modo e os meios de execução das atividades são transferidos para o trabalhador final, titular do veículo (carro, moto, bicicleta), proprietário ou não. As empresas se ocupam do processo tecnológico, da produção de *softwares*, da alimentação dos dados, da propaganda digital e do transporte final, mas mantendo um quadro de empregados registrados apenas nas áreas da tecnologia, administração e *marketing*, pois não querem arcar com os custos do registro dos trabalhadores que estarão na ponta do processo. Elas, as empresas, não têm pátios, frotas ou ambiente de logística para a prestação final dos serviços, e os milhões de trabalhadores pelo mundo que se valem do serviço mediado pelo “aplicativo” por elas desenvolvido são considerados “parceiros”, empreendedores, trabalhadores autônomos, empresários de si mesmos, gerando uma massa de trabalhadores sem qualquer proteção social.

As empresas são as verdadeiras prestadoras de serviços de transporte aos usuários e, para isso, se utilizam de uma grande massa de trabalhadores com baixos ganhos e sem nenhuma proteção social.

Mostra-se, nesse sentido, falacioso o argumento de que os comandos dispostos na Lei nº 12.587/2012 afastam a possibilidade de incidência das normas da CLT e o conseqüente enquadramento dos motoristas como empregados.

A autonomia/parceria anunciada pelas empresas se constitui em simulacro de autonomia e liberdade. Ousamos concluir dizendo que não há um dispositivo sequer, seja na Lei nº 12.587/2012, seja em algum outro comando normativo na República brasileira que diga, expressamente, que os motoristas que prestam serviços por meio de aplicativos de transporte sejam autônomos, independentes, parassubordinados, cooperados, nada. Não há uma regulamentação específica para o enquadramento do trabalho desses profissionais. Referida Lei veio traçar linhas gerais para regulamentar a atividade no âmbito local (Municípios/DF), pressupondo a autonomia do prestador de serviços pessoa física, mas sem dizer, expressamente, se essa se configura, de fato, na relação que se estabelece com a empresa dona do aplicativo.

É possível até definir o enquadramento jurídico desse tipo de trabalho numa legislação especial, que contemple outros modelos de contratação, mas no momento o que temos é a CLT. A negação de sua incidência implica deixar essa massa de trabalhadores sem qualquer proteção social, à luz de sua própria sorte.

6 – Referências bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BASSO, Pietro. *Tempos modernos, jornadas antigas: vidas de trabalho no início do século XXI*. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.

BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões/Dobra Universitário, 2013.

BRASIL. Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis ns. 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis ns. 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *NJ – Justiça do Trabalho reconhece relação de emprego entre motorista e Uber, na modalidade intermitente*. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/jt-mg-reconhece-relacao-de-emprego-entre-motorista-e-uber-na-modalidade-intermitente>. Acesso em: 31 maio 2020.

CAPARRÓS, Fernando Javier. La parasubordinación: origen, alcance y prospectiva. In: VIOR, Andrea García (Coord.). *Teletrabajo, parasubordinación y dependencia laboral*. Buenos Aires: Errepar, 2009. CASILLI, Antonio A. Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais. *Matrizes/USP*, São Paulo, v. 14, n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v14i1p13-21>.

CHAVES Jr., José Eduardo Resende. Direito do trabalho 4.0: “controle” e “alienidade” como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos

DOCTRINA

de trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 22, 2019. Disponível em: <https://ww2.trtsp.jus.br/bases-juridicas/publicacoes/revista-do-tribunal>.

CHAVES Jr., José Eduardo Resende. O trabalho de motoristas de aplicativos pode ser enquadrado como contrato de trabalho intermitente? In: CALCINI, Ricardo; MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Perguntas e respostas sobre a lei da reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2019.

FILLION, Louis Jacques. Empreendedorismo: empreendedores e proprietários-gerentes de pequenos negócios. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 34, n. 2, abr./jun. 1999.

GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GHIONE, Hugo Barretto. La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Brasília, ano 7, n. 25, jan./mar. 2008.

OIT. *Recomendação nº 198* (Recomendação sobre a relação de trabalho). Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em: 2 abr. 2018

OIT. *Recomendação nº 204* (Recomendação relativa à transição da economia informal para a economia formal). Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilgia/documents/genericdocument/wcms_587521.pdf. Acesso em: 2 abr. 2018.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cassio Luis. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília, DF: Ministério Público do Trabalho, 2018.

UBER BRASIL. *Fatos e dados sobre a UBER*. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber>. Acesso em: 31 maio 2020.

Recebido em: 23/06/2020

Aprovado em: 31/08/2020

AS EMPRESAS ESTATAIS E O DIREITO DO TRABALHO

STATE COMPANIES AND LABOR LAW

Hugo Fidelis Batista*

RESUMO: As empresas estatais, embora juridicamente de direito privado, são entes estatais integrantes da denominada Administração Pública indireta, o que as coloca em um regime jurídico híbrido, com incidência de normas de direito privado e de direito público. Essa hibridez jurídica, todavia, não é estanque, e sim dinâmica, a depender do objeto dessas empresas e da sua dependência econômica dos respectivos entes federativos. Assim, o ponto central deste artigo é a compreensão da base jurídica que possibilita o fluxo migratório entre referidas normas jurídicas dos campos público e privado, o que cria um ambiente juridicamente híbrido em relação às empresas estatais e desemboca em peculiaridades na incidência de normas trabalhistas. Essa análise é feita a partir do estudo das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, bem como da interpretação técnica de preceitos normativos constitucionais e infraconstitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa Estatal. Regime Jurídico Híbrido Dinâmico. Especificidades. Benefícios da Fazenda Pública. Lei Trabalhista.

ABSTRACT: *State-owned companies, although legally governed by private law, are state entities that are part of the so-called indirect Public Administration, which places them in a hybrid legal regime, with an impact on private and public law rules. This legal hybridity, however, is not watertight, but dynamic, depending on the object of these companies and their economic dependence on the respective federal entities. Thus, the central point of this text is the understanding of the legal basis that allows the migratory flow between said legal norms in the public and private fields, which creates a legally hybrid environment in relation to state-owned companies and leads to peculiarities in the incidence of labor norms. This analysis is made from the study of the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal (Constitutional Court) and the Tribunal Superior do Trabalho (Labor Court), as well as the technical interpretation of constitutional and infraconstitutional norms.*

KEYWORDS: *State Company. Dynamic Hybrid Legal Regime. Specificities. Public Benefits. Labor Law.*

1 – As empresas estatais e a hibridez de seu regime jurídico

As empresas estatais, embora de direito privado, são entes estatais integrantes da Administração Pública nominada de indireta. Esse pertencimento público acaba por emprestar-lhes quadro normativo diferenciado.

* Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF); pós-graduado em Direito pela Unisul; procurador do DF.

Esse regime jurídico diferenciado, permeado por normas de natureza privada e de natureza pública, é notoriamente um regime jurídico híbrido. Por isso é que, por exemplo, é exigível concurso público para contratação de pessoal, ainda que este, após contratado, passe a seguir o regime celetista. Nota-se, assim, de um lado, o concurso público como instituto característico do campo público e, de outro, o regime celetista, próprio do campo privado.

Essa hibridez jurídica não é estanque, e sim dinâmica. Há quem afirme existir verdadeira “fuga cruzada”¹ entre os direitos de natureza pública e privada, quando a discussão é a gestão pública. Se antes, quando da criação de empresas estatais, falava-se na fuga do direito administrativo, um direito publicista, para o direito privado, numa busca de maior eficiência, maleabilidade e celeridade aos trâmites públicos; hoje, tanto a Administração Pública direta – leia-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios – ainda tenta recorrer ao direito privado para tais fins quanto as empresas estatais recorrem ao direito público para lhes garantir benefícios jurídicos antes característicos das pessoas públicas. Por essas razões, é que não são poucas as demandas em que se discute se empresas estatais poderiam ser beneficiadas com imunidade tributária e precatórios, por exemplo.

O ponto central deste artigo é, assim, a compreensão de como o fluxo migratório dos benefícios públicos para empresas estatais impacta o Direito do Trabalho.

2 – O delineamento constitucional da matéria

A partir do texto constitucional, podem ser estabelecidas as seguintes premissas, as quais guiarão, doravante, este texto: a) o art. 173 da CF² trata das empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito em regime de livre-concorrência; b) o § 1º do art. 173 da CF determina a sujeição destas ao regime próprio de empresas privadas, inclusive em relação às obrigações trabalhistas, e, em seu § 2º³, veda a extensão de privilégios fiscais

1 Cf. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182.

2 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

3 “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

não extensivos ao setor privado; c) o art. 177 da CF⁴ trata dos monopólios de atividades econômicas em sentido estrito; d) o art. 175 da CF⁵ trata dos serviços públicos; e e) os arts. 37, § 9^o, e 165, § 5^o, da CF⁷ tratam das empresas estatais dependentes.

3 – As empresas estatais, seus possíveis objetos e as formas de exploração

As empresas estatais, gênero em que se inserem as sociedades de economia mista e empresas públicas, podem ter por objeto atividade econômica em sentido *estricto* ou a prestação serviço público. Esses dois objetos – atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviços públicos – são subespécies que se inserem no gênero atividade econômica em sentido *amplo*⁸.

Essa divisão conceitual, que tem foco no objeto explorado economicamente pelas empresas estatais, induz a uma crescente incidência das normas publicísticas às empresas estatais, cujo ápice se dá com as empresas estatais dependentes. Essa crescente incidência de normas de direito público é que acaba trazendo peculiaridades próprias à forma de incidência das normas trabalhistas. Vejamos.

4 “Art. 177. Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.”

5 “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

6 “§ 9^o O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.”

7 “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) § 5^o A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”

8 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 99.

3.1 – As empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito: as atuantes em regime de livre-concorrência com espeque no art. 173, *caput*, da CF, e as exploradoras de monopólios públicos

A regra geral constitucional é a de que cabe à iniciativa privada a exploração de atividades econômicas e ao Estado o exercício da regulação⁹ destas (art. 174 da CF)¹⁰. Decidindo, todavia, o Estado por explorar atividades econômicas em sentido estrito, deverá fazê-lo, ressalvados os monopólios constitucionalmente estabelecidos, em regime de livre-concorrência, como estabelece o art. 173 da CF e em observância à livre-iniciativa constitucionalmente consagrada.

Assim, a *atividade econômica em sentido estrito* pode ser exercida pelo Estado brasileiro em duas hipóteses: a) nas atividades que, em razão de *imperativos de segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, devidamente reconhecidas em lei (art. 173 da CF) são prestadas pelo Estado conjuntamente com a iniciativa privada, em regime de competição, isto é, em clima de livre-concorrência¹¹ e b) nos *monopólios públicos*¹², cujas hipóteses encontram-se previamente delineadas na Constituição Federal.

Por isso é que, em respeito à livre-iniciativa (art. 170, *caput*, da CF), o Estado, ao explorar atividade econômica em sentido estrito com fundamento no art. 173 da CF, deve equiparar-se, o tanto quanto possível, ao particular. Por essa razão, a Constituição vedou a concessão de benefícios não extensíveis à iniciativa privada às estatais que sejam criadas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito (*caput* do art. 173 da CF).

9 “Por intervenção direta do Estado na economia há que se entender a possibilidade da exploração da atividade econômica diretamente por parte deste. Por sua vez, como veremos adiante, por intervenção indireta do Estado entende-se a atuação deste como agente normativo e regulador da atividade econômica.” (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 17, p. 01-26, fev./abr. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=356>. Acesso em: 16. jul. 2018.

10 “Assim, fica claro que, a intervenção material do Poder Público em qualquer atividade econômica se dará apenas em caráter excepcional e subsidiário, não estando mais o Estado habilitado pelo mandamento constitucional a retirar dos particulares a iniciativa da exploração da economia. Destarte, a ação estatal no âmbito da economia só será justificada quando os particulares não possam ou não queiram intervir, ou, ainda, quando se fizer necessário, para salvaguardar os interesses da República e, por corolário, de toda a sociedade que ela representa”. (*Ibidem*).

11 GRAU, Eros Roberto. Meu direito, conceitos e normas jurídicas. *Apud*: GRAU, *op. cit.*, p. 134.

12 Monopólio: trata-se, segundo Vizeu, do “poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (monopólio) ou alguns produtores (oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes” (FIGUEIREDO, *op. cit.* Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=356>. Acesso em: 16. jul. 2018).

A conclusão a que se chega é: a empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito em regime de livre-concorrência é a que mais se aproxima do campo de direito exclusivamente privado¹³. Nesse caso, a incidência do direito privado é forte, sendo poucas as normas de ordem pública específicas que atingem essas empresas estatais, as quais, em sua maioria, são normas jurídicas de cunho constitucional, como as que regulam licitações, concurso público e determinam a incidência de princípios gerais da Administração Pública.

Quanto à empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito desenvolvida em *regime de monopólio*, pode-se afirmar que esta acaba por ascender na escala de atingimento pela normatização pública específica. Isso, porque a própria separação de determinada atividade econômica em sentido estrito como sendo de titularidade monopolizada pelo Estado já se apresenta como exceção à livre-iniciativa.

A ascendência na publicização em questão, que decorre do monopólio constitucionalmente estabelecido, não atinge, contudo, o fato de se tratar seu objeto de atividade econômica em sentido estrito, o que faz e exige que a interpretação de normas que lhe são aplicáveis sejam feitas de modo harmônico, alcançando-se o menos possível a regra geral constitucional da livre-iniciativa.

Logo, ressalvadas as previsões constitucionais expressas, não se pode estender benefícios fazendários às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, seja seu objeto monopolizado ou não, sob pena de macular e minimizar a norma constitucional prevista no art. 170 da CF (livre-iniciativa).

Por essas razões, é que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, monopolizado ou não, não têm direito a regime diferenciado de pagamentos de débitos judiciais – precatórios – e também não devem ter a seu favor imunidade tributária.

A consequência outra desse raciocínio é a de que, se não podem usufruir de benefícios não extensíveis à iniciativa privada, em observância à regra geral da livre-iniciativa (art. 170 da CF), não devem, na mesma linha, ser prejudicadas ou atingidas por outras normas de cunho publicista que prejudiquem a maleabilidade que deve ter sua gestão, ressalvadas as normas constitucionalmente estabelecidas, como concurso público e licitações.

13 Mesmo nesse caso há limitadores de natureza pública, os quais atingem a liberdade de gestão dessas empresas estatais, a comprovar a existência de uma base híbrida de seu regime jurídico, o que torna peculiar sua condição de empresa. É exemplo o concurso público para contratação de pessoal e aspectos da licitação pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 173, § 1º, III, da CF). Esses procedimentos constitucionais são realizados, por exemplo, por empresas públicas como o Banco do Brasil S/A, uma sociedade de economia mista que atua em atividade econômica em sentido estrito, em regime de livre-concorrência, nos termos dos arts. 170, IV, e 173, § 2º, da CF.

3.1.1 – As estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e o dever de motivação da demissão de seus empregados

Quanto à exigibilidade de concurso público como forma de contratação de empregados públicos de todas as empresas estatais, não há maiores discussões, atualmente (art. 37, II, da CF). A nosso sentir, contudo, se por concurso público se contrata, o paralelismo das formas exige que eventual rompimento do vínculo empregatício seja motivado¹⁴, isto é, se há um motivo objetivo para se contratar – *aprovação em concurso público* –, deve haver um motivo objetivo para se demitir¹⁵. Ademais, não se deve perder de vista que as empresas estatais, todas elas, estão sujeitas ao art. 37, *caput*, da CF, que trata dos princípios gerais da Administração Pública, sendo certa a exigência de motivação de seus atos.

Não se deve confundir, todavia, o dever de motivação com a exigência de processo administrativo disciplinar, com observância de garantias como contraditório e ampla defesa, para se demitir. Em verdade, não se deve perder de vista que se está tratando de empresas estatais que atuam em atividade econômica em sentido estrito. Se assim o é, devem as normas publicistas incidir no menor grau possível, a fim de não atravancar a administração e a liberdade econômica que referidas empresas estatais devem possuir para que tenham uma livre e eficiente gestão. Por isso, apesar de a motivação ser exigível, não deve ser processo administrativo para que o vínculo seja extinto. É suficiente, para fins de controle de legalidade, a exposição dos motivos¹⁶ que ensejaram o rompimento do vínculo empregatício, nesses casos.

3.1.2 – As estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e a responsabilidade subsidiária

Não menos importante é a questão da responsabilização subsidiária das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e a incidência do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

A determinação da contratação de serviços e outros objetos via procedimento licitatório é influxo de norma de direito público que o sistema constitucional elegeu de importante incidência às estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, assim como o fez em relação ao concurso público.

14 O tema é objeto de discussão no Recurso Extraordinário 688.267 – RG/CE, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

15 Em sentido diverso é o teor da OJ nº 247 da SDI-1 do TST, segundo a qual “[a] despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

16 Ressalta-se que nada impede que o motivo da demissão seja, por exemplo, por baixo rendimento, redução de custos, entre outros fatores, desde que tudo reste objetivamente comprovado, e não se traduza em violação a normas constitucionais como a da impessoalidade e moralidade.

Nos casos de tais estatais, como exemplos entre nós cito Banco do Brasil e Petrobras, embora suas contratações sejam feitas a partir de procedimentos licitatórios, estes seguem processos simplificados, como estatuído nos arts. 28 da Lei nº 13.303/2016 e 173, § 1º, III, da CF. A finalidade, novamente, é proporcionar a tais estatais liberdade de gestão, maior maleabilidade e eficiência, impondo-lhes o mínimo possível de atravancos à sua forma de contratação. Afinal, atuam em atividades econômicas em sentido estrito.

Estando estas sujeitas à referida legislação – Lei nº 13.303/2016 –, que prevê procedimentos mais simplificados e próximos de um processo natural de impessoalização na forma de contratar, não lhes deve ser aplicado o entendimento advindo da ADC 16 do STF, isto é, não há necessidade de demonstração de culpa administrativa para que surja a responsabilização subsidiária quanto aos débitos de empregados terceirizados.

Ainda que a Lei nº 13.303/2016 tenha artigo de praticamente idêntica redação do art. 71 da Lei nº 8.666/93, a saber, o art. 77, § 1º, da Lei nº 13.303/2016¹⁷, em verdade, a aplicação da mesma interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16 em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, ocasionaria benefício não extensivo à iniciativa privada. Desse modo, o tratamento de sua responsabilização deve seguir a regra geral da Súmula nº 331 do TST¹⁸.

3.2 – A empresa estatal prestadora de serviços públicos: atividade econômica em sentido amplo

Outro objeto que as empresas estatais podem ter é a prestação de serviço público. Aqui, estamos ainda a falar de atividade econômica, mas não mais seu sentido estrito, e sim em sentido amplo, como ensina Eros Grau¹⁹.

A prestação de serviços públicos volta-se à satisfação de necessidades da população, envolvendo a utilização de bens, serviços e outros recursos escas-

17 “§ 1º A inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à empresa pública ou à sociedade de economia mista a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

18 É verdade que aqui, assim como no caso do concurso público, poderia se defender a existência de certo paralelismo nas normas. Mas não. Em verdade, a licitação não é a mesma que a Administração Pública realiza, por ser mais simplificada e, além disso, há norma constitucional limitadora de atos de contratação e não beneficiadora da forma de responsabilização por eventuais débitos de encargos trabalhistas devidos por prestadoras de serviços terceirizadas. Se a norma constitucional não fez diferenciações, a consequência é a de que, em amplificação da força normativa do art. 170, *caput*, da CF, a livre-iniciativa não pode ser atingida.

19 GRAU, Eros Roberto. Meu direito, conceitos e normas jurídicas. *Apud*: GRAU, *op. cit.*, p. 99.

sos²⁰ e o interesse social²¹ em sua prestação. Sendo assim, as empresas estatais que prestam serviços públicos atraem mais regramentos de ordem publicista quando comparadas às empresas estatais anteriormente citadas, as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito em regime de livre-concorrência e as exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio.

A título de exemplo dessa maximização de normas públicas, podem ser citados o art. 37, § 6º, da CF (responsabilidade objetiva por danos causados na prestação de serviços públicos, mesmo quando se fala de concessionárias de serviços públicos) e leis específicas que regem a prestação de serviços públicos, como as Leis ns. 8.987/95, 9.074/95, 13.460/2017, entre outras.

Avançando nas classificações jurídicas, ainda em relação aos serviços públicos, há o que se pode chamar de *hibridéz jurídica dinâmica interna* no regime jurídico dessas estatais. É o que se constata da forma como ocorre a exploração desse objeto, os serviços públicos, que podem ser prestados: a) em regime de livre-concorrência; b) concomitantemente com atores privados, mas sem cunho concorrencial, sendo nominados de serviços públicos não privatizados²²; e c) em regime de privilégio.

O Estado, titular dos serviços públicos, pode delegá-los a particulares para fins de exploração, explorá-los diretamente, ou descentralizá-los, outorgando-os a outras pessoas jurídicas públicas, como autarquias e empresas estatais. Nessa hipótese, se beneficiárias da outorga dos serviços públicos as empresas estatais, estas podem explorá-los de modo especializado, com autonomia administrativa, mas no esteio do interesse público que ocasionou a autorização de sua criação. É o que se vê acontecer no Brasil com empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços de distribuição de energia elétrica, saneamento básico, entre outras.

Em interessante análise, Alexandre Aragão explica que, em relação aos serviços públicos, o Estado não está obrigado a explorá-los através das empresas estatais, como ocorre quando decide explorar atividades econômicas em sentido estrito. Segundo o autor, nada impede que se utilize de entes públicos da

20 GRAU, *op. cit.*, p. 98.

21 *Idem*, p. 123.

22 “Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo, é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.” (GRAU, Eros Roberto. *Meu direito, conceitos e normas jurídicas*. Apud: GRAU, *op. cit.*, p. 118)

Administração direta para prestar serviços públicos que lhe sejam exclusivos, isto é, que não sejam explorados em regime de livre-concorrência²³.

Assim, se os *serviços públicos forem explorados em regime de privilégio*, isto é, com exclusividade pelo Estado, tanto é livre a escolha da pessoa jurídica que prestará os serviços como é possível estenderem-se os benefícios fazendários, por consequência, às empresas estatais, caso se decida utilizar-se destas para a prestação dos serviços públicos. Afinal, não se está tratando de atividade econômica em sentido estrito, não há regime de livre-concorrência e, ainda, há um forte campo de interesse social próprio da prestação de serviços públicos, que poderia ser explorado, inclusive, por autarquias ou pela própria Administração direta, sem pessoas jurídicas descentralizadas.

De outro lado, se esses *serviços públicos forem explorados em regime de livre-concorrência*, por ter o ente público delegado a atividade em questão também a outros atores privados – concessionárias de serviços públicos –, há obrigatoriedade de que a exploração que decida fazer seja realizada por meio de empresas estatais e, ainda, em regime de livre-concorrência com a iniciativa privada, tudo em observância à livre-iniciativa e concorrência (art. 170 da CF). Nessa hipótese, por decorrência, deverá ser observada a vedação de extensão de benefícios não extensíveis à iniciativa privada, de modo a atender-se às normas constitucionais da livre-concorrência e da livre-iniciativa.

Em relação aos *serviços públicos não privatizados*, isto é, aqueles a que a Constituição Federal não reserva a titularidade ao Poder Público na sua exploração, como educação (art. 209 da CF) e saúde (art. 199 da CF), é possível a extensão dos benefícios fazendários a estas. Trata-se de serviços públicos por natureza, mas que a Constituição Federal permite tanto ao Estado quanto aos particulares sua prestação por direito próprio, isto é, sem a necessidade de concessão, permissão ou autorização daquele, exercendo o Estado o papel regulatório. Se o Estado prestá-los sem intuito lucrativo – é o caso da educação e

23 “Apenas quando exercer atividades econômicas (mesmo que monopólios ou serviços públicos) em concorrência com a iniciativa privada que o Estado deverá necessariamente empregar pessoas de direito privado da Administração Indireta – empresas públicas ou sociedades de economia mista –, dada a paridade de regime imposta, nessa situação, pelo art. 173 da CF, e o que dispõe o art. 2º, *caput*, do Estatuto das Estatais. Note-se que o mencionado preceito legal dispõe simplesmente que, na exploração de ‘atividades econômicas’, o Estado tem que se valer de alguma das espécies de empresas estatais, ou seja, não poderá se valer de fundações públicas, autarquias ou de órgãos da Administração Direta. O art. 2º do Estatuto não obriga, contudo, que os monopólios e os serviços públicos sejam exercidos por empresas estatais, tanto que não usa a expressão amplíssima que a lei redundantemente usa inclusive no seu art. 1º para abranger expressamente também os serviços e monopólios públicos, se referindo, ao revés, apenas à ‘atividade econômica’.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. *E-book*. p. 1.561-1.564)

saúde, ambas gratuitas, por força de normas constitucionais – não há empecilho para extensão dos benefícios próprios da fazenda pública²⁴ às empresas estatais eventualmente criadas para esse fim.

O filtro interpretativo de toda a questão é a observância da ordem econômica estabelecida constitucionalmente, que tem por regra geral a livre-concorrência e o não atingimento destas (art. 174 da CF).

Com esse entendimento pressuposto, resta mais claro concluir que, para se decidir a respeito da extensão de benefícios próprios da fazenda pública às empresas estatais, como precatórios e imunidade tributária, o que deve ser questionado é: a) *primeiro, sobre seu objeto*: se se trata de atividade econômica em sentido estrito ou atividade econômica em sentido amplo; sendo atividade econômica em sentido estrito, mesmo tratando-se de objeto monopolizado, não deve o intérprete dar benefícios públicos à empresa estatal, sob pena de violar a livre-iniciativa; depois, b) sendo exploradora de *atividade econômica em sentido amplo*, leia-se prestadora de *serviços públicos*, deve-se questionar sobre a forma em que esses serviços são explorados: b.1) se forem explorados em *regime de livre-concorrência*, deverá ser observada a forma eleita pelo Estado para fazer a exploração de tais serviços públicos, respeitando-se e maximizando-se o preceito da livre-iniciativa, enquanto não for tornado o referido objeto de exclusiva exploração pelo Estado. Nesse caso, não é possível a extensão de benefícios próprios da fazenda pública. Sendo explorado o serviço público em b.2) *regime de privilégio*, é possível a extensão dos benefícios fazendários às empresas estatais, pois, aqui, não se atingiria o preceito econômico da livre-iniciativa e concorrência. Da mesma forma, é o que ocorre nas hipóteses em que o serviço público é prestado de modo gratuito, sem intuito concorrencial, em relação aos b.3) *serviços públicos não privativos*.

3.2.1 – A empresa estatal prestadora de serviços públicos e o campo trabalhista

A consequência para o campo trabalhista é simples: assim como as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, quando

24 Nesse sentido, recente instrução normativa da Secretaria Executiva de Fazenda do Distrito Federal: “INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 10, DE 18 DE JUNHO DE 2020 – Dispõe sobre o reconhecimento de imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal, para empresas públicas prestadoras de serviço público (...) Art. 1º As empresas públicas prestadoras de serviço público de cunho essencial e exclusivo, e que não se confundam com empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito, estão abrangidas pela imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 2º Para que seja reconhecido o direito à imunidade, as empresas públicas”.

houver prestação de serviços em regime de livre-concorrência, as normas trabalhistas devem ser aplicáveis similarmente ao campo privado, ressalvadas as normas e critérios constitucionalmente eleitos.

Por assim dizer, as empresas prestadoras de serviços públicos, quando em regime de livre-concorrência, poderão demitir, desde que motivadamente, não lhes sendo exigível, contudo, processo administrativo com garantias constitucionais de contraditório, para a exposição do motivo. Bastará o ato motivado. Da mesma forma, aplica-se aqui o que exposto no *item 3.1.2* em relação à responsabilização subsidiária: não podem ter benefícios a que atores privados em condições similares não teriam direito.

De outro lado, se não há livre-concorrência, isto é, se a empresa estatal não se ativa no mercado como uma empresa privada, prestando seus serviços de modo exclusivo ou sem intuito lucrativo – hipóteses dos serviços públicos sociais –, além de fazer *jus* aos benefícios da Fazenda Pública – os *bônus* – deverá arcar com a parte onerosa – os ônus – de ser enquadrada nessa condição mais próxima da Fazenda Pública.

Sendo assim, em primeiro, em relação a essas estatais, o art. 77, § 1º, da Lei nº 13.303/2016 deve ser interpretado como o foi o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelo STF, de modo a exigir falha na fiscalização de contratos administrativos para que possam ser responsabilizadas subsidiariamente por débitos de suas terceirizadas. Em segundo, todos os requisitos que são exigidos para a demissão de um servidor público poderão, naquilo que compatível, ser transpostos para o campo dessas empresas estatais, sendo-lhes exigível, por exemplo, processo administrativo disciplinar, com observância do contraditório e ampla defesa, para que sejam demitidos seus empregados.

Nesse ponto, embora não se desconheça a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos no RE 589.998-ED, respeitosamente, discorda-se. Isso, porque se essa empresa estatal é prestadora de serviço público em regime de privilégio, isto é, em exclusividade, e, por isso, tem a seu favor os benefícios da Fazenda Pública, o caminho inverso também deveria ser verdadeiro, devendo ser exigível não apenas a motivação de seu ato de demissão, mas o adequado processo administrativo disciplinar²⁵.

25 “(...) 3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da

A linha de raciocínio ora exposta alcança, ademais, o direito processual. Se há *prestação de serviço público em regime de privilégio* ou de *serviços sociais não privativos gratuitos*, se há direito a precatórios, imunidade tributária, é possível falar-se, ainda, na extensão do direito a prazos processuais em dobro, na isenção de preparo e na impenhorabilidade de bens dessas empresas estatais cujo objeto é caro à sociedade. Nesse sentido, o E-AIRR-121740-89.2000.5.15.0095, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 17.03.06.

Assim, tem-se a seguinte ordem de ascendência na incidência de normas publicísticas às empresas estatais: a) empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito em regime de livre-concorrência; b) empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio; c) empresa estatal prestadora de serviços públicos em regime de livre-concorrência; d) empresa estatal prestadora de serviços públicos em regime de privilégio e empresa estatal prestadora de serviços públicos não privativos, gratuitos.

Não se pode olvidar, todavia, da característica que inclui um item de letra “e” à crescente incidência das normas de direito público às empresas estatais, a saber: a dependência econômica da empresa estatal.

3.3 – A empresa estatal dependente²⁶: o ápice da incidência do regime público

O conceito legal de empresa estatal dependente é delineado sucintamente nos arts. 37, § 9º, da Constituição Federal²⁷, e 2º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Segundo esse dispositivo, é empresa estatal dependente a empresa controlada que receba do ente federativo controlador aportes financeiros para pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de

dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.” (RE 589.998 ED, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, acórdão eletrônico, DJe-261 divulg. 04.12.2018, public. 05.12.2018)

26 Para maior aprofundamento, sugiro a leitura do livro *Negociação Coletiva de Trabalho nas Empresas Estatais Dependentes*.

27 “O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.”

capital, ressalvados, no último caso, os investimentos que ensejem aumento de participação acionária²⁸.

A Resolução nº 43/01 do Senado Federal, ao dispor sobre operações de crédito interno e externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 52, VII, da CF), também tratou do tema, ao conceituar empresas estatais dependentes em seu art. 2º, II²⁹.

O que caracteriza, assim, uma empresa estatal como dependente é a ausência de autonomia financeira para pagamento de despesas de pessoal, de custeio em geral ou de capital, salvo se, nesse último caso, o aporte para fazer em face da despesa de capital ocasionar aumento de participação acionária do ente federativo que aportou o recurso.

Weder de Oliveira³⁰ explica que o conceito de empresa estatal dependente teve início no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 1999, que, em seu art. 4º, tratou das referidas empresas estatais, ao fixar que, ante a dependência econômica do Tesouro Nacional, deveriam constar nos orçamentos fiscal e de seguridade social, e não no orçamento de investimento³¹. Similar dispositivo foi repetido nas segundas leis de diretrizes orçamentárias federais³².

As referidas leis de diretrizes orçamentárias vieram para dar interpretação adequada ao art. 165, § 5º, I e III, da Constituição Federal, uma vez que esse

28 “III – empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.”

29 “II – empresa estatal dependente: empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e tenha, no exercício corrente, autorização orçamentária para recebimento de recursos financeiros com idêntica finalidade.” (BRASIL. Senado Federal. *Resolução nº 43, de 2001*. Brasília, 10 de abril de 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/2001/resolucao-43-26-dezembro-2001-429342-republicacao-132253-pl.html>. Acesso em: 12 out. 2018)

30 OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 210.

31 “(...) a LDO da União, na ausência de lei permanente dispendo sobre a questão, encontrou uma formulação coerente: se a empresa estatal recebe recursos do Tesouro Nacional, não deve ser incluída no orçamento de investimentos. Em vez disso, deve ter toda sua programação descrita nos orçamentos fiscal ou de seguridade social, conforme o caso.” (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 210)

32 “§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (...) III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”

dispositivo, nas referências aos orçamentos fiscal e de seguridade social, não fez expressa referência às empresas estatais dependentes, mas apenas genericamente referiu-se a pessoas jurídicas “mantidas pelo Poder Público”.

Com a interpretação legislativa em questão, restou materializado algo que a lógica impunha: que as despesas com as empresas estatais dependentes estivessem incluídas nos *orçamentos fiscais e de seguridade*, e não no orçamento de *investimento*, pois de investimento não se tratava³³.

A empresa estatal dependente ou que se torna dependente deve deixar o orçamento de investimento e passar ao orçamento fiscal e de seguridade social do respectivo ente federativo³⁴, hipótese em que assume condições jurídicas similares a de uma autarquia³⁵, ente público com personalidade jurídica de direito público. Por consequência dessa condição de dependência, uma condição de fato, há limitação jurídica à autonomia administrativa da empresa estatal.

Em outras palavras, a dependência econômica faz com que o cenário pendular do regime jurídico híbrido das empresas estatais aproxime-as do direito público, o que lhes impõe limitadores de ordem financeira que acabam por resvalar na autonomia³⁶ da empresa.

33 Este último, por sua natureza, deve abarcar apenas as empresas estatais independentes, e não as dependentes, uma vez que o investimento gera aumento de participação acionária ainda que indireta, tendo em vista o aumento do patrimônio da empresa que recebe o investimento.

34 “O Orçamento de Investimento compreende todas as empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, não incluídas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade, e que tenham investimentos programados para o exercício, independentemente da fonte de financiamento utilizada, conforme o art. 54, *caput* e § 5º, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)/2010. São considerados investimentos, nos termos do art. 54, § 1º, da LDO, as despesas com: I – aquisição de bens classificáveis no ativo imobilizado, excetuados os que envolvam arrendamento mercantil para uso próprio da empresa ou destinados a terceiros; e II – benfeitorias realizadas em bens da União por empresas estatais.” (Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/governanca-das-empresas-estatais/orcamento-de-investimento-das-estatais/o-que-e-orcamento-de-investimentos>>. Acesso em: 6 set. 2019)

35 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 213.

36 Parece-nos que apenas poder-se-á falar em empresa estatal dependente financeiramente nas hipóteses em que o objeto da empresa estatal não for atividade econômica em sentido estrito submetida a regime de livre-concorrência. Sendo seu objeto atividade econômica em sentido estrito sujeita a regime de livre-concorrência, não poderá a empresa estatal gozar de benefícios não extensíveis à iniciativa privada, nos termos do art. 173 da CF, de modo que eventuais aportes orçamentários do ente federativo macularia a previsão constitucional. Por essas razões, parece-nos que somente se pode falar em empresa estatal dependente quando se tratar de empresa estatal que, se explorar atividade econômica em sentido estrito, não o faça em regime de livre-concorrência com a iniciativa privada, ou se trate de empresa estatal que preste serviços públicos ou sociais. Em relação às sociedades de economia mista, é importante que aportes do ente federativo feitos na condição de ente mantenedor, e não na condição de sócio, importem respectivo dever de os demais sócios aportarem proporcionalmente recursos, sob pena de serem considerados remissos ou perderem participação acionária. Entendimento contrário importaria em benefício privado com recurso público, o que inadmissível.

Tão forte a aproximação do campo público que o art. 1º, § 3º, I, *b*, da Lei Complementar nº 101, de 2000, prevê que, nas referências feitas pela Lei de Responsabilidade Fiscal aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), estão compreendidas as respectivas empresas estatais dependentes³⁷.

Alexandre Aragão explica que “quanto mais uma estatal for dependente de verbas do ente federativo que a criou, ou exercer atividade sem concorrentes privados, ainda mais se serviço público, menos elementos de direito privado terá em seu regime jurídico”³⁸. Por isso, conclui o autor que “mais os elementos de direito privado que possuir sofrerão o influxo da lógica publicista e menos os elementos de direito público que possuir sofrerão o influxo da lógica privatista”³⁹. De outro lado, continua Aragão, “quanto mais uma estatal for independente financeiramente e exercer atividade competitiva, sobretudo se não for serviço público, mais elementos de direito privado terá em seu regime jurídico”⁴⁰. Por isso, “menos os seus elementos de direito privado serão influenciados pelo direito público e mais os seus elementos de direito público sofrerão o influxo privatista”⁴¹.

Em síntese, pode-se afirmar que as empresas estatais dependentes⁴², sob o aspecto orçamentário, aproximam-se muito, ainda que em certos casos temporariamente, das autarquias, pessoas jurídicas de direito público. Isso, porque atraem boa parte do regramento financeiro e orçamentário do Estado.

Por essas razões, as empresas estatais dependentes acabam por atrair os benefícios ou privilégios fazendários – como precatórios e imunidade tributária

37 Nesse sentido, a doutrina de Marcus Abraham elucida que, se a sociedade de economia mista ou empresa pública obtiver, “ela mesma e através de sua atividade operacional, recursos financeiros necessários e suficientes para o seu custeio, sem receber qualquer recurso do Estado, não se submeterá às regras da LRF”. (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 101)

38 ARAGÃO, *op. cit.*, p. 4.340-4.343.

39 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 213.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

42 Segundo Marcus Abraham, “o conceito de empresa estatal dependente deve levar em consideração a relação existente entre as empresas estatais controladas e o Poder Executivo no curso do exercício financeiro. Devem ser avaliadas a periodicidade dos repasses e a real necessidade de transferências de recursos para a empresa controlada. Entende-se que o repasse episódico de recursos feito pelo Estado, a fim de suprir deficiência momentânea de caixa da empresa controlada, não caracteriza dependência” (ABRAHAM, *op. cit.*, p. 101). Na mesma linha, a doutrina de Weder de Oliveira, segundo o qual “a situação de dependência deveria ser caracterizada por uma repetição mínima de recebimento de recursos do Tesouro para as finalidades descritas, definida na resolução, como sendo ter recebido no exercício anterior e haver previsão de receber no exercício, para evitar ou minimizar instabilidades em todos esses quesitos” (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 212).

–, até como decorrência própria da forma que é feito seu custeio: seus aportes saem do próprio orçamento fiscal do ente federativo.

Em outros termos, não conceder benefícios como precatórios e imunidade tributária estaria, a bem dizer, violando a própria teleologia dos arts. 100 e 151 da CF, por exemplo, eis que, em última análise, quem paga os débitos dessas empresas dependentes é o próprio ente federativo.

Diante dessa lógica – a de aproximação forte da condição de pessoas jurídicas de direito público –, há outros consectários, como, por exemplo, a aplicação de teto remuneratório de seus empregados, o que constitucionalmente estabelecido no art. 37, § 9º, da CF.

Além disso, como a Lei de Responsabilidade Fiscal é clara ao determinar sua incidência em relação às empresas estatais (art. 1º, § 3º, I, *b*), consectários como os estabelecidos nos arts. 16 e 17 desta Lei – necessidade de estimativa de impacto financeiro para aumento de despesas – alcançam essas empresas estatais, o que refrata, por decorrência, em sua autonomia privada coletiva, isto é, esta passa ser uma *autonomia privada coletiva mitigada*, tendo em vista os fortes limitadores decorrentes das normas orçamentárias e financeiras que lhe são aplicáveis⁴³.

Assim, quando de suas negociações coletivas de trabalho, os aspectos públicos, se inobservados, acabam por nulificar as normas criadas no esteio da autonomia privada coletiva que, no caso das empresas estatais dependentes, é mitigada.

3.3.1 – A empresa estatal dependente e o campo trabalhista

Sendo estas – as empresas estatais dependentes – o ápice da incidência das normas publicísticas em razão de sua dependência econômica, pode-se afirmar que, a nosso sentir, deveria ser exigido processo administrativo disciplinar para demissão de seus empregados e que a responsabilização subsidiária deve seguir a mesma interpretação dada ao art. 71 da Lei nº 8.666/90 pelo STF na ADC 16.

Com similar entendimento, em momentos de crise econômica juridicamente reconhecidos, como situações decorrentes de atingimento de limites de gastos com pessoal estabelecidas na LRF – arts. 22 e 23 – as restrições de incremento de despesas alcançam as empresas estatais dependentes, o que as impede de conceder aumentos salariais e impõe deveres de redução de despesas,

43 Para aprofundamento, sugere-se a leitura de *A Negociação Coletiva de Trabalho nas Empresas Estatais Dependentes* (Brasília-DF, 2020).

como reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho no Dissídio Coletivo de Greve 194-40.2016.5.10.0000.

4 – Referências bibliográficas

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017. *E-book*.

BATISTA, Hugo Fidelis. *A negociação coletiva de trabalho nas empresas estatais dependentes*. Brasília-DF, 2020.

BATISTA, Hugo Fidelis. Aplicabilidade do teto a estatais não dependentes: o debate sobre a constitucionalidade do art. 19, § 5º, da Lei Orgânica do Distrito Federal. *JOTA: opinião e análise*, Brasília-DF, out. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicabilidade-do-teto-a-estatais-nao-dependentes-20102017>. Acesso em: 30 set. 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 17, p. 01-26, fev./abr. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=356>. Acesso em: 16. jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Introdução: do direito privado na Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (Org.). *Direito administrativo privado*. São Paulo: Atlas, 2013.

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

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Recebido em: 23/06/2020

Aprovado em: 31/08/2020

**Parte 2 – Tema de Direito
Coletivo do Trabalho**

A DELIBERAÇÃO COLETIVA COMO FUNDAMENTO ÀS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E NEGOCIAL

THE COLLECTIVE DELIBERATION AS A FOUNDATION OF LABOR UNIONS FEES

Lucas de Azevedo Teixeira*

Taís de Araújo Gomes**

Victor Emanuel Bertoldo Teixeira***

RESUMO: A Constituição confere às organizações sindicais dos trabalhadores papel fundamental na democracia. As funções sindicais previstas na Constituição e na CLT consolidam a participação da sociedade no exercício do poder. O custeio das entidades sindicais obreiras não pode ser lido sob a ótica individualista mesmo após a Lei nº 13.467/2017. A deliberação coletiva é legítima para instituir a contribuição sindical e a contribuição negocial.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Funções das Organizações Sindicais. Custeio Sindical. Autorização Coletiva.

ABSTRACT: *The Constitution determines a key role to labor unions in democracy. The roles of labor unions, according to the Constitution and the CLT (Brazilian labor legislation), establish the society's participation on the exercise of power. Labor union's revenues cannot be understood by an individual approach, even after Bill no. 13,467 of 2017. An assembly of laborers is a legitimate mechanism to create labor unions fees.*

KEYWORDS: *Democracy. Labor Unions Roles. Revenues of Labor Union. Collective Deliberation.*

O texto tratará da atuação sindical obreira como elemento fundamental para a democracia esculpida no texto constitucional, bem como das dificuldades ao custeio das entidades sindicais dos trabalhadores impostas pelo viés individualista de certa interpretação da Lei nº 13.467/2017.

Defender-se-á uma interpretação socializante quanto ao tema, com base na Constituição.

* *Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo.*

** *Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes.*

*** *Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo; juiz do trabalho no TRT-2.*

1 – A Lei nº 13.467/2017 e o custeio sindical

Após mais de dois anos e meio de vigência da Lei nº 13.467/2017, a promessa patronal e de setores da mídia não se concretizou. Não houve retomada de milhões de empregos com direitos assegurados. Ao contrário. Vitor Filgueiras alerta o que houve: manutenção da baixa utilização da capacidade instalada, falta de elevação de investimentos estrangeiros, baixa oscilação no nível de desemprego, diminuição da criação de empregos formais, ínfima criação de vagas relacionadas ao dito contrato intermitente e àquele de tempo parcial, além do notório crescimento da informalidade¹.

O fraco desempenho econômico do período posterior à “reforma” não justifica seu malogro:

“(...) a reforma foi aprovada justamente com a promessa de ser a solução para a crise do mercado de trabalho. Não faz sentido afirmar que o remédio aplicado foi a vítima da doença que ele deveria curar.”²

A Lei nº 13.467 ainda foi vendida como fortalecedora da autonomia e das estruturas sindicais, bem como da negociação coletiva³. Entretanto, as negociações coletivas acabaram por ser reduzidas.

O levantamento da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE demonstrou que, mesmo em 2019, “a quantidade de negociações concluídas atingiu a proporção de 84,4% do volume anterior à reforma trabalhista”. Menos da metade conseguiu reajustes salariais reais, o que representa redução em relação ao ano de 2018⁴. A taxa de sindicalização caiu quase 12%, quando comparados os anos de 2017 e 2018⁵. Tais consequências demonstram que a

1 FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari *et al.* (Org.). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidades*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019. p. 33-40, *passim*.

2 FILGUEIRAS, *op. cit.*, p. 40.

3 Seu texto decorreu de propostas acolhidas do parecer do então Deputado Rogério Marinho, Ministro da atual gestão (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.787*. Comissão Especial. Relator Deputado Rogério Marinho. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 1º jul. 2020).

4 FIPE. *Salariômetro: balanço 2019*. São Paulo, 2020. Disponível em: http://salariometro.fipe.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim_2020_01.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.

5 GARCIA, Diego. Brasil perde 1,5 milhão de sindicalizados após reforma trabalhista. *Folha de São Paulo*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/brasil-perde-15-milhao-de-sindicalizados-apos-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.

negociação coletiva conjuga-se à liberdade sindical e à greve, sem as quais não há real autonomia coletiva⁶.

O fim da compulsoriedade da contribuição sindical reduziu a principal receita das entidades em quase 100%⁷.

O impacto é desproporcionalmente desproporcional para a organização dos trabalhadores, conforme alerta Mauricio Godinho Delgado:

“a contribuição sindical obrigatória, até o ano de 2017, respondia, em média, por mais de 75% da receita das entidades sindicais de trabalhadores. No tocante às entidades sindicais patronais, ela respondia, em média, por apenas cerca de 25% de sua receita total, em face dos valores muito mais pujantes por estas recebidas mediante a contribuição para o ‘sistema S’ (Sesc, Sesi, Senai, Senac, etc.), sob controle das entidades sindicais econômicas – contribuição que não foi afetada pela Lei da Reforma Trabalhista.”⁸

Evidente, pois, a contradição do legislador. Pretendia prestigiar a atuação sindical, mas, na prática, suprimiu sua principal fonte de custeio, ignorando, por outro lado, a unicidade sindical (art. 8º da CRFB/88)⁹.

Sem o seu necessário custeio, a atuação sindical perde em consistência e liberdade, sobretudo em um contexto de desemprego, proliferação de ataques à legislação social e reestruturação produtiva neoliberal¹⁰.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 400. O festejado autor trata, pois, de uma dimensão tríplice da autonomia coletiva. Nesse momento notoriamente desfavorável, a resistência das organizações obreiras em negociar coletivamente também se explica pelas alterações aos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT, atentatórias contra o princípio protetor. Por outro lado, a Lei nº 13.467/2017 incorpora muitas das práticas flexibilizantes chanceladas pelos sindicatos (GALVÃO, Andréia. Reforma trabalhista: efeitos e perspectivas para os sindicatos. In: KREIN, José Dari *et al.* (Org.). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidades*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019. p. 212-213).

7 FERRARI, Hamilton. Imposto sindical cai 96% em 2 anos, de R\$ 3,64 bilhões para R\$ 128,3 milhões. *Poder 360*, 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/imposto-sindical-cai-96-em-2-anos-de-r-364-bilhoes-para-r-128-milhoes>. Acesso em: 1º jul. 2020; PINHO, Márcio. Contribuição sindical cai 95% dois anos após reforma trabalhista. *R7*, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/contribuicao-sindical-cai-95-dois-anos-apos-reforma-trabalhista-24072019>. Acesso em: 2 jul. 2020.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1.609-1.610.

9 Por fugir ao escopo do presente texto, não é possível explorar mais uma notória contradição do legislador que diz prestigiar a negociação coletiva, mas afasta o sindicato quando da dispensa do empregado e em diversas situações versando sobre jornada de trabalho.

10 Não se ignora que a atuação efetiva dos trabalhadores depende fundamentalmente de sua capacidade de mobilização, bem como que a falta de avanço pleno em rumo à liberdade sindical pela CRFB/88, mantendo a contribuição sindical, a unicidade e a representação compulsória, tenha estimulado a cisão e desmembramento das categorias, porém a situação atual gera asfixia financeira dos sindicatos (GALVÃO, *op. cit.*, p. 219).

Assim, flagrante o impacto da Lei nº 13.467/2017 sobre a atuação e o custeio sindical – questão que é cara à democracia.

2 – Democracia, classe trabalhadora e sindicatos obreiros

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (Art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88)

Não trataremos da caudalosa e profícua discussão sobre o que é a Democracia. Basta-nos reter a definição decorrente da origem grega da palavra. Assim, Democracia (*dēmokratía*) significa, ao menos, o governo do povo. O parágrafo único do art. 1º da CRFB/88 adota tal definição e a densifica. Prevê expressamente que “Todo o poder” – não só o que se considere público, estatal ou estritamente político – “emana do povo” – tem no povo sua origem e seu abrigo, seu *locus* permanente – “que o exerce” –, já que tão importante quanto a questão da detenção legítima do poder é a questão de seu exercício¹¹.

Assim sendo, quem é esse povo que detém o poder?

Em geral e abstrato, é um povo soberano, integrado por cidadãos e seres humanos dignos (art. 1º, I a III, da CRFB/88). Mas a Constituição reconhece nele cores e modos de ser bastante concretos. Dentre esses, destaca-se o trabalho (art. 1º, IV, da CRFB/88).

A temática do trabalho permeia todo o texto constitucional. A ênfase explica-se pela acepção amplíssima do termo: o trabalho corresponde simplesmente a toda vida em sociedade¹². Esta se compõe de diversas atividades práticas e teóricas de autonomia bastante desenvolvida, política, religião, filosofia, mas que nunca deixam de ser um “prolongamento complexificado” do trabalho, seu germe¹³.

Além disso, a centralidade constitucional do trabalho também se deve ao fato de a classe trabalhadora abranger a quase totalidade da população. E, de

11 Daí a relevância daquilo que Michel Foucault chama de microfísica do poder, cujo estudo “supõe que o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma ‘apropriação’, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes uma rede de relações sempre tensas, sempre em atividade, que um privilégio que se pudesse deter” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p. 29-30).

12 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 94.

13 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 142.

DOCTRINA

fato: o povo que, com base no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88, detém o poder na nossa Democracia é praticamente todo composto de trabalhadores. São pessoas que dependem de seu trabalho cotidiano para sobreviverem e desenvolverem-se.

Desse modo, não apenas as “condições de trabalho” empregatícias (art. 611 da CLT) interessam à Constituição. É relevante a “condição social” como um todo e de todos os “trabalhadores” (art. 7º, *caput*, da CRFB/88), graças à enorme interseção, quantitativa e qualitativa, entre os direitos e interesses dessa classe trabalhadora e os direitos e interesses do povo soberano.

Atenta à condição social do povo trabalhador, a Constituição enumera direitos sociais. Perpetua a constitucionalização desses, iniciada entre nós pela Constituição de 1934, e vai qualitativamente além, procedendo à inclusão formal de tais direitos no rol de Direitos Fundamentais.

Esse movimento refere-se à parte dogmática da CRFB/88¹⁴, composta por normas como o art. 6º, a imensa maioria dos incisos do art. 7º, o *caput* dos arts. 196 e 205, e certamente a faz tributária do Constitucionalismo Social, cujos primeiros rebentos foram a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919. Exatamente por se inserir na linhagem das Constituições socializantes, a Carta não se limita a elencar direitos sociais. Caracteriza-se também por transformar as normas constitucionais de organização¹⁵, que deixam de tratar apenas do que o Constitucionalismo Liberal considerava ser o Estado e/ou o poder político públicos.

Assim, a Constituição regula uma diversidade de espaços e poderes, públicos e privados, estatais e sociais, reconhecendo neles a participação da classe trabalhadora como a principal participação popular numa Democracia, desenvolvendo-a:

“Hoje, se se deseja apontar um indicador do desenvolvimento democrático, este não pode mais ser o número de pessoas que tem o direito de votar, mas o número de locais, diferentes dos locais políticos, nos quais se exerce o direito de voto; sintética, mas eficazmente: para dar um juízo sobre o Estado da democratização num dado país, o critério não deve mais ser o de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ se vota (e fique claro

14 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.

15 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 372.

DOCTRINA

que aqui entendo o ‘votar’ como ato típico e mais comum do participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto).”¹⁶

É por meio dessa socialização democratizante dos processos decisórios públicos e privados que se pode responder, constitucionalmente, à segunda questão sobre o poder popular obreiro.

Como faz esse povo que trabalha para exercer o poder?

Por “meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (segunda parte do parágrafo único do art. 1º da CRFB/88). Portanto, quanto aos representantes do poder do povo, a Constituição não os restringe mais aos mandatários do Executivo e do Legislativo. Os termos da própria Constituição expandiram a Democracia para além do espaço e do poder que o Liberalismo considerava estatais, políticos e públicos, expandindo também o conceito de representantes do povo.

É assim que se reconhecem, na Constituição, as organizações sindicais obreiras: não como uma entre outras associações civis, mas como as representantes da vontade popular exercida em grande parte pela classe trabalhadora.

Se as organizações sindicais fossem mais uma entre outras associações civis, bastar-lhes-ia o fundamento constitucional do art. 5º, XVII, da CRFB/88. No entanto, a Constituição reconhece as organizações obreiras no art. 8º, conferindo-lhes uma representação bem diferente daquela normalmente concedida às associações.

A livre associação civil – por mais que tenha fins não econômicos (art. 53 do CC), tutelados pelo Direito em detrimento da livre disposição privada de seus bens (art. 61, *caput* e § 2º, do CC) e por mais que seja constitucionalmente chamada ao desempenho de funções fundamentais à coletividade (como as previstas aos arts. 5º, LXX, *b*, e 74, § 2º, da CRFB/88) – não goza de legitimidade representativa para além da autorização expressa e individual de cada um dos seus associados (art. 5º, XXI, da CRFB/88).

A mesma lógica contratual individualista não pesa sobre os sindicatos, que representam sempre a totalidade da categoria profissional (art. 8º, II e III, da CRFB/88). Assim, toda pessoa que se efetiva em uma profissão compõe um contrato real de trabalho, ao mesmo tempo em que ingressa na categoria profissional representada pela respectiva organização sindical. Nesse ponto, foi constitucionalizado o Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas¹⁷

16 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 68.

17 DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 236.

e a noção de ordem pública social (*ordre public social*)¹⁸. Por isso, o trabalho é a base da Ordem Social e Econômica, que deve beneficiar e valorizar os trabalhadores, a fim de alcançar bem-estar e justiça social (arts. 3º e 7º, *caput*, c/c os arts. 170, *caput*, 186, III e IV, e 193 da CRFB/88; art. I, c, da Declaração da Filadélfia).

Verdade que os sindicatos e demais organizações sindicais não são os únicos veículos para expressar a vontade da classe trabalhadora. Mandatários do Executivo e do Legislativo nos diversos entes federativos também devem sê-lo, assim como uma comissão eleita pelos trabalhadores no seio da empresa.

Verdade também que a classe trabalhadora pode exercer diretamente sua vontade na greve (art. 9º da CRFB/88), além de sua participação ser exigida em diversos espaços de deliberação¹⁹. Ainda assim, as organizações sindicais gozam de primazia como veículos da participação popular obreira. Não à toa, a Constituição chama tais organizações ao desempenho de funções essenciais à Democracia, algumas delas exclusivamente reservadas à representação sindical.

Funções divididas em dois grandes grupos fundamentais: um correspondente ao Diálogo Social Democrático e outro correspondente a funções sindicais de assistência.

No grupo correspondente ao Diálogo Social Democrático, encontra-se a negociação coletiva resultante em convenções e acordos coletivos, com tomadores públicos ou privados de trabalho humano, sempre em benefício dos trabalhadores (art. 7º, *caput* e XXVI, c/c o art. 8º, VI, da CRFB/88).

Incluem-se também nesse grupo as negociações, deliberações e petições por meio das quais as organizações sindicais interagem com o Estado, com tomadores de trabalho humano e com diversos outros atores sociais, seja para o aprimoramento das condições sociais de trabalho, empregatício ou não, seja para o aprimoramento das condições sociais mais gerais da população, ainda que não estritamente trabalhistas. É o caso dos arts. 9º, 10, 194, VII, 198, III, e 202, § 6º, da CRFB/88 e de outras mais que conferem expressamente às organizações sindicais importantes funções ou que as incluem implícita e teleologicamente ao mencionarem a participação da comunidade e a participação

18 SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. 2. ed. Paris: PUF, 2011. p. 30.

19 Art. 10, que exige a participação obreira em órgãos públicos para que, só assim, possa-se discutir e deliberar (decidir) sobre seus interesses profissionais e previdenciários; art. 194, VII, sobre a participação dos trabalhadores na administração e gestão da Seguridade Social; art. 198, III, cuja participação da comunidade implica a participação dos trabalhadores, como consta da organização do SUS (art. 6º, § 3º, II, III e VI, da Lei nº 8.080/90); § 6º do art. 202, que prevê a participação dos trabalhadores nas entidades de previdência complementar.

DOCTRINA

de associações (arts. 5º, XXVIII, *b*, e LXX, *b*, 29, XII, 74, § 2º, 204, II, 216, § 1º, da CRFB/88, e art. 64 do ADCT).

Vê-se como a Constituição deu ao Diálogo Social Democrático com participação obreira um escopo amplíssimo. Não se resume à tradicional negociação coletiva entre empregados e empregadores (art. 611 da CLT), pois reconhece convenções e acordos coletivos como direito dos trabalhadores em geral; inclui a fiscalização sobre o aproveitamento econômico das obras coletivas; prevê peticionamentos ao Estado via mandados de segurança e denúncias ao Tribunal de Contas; prevê a participação das organizações sindicais no planejamento municipal, capazes que são de veicular o interesse local (art. 30, I, da CRFB/88) dos que vivem e/ou trabalham nos Municípios; conta com as organizações sindicais para a popularização do texto constitucional. Até a EC nº 24/99, o Diálogo Social Democrático também incluía participação obreira via representantes sindicais na prestação da jurisdição trabalhista.

O segundo grupo de funções sindicais refere-se a prestações assistenciais às categorias profissionais representadas. O art. 8º, III, combina-se com o art. 5º, LXXIV, para incumbir aos sindicatos da assistência jurídica, individual e coletiva, judicial ou administrativa, dos trabalhadores que integram a categoria profissional. Historicamente, são as organizações sindicais que atuam nessa seara e não a Defensoria Pública da União.

As prestações de saúde às categorias profissionais pela respectiva organização sindical devem ser extraídas do art. 199, *caput* e §§ 1º e 2º, da CRFB/88, assim como as ações de assistência social desenvolvidas pela organização sindical são verificadas do art. 204, I, última parte, da CRFB/88, valendo o mesmo para eventuais prestações educacionais e culturais fornecidas pelas organizações sindicais às categorias profissionais que representem (arts. 213 e 216-A, § 1º, IV, da CRFB/88).

Importante ainda uma última observação. Acima tratamos apenas das organizações sindicais e da vontade popular obreiras, mesmo quando mencionamos normas constitucionais referentes a representações sindicais e participações diretas obreiras e patronais, como os arts. 5º, LXX, *b*, 8º, II, e 194, parágrafo único, VII, da CRFB/88.

Não poderíamos fazer diferente, porque a Constituição confere importância limitada a categorias econômicas e suas organizações sindicais.

Elas aparecem no texto constitucional, sobretudo quando se trata do tradicional Diálogo Social Democrático, entre empregados e empregadores sobre

questões trabalhistas e entre trabalhadores, empregadores e Estado sobre questões previdenciárias: arts. 8º, II e VI, e 194, parágrafo único, VII, da CRFB/88.

No seu todo, a Constituição mostra-se muito mais atenta à classe trabalhadora e às suas organizações sindicais. Apenas aos trabalhadores reconhece-se constitucionalmente a greve (art. 9º). O locaute patronal é contrário à função social da propriedade (art. 5º, XXIII) e configura abuso do poder econômico (art. 173, § 4º), pelo que sua proscrição pela CLT (art. 722) justifica-se constitucionalmente.

Ciente da importância para a Democracia das funções sindicais obreiras, a Constituição preocupa-se em não dificultar o seu custeio, pelo que imuniza contra impostos seus patrimônios, rendas e serviços (art. 150, VI, c). Contudo, não confere igual tratamento às entidades sindicais patronais.

3 – Custeio das funções sindicais

Diante do modo como a Constituição estruturou a Democracia brasileira, é incontestável que a participação popular obreira foi materializada nas funções sindicais de amplo Diálogo Social Democrático e de assistência. Assim, o financiamento das organizações sindicais obreiras ganha relevância para além das paragens trabalhistas, tornando-se um interesse difuso, de toda a sociedade.

Não é à toa que a Constituição não confia o custeio sindical apenas àqueles trabalhadores que tomem a iniciativa da associação profissional. Em uma economia de baixos salários e alto desemprego, em uma sociedade historicamente marcada pelo mandonismo público e privado e por uma desigualdade gritante e persistente na distribuição das riquezas e da renda, seria ilusório contar apenas com a livre iniciativa de alguns trabalhadores para o custeio das funções sindicais tão necessárias à Democracia. Por isso que, ao lado das mensalidades implícitas à formação e ao desenvolvimento das associações civis em geral, dentre elas as organizações sindicais, a Constituição também prevê expressamente o custeio sindical via contribuições (art. 8º, IV). Estas são a contribuição confederativa, eventualmente fixada pela assembleia geral para o custeio do sistema confederativo, e mais outra contribuição prevista em lei.

Atenção ao termo constitucionalmente empregado: “contribuição”. Relaciona-se, assim, ao Direito Tributário, para o qual as contribuições são espécies de tributos vinculados a contraprestações. Parece-nos, então, ter sido essa a noção retida pela Constituição: a de haver uma relação estreita, um vínculo, entre as contribuições e as funções sindicais realmente desempenhadas em benefício das categorias e de toda a população. O próprio texto do inciso

IV do art. 8º da CRFB/88 condiciona a contribuição confederativa à efetiva participação num sistema sindical confederativo. Tal dispositivo ainda prevê que a fixação de uma contribuição cabe à assembleia geral.

É nesse ponto que a missão constitucional conferida às organizações sindicais encontra o custeio que a tornará possível.

Como a Constituição, a CLT prevê às organizações sindicais uma série de funções, financiando essa missão sindical por meio de uma contribuição fixada e aplicada pela assembleia geral nos termos da lei (arts. 524, *c*, 592 e 593 da CLT). Assim, os serviços prestados pelos sindicatos em benefício de toda a categoria e a contribuição sindical que os financia foram recepcionados²⁰, densificando o caráter Social das normas constitucionais de organização não só do Estado, mas de toda a vida em sociedade. Assim, CLT e Constituição juntas, no concernente a funções e contribuições sindicais, implementam o Direito Social.

O Direito do Trabalho é germe dessa leitura social do Direito. Sem a pretensão de esgotar o assunto a respeito de seu surgimento embebido em lutas sociais, esse texto assume que, conforme lição de Héctor-Hugo Barbagelata, o Direito do Trabalho decorre de “uma nova atitude diante das realidades do mundo do trabalho”, bem como de “uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas”, nos marcos do capitalismo²¹.

A consolidação de uma teoria a respeito do caráter social do Direito somente se deu após as experiências do constitucionalismo social, entre as quais sempre são lembradas a Constituição do México de 1917 e a da Alemanha de 1919 (conhecida como de Weimar), e o Tratado de Versalhes de 1919, no âmbito do qual criada a OIT.

Marcus Orione Gonçalves Correia e Jorge Luiz Souto Maior indicam que a diferença fundamental do novo paradigma está na solidariedade social, que deixa o campo da moral e passa a integrar a ordem jurídica²².

O viés coletivo e social do Direito do Trabalho exige o Diálogo Social entre trabalho, capital e Estado e investe na democracia sindical no seio das

20 RE 180.745, Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 24.03.98, *DJ* 08.05.98 pp-00014, ement. vol-01909-04, p. 712.

21 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 20. O convencimento “de que os códigos civis não continham uma reposta adequada às questões levantadas pelo trabalho humano e pelas relações que gerava já vinha se processando desde o final do século passado [XIX] e, sob o amparo de inovações legislativas, pouco ou nada ortodoxas, encorajou esforços com vista à construção de uma doutrina jurídica substitutiva da tradicional” (*Ibid.*, p. 14).

22 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. O que é direito social?. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1. p. 22-23.

categorias profissionais e econômicas. É um movimento de socialização do Direito, e não de abandono da questão social à vontade individual formalmente livre. É com base nesse paradigma, legitimado pela própria Constituição, que se deve proceder à interpretação das fontes de custeio das funções sindicais.

Daí a relevância do perigo alertado por Jorge Luiz Souto Maior sobre os equívocos na diferenciação entre Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho:

“Essa divisão, no entanto, não pode subsistir, pois que se baseia em dois equívocos: primeiro, de que existe um direito ‘individual’ do trabalho, expressão pela qual se faz supor que a regulação se dê na ótica do exclusivo interesse do indivíduo, e, segundo, de que nas relações sindicais não se inseririam os mesmos princípios jurídicos trabalhistas, fazendo-se supor que em virtude da alteração dos sujeitos estaria aberto o campo para a incidência dos preceitos liberais clássicos, sobretudo o contrato, a partir da autonomia coletiva.”²³

Assim, como a Constituição faz do sindicato o representante da categoria (art. 8º, III), incumbindo-lhe de funções sindicais que, no concernente às categorias profissionais, constituem o próprio exercício da vontade democrática pelos trabalhadores, natural que o custeio dessa missão constitucional sindical conte com um regime coletivo e socializante.

É sob essa perspectiva que interpretamos a Lei nº 13.467/2017. Esta apenas aboliu a obrigatoriedade da contribuição sindical. Os termos em que foram alterados os arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, somente fizeram incluir a exigência de autorização dos trabalhadores contribuintes – sempre no plural. Não há sequer uma menção destinada específica e expressamente à regulação de como deve ocorrer tal autorização pelos integrantes de uma categoria.

Tal lacuna é adequadamente integrada pela lógica constitucional coletiva e socializante. Assim, cabe à assembleia geral da categoria, órgão máximo de deliberação obreira, fixar contribuição e funções sindicais. Havendo, para tanto, necessidade ampla divulgação convocatória, a fim de que todos os integrantes da categoria possam participar, independentemente de filiação. É o que decorre do art. 8º, III e IV, da CRFB/88, e dos arts. 513, *a e e*, 524, *c*, 592, § 1º, e 605 da CLT.

Não à toa, a Lei nº 13.467/2017 deixou intactos elementos característicos da contribuição sindical que reforçam seu caráter eminentemente coletivo,

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso do direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. v. 1. p. 684.

já decorrente diretamente da própria Constituição e das funções socialmente importantes custeadas pela verba.

Em essência, permaneceram previsões legais sobre: os sujeitos ativos e passivos da contribuição (arts. 578 e 602); o *quantum* devido (art. 580); o tempo e modo para seu recolhimento (arts. 582, 583, 586, 587); o rateio da arrecadação em benefício das entidades sindicais e do Estado (arts. 589/591); as funções sindicais nas quais deve ser aplicada (art. 592), conservada alguma margem de Democracia Sindical (art. 592, *caput* e §§ 1º/3º), sobretudo quanto às entidades de grau superior e Centrais Sindicais (art. 593); o dever de transparência e gestão democrática da verba no seio das entidades sindicais (arts. 524, *b e c*, 548, *a*, 549, 550, 551 e 605).

Inclusive, diante desse paradigma, cabe às entidades sindicais aproximarem-se dos integrantes da categoria ainda não filiados (que também representam). A participação potencial destes legitima ainda mais a contribuição sindical e as funções por elas financiadas. Caso a participação e o voto em assembleia geral não sejam previstos no estatuto da entidade, esta passa a ter o dever de fazê-lo.

Não se trata, por outro lado, de uma completa novidade, já que o art. 605 da CLT sempre exigiu a divulgação editalícia para a cobrança da contribuição sindical²⁴.

A compreensão de que a autorização expressa agora necessária à contribuição sindical é coletiva e, assim, em assembleia geral dos interessados, filiados ou não ao sindicato, já tinha sido alcançada pelos Magistrados e Procuradores do Trabalho. Consta do Enunciado nº 38 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra²⁵ e das notas técnicas do MPT a respeito da matéria²⁶.

24 *Vide*, a propósito: RR-11357-67.2018.5.18.0018, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 13.09.2019; AIRR-1115-30.2011.5.02.0086, 7ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 01.04.2016.

25 “CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. I – É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II – A decisão da Assembleia Geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.”

26 Notas técnicas de ns. 1, de 27 de abril de 2018, 2, de 23 de outubro de 2018, e 3, de 14 de maio de 2019. Disponíveis em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-03/@/@display-file/arquivo_pdf; https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/outros/nota-tecnica-conalis-1/@/@display-file/arquivo_pdf; e https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-conalis/@/@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.

A MP nº 873/2019, sem respaldo em Diálogo Social, buscou contrastar tal entendimento e avançar um contrário à socialização constitucionalmente prevista para o tema. Intentou prever textualmente a necessidade de autorização expressa e individual dos integrantes da categoria, referindo-se a eles sempre no singular. Em seu esforço individualizante, proscrescia, inclusive, qualquer autorização tácita ou presumida a partir da ausência de oposição do contribuinte. O diploma não foi ratificado pelo Congresso Nacional, que, assim, objetivamente, acabou por preferir o regime socializante que a Constituição necessariamente imprime à Lei nº 13.467/2017, e faz originar a contribuição sindical da assembleia.

Todo o exposto acima invalida, perante a Constituição e a CLT, qualquer ilação sobre ser necessária autorização expressa e individual de cada um dos integrantes da categoria para que se fixe contribuição sindical. Interpretações desse tipo revelam uma persistência recalcada da concepção liberal do Direito, a despeito da força normativa constitucional.

O Direito Liberal pretendia regular todas as interações sociais apenas como interações entre indivíduos ensimesmados, que, contratualmente, dispunham de seus direitos segundo seus interesses meramente individuais. Daí a ênfase dessa ideologia jurídica sobre a liberdade formal e o consentimento individual, bastantes à fundamentação de todo e qualquer contrato – desde os mais simples contratos de compra e venda, até o mais fundamental “Contrato Social”.

Emergido das Revoluções Burguesas, o Direito Liberal é concebido à imagem e semelhança das trocas mercantis²⁷. É com base nessa concepção liberal de Direito que se assume plausível igualar as organizações sindicais a qualquer outra associação de indivíduos formalmente livres e entregar as funções sindicais e seu financiamento apenas à vontade individual, a despeito do notório caráter coletivo da matéria²⁸.

27 A pessoa e a sua força de trabalho não escapam do fetichismo, que faz com a relação social entre os homens assuma “a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas” (MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. t. 1. v. 1. p. 71). “O fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico”, afinal “as relações entre os homens no processo de produção” se manifestam tanto como relações entre mercadorias quanto de vontades de elementos autônomos, os sujeitos de direito” (PASUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 85-86). Assim, “o direito fetichiza a forma mercadoria por meio da forma sujeito de direito, atribuindo aos sujeitos de direito as características da forma mercadoria como se fossem a eles inerentes, naturais” (BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2014. p. 167-168).

28 “O sindicato não é uma entidade cuja existência se explica na lógica de uma pessoa jurídica. O sindicato é, essencialmente, a explicitação jurídica da atuação coletiva dos trabalhadores, cuja individualidade cede espaço para dar lugar à força coletiva, essencial para o antagonismo de classe.” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A liberdade dos sindicatos de fixarem suas fontes de custeio*. 2020. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaiior.com/blog/a-liberdade-dos-sindicatos-de-fixarem-suas-fontes-de-custeio>. Acesso em: 2 jul. 2020.

DOCTRINA

É o contrário da *ratio* constante do voto condutor na ADI 5.794: “os sindicatos ainda dispõem de múltiplas formas de custeio, incluindo a contribuição confederativa (art. 8º, IV, primeira parte, da CRFB/88), a contribuição assistencial (art. 513, alínea *e*, da CLT) e outras contribuições instituídas em assembleia da categoria ou constantes de negociação coletiva”. Dele extrai-se que as contribuições dependem sempre de uma decisão coletiva: seja em assembleia da categoria, seja em negociações coletivas.

Disso também se conclui haver funções sindicais cujo desempenho independe de qualquer acerto entre categorias. Por exemplo, a já mencionada prestação de assistência jurídica, o posicionamento sindical no foro competente para a deliberação sobre modificações em uma NR (art. 592, § 1º, da CLT c/c os arts. 10 e 11 do Decreto nº 9.944/2019, densificadores dos arts. 10 da CRFB/88 e 4º, § 1º, da Convenção nº 155 da OIT), a atuação assistencial sindical em saúde e educação da categoria.

Por outro lado, há funções sindicais cujo desempenho é impossível sem uma negociação coletiva. Essas são especificamente previstas nos arts. 7º, XXVI, da CRFB/88 e 513, *b*, da CLT, não constando das funções que o art. 592 da CLT financia por meio da contribuição sindical fixada em assembleia geral.

Assim, as funções sindicais negociais são materializadas em acordos e convenções coletivos, que as financiam via contribuição negocial prevista ao art. 513, *e*, da CLT. Uma quarta fonte de renda para o desempenho das atividades sindicais, ao lado das mensalidades, da contribuição confederativa e da contribuição sindical.

Por isso defendemos para todo o custeio sindical via contribuições uma única lógica coletiva socializante. Toda a categoria interessada é chamada à fixação e ao pagamento, já que toda a categoria é beneficiária das funções sindicais por elas financiadas.

Para a contribuição negocial, prevista em convenções e acordos coletivos, a primazia da decisão assemblear ainda decorre do caráter normativo desses instrumentos (arts. 7º, XXVI, e 8º, VI, da CRFB/88, e art. 611 da CLT). O próprio Comitê de Liberdade Sindical da OIT admite a cobrança de valores daqueles empregados que se beneficiam das disposições de negociação coletiva, mesmo não sendo filiados (§§ 321-330)²⁹.

29 OIT. *Liberdade sindical*: recopilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT – Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 1997.

DOCTRINA

Adotar, pois, um viés individualista quanto a questão, faria cair por terra a possibilidade de a negociação coletiva fixar normas para a categoria, conforme a crítica de Jorge Luiz Souto Maior³⁰.

Assim, superado o entendimento fixado no ARE 1.018.459 (Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23.02.2017, processo eletrônico, repercussão geral – mérito, *DJe-046*, divulg. 09.03.2017, public. 10.03.2017) e na jurisprudência consolidada no Precedente Normativo nº 119 da SDC do TST. Não só refletem um panorama normativo e social anterior ao imposto pela Lei nº 13.467, como descuidam do caráter coletivo socializante exigido pela Constituição à matéria.

Pelos mesmos motivos, as decisões do STF impondo a necessidade de prévia concordância individual de cada empregado para qualquer fonte de custeio sindical recebem nossa crítica³¹.

Por fim, deve-se ter em mente a hipossuficiência do empregado perante o poder patronal. Tal vulnerabilidade reforça a necessidade da coletivização das decisões sobre o custeio sindical. Isso, porque a apreensão individualista do tema dá margem a condutas antissindicais patronais, em violação aos arts. 8º, *caput*, da CRFB/88 e 1º da Convenção nº 98 da OIT. É para o que se atenta a parte III do aludido Enunciado nº 38 do da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra³².

As proposições ora defendidas não violam a liberdade sindical individual; porque, de um lado, a autorização coletiva expressa em assembleia geral nutre-se da liberdade sindical individual de participação, enquanto de outro, enriquece-a da capacidade de autorregulação das condições sociais de trabalho e de vida da categoria. Liberdade sindical individual e coletiva complementam-se.

Mesmo quando circunstancialmente contrastantes, reconhecemos haver possibilidades de exercício legítimo da liberdade individual sindical. Notada-

30 “Fosse possível ao Judiciário, sob o argumento de proteger o interesse individual do trabalhador, negar vigência aos termos de uma cláusula coletiva aprovada em assembleia, lhe seria permitido (em verdade, estaria obrigado) a agir do mesmo modo com relação a outras normas coletivas que fixam obrigações para os trabalhadores ou que reduzem o potencial econômico de seus direitos. Dito de forma mais clara, tais normas só seriam aplicadas com a concordância individual expressa do trabalhador.” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A liberdade dos sindicatos de fixarem suas fontes de custeio*. 2020. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-liberdade-dos-sindicatos-de-fixarem-suas-fontes-de-custeio>. Acesso em: 2 jul. 2020)

31 Rcl. 34.889 AgR, Relª Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 22.05.2020, processo eletrônico, *DJe-130*, divulg. 26.05.2020, public. 27.05.2020; Rcl. 36.933, Rel. Ricardo Lewandowski, *DJe-81*, divulg. 01.04.2020.

32 “III – O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o *caput* do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da Convenção nº 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.”

mente por meio da fiscalização de todo e qualquer integrante da categoria sobre seus representantes.

Assim, garante-se oposição individual às contribuições sindicais sob a alegação de que não estariam sendo aplicadas em alguma das funções constantes do art. 592 ou previstas nos moldes do § 1º do referido artigo ou do art. 593, todos da CLT, ou igualmente sob a alegação de que os serviços financiados por elas têm sido negados injustamente a algum dos integrantes da categoria.

Não será necessário que as assembleias gerais prevejam tal direito de oposição individual, tendo em vista as previsões específicas sobre aprovação das contas sindicais (arts. 524, 548 e 549 da CLT), sem prejuízo do questionamento via Poder Judicial na hipótese de resistência do ente sindical (arts. 5º, XXXV, e 114, III, da CRFB/88).

Assim, a oposição de um indivíduo, ou mesmo de uma minoria, no seio da categoria é legítima apenas se fundamentada. E não implica, por si só, um direito à não contribuição pelo opositor, que até decisão em contrário, continua vinculado pelas normas democraticamente elaboradas pela categoria (arts. 5º, II, da CRFB/88 e 3º da LINDB).

4 – Conclusão

A Constituição conferiu à classe trabalhadora e às suas organizações sindicais relevante papel social em nossa Democracia. Em razão disso, igualmente importantes as contribuições sindical e negocial financiadoras das funções sindicais.

A Lei nº 13.467/2017, ao exigir autorização prévia e expressa para que se exija a contribuição sindical, refere-se sempre à pluralidade de trabalhadores. Deixa para que toda a teleologia e a sistemática constitucional socializante adentre o regime da contribuição sindical para fazer desta uma decisão coletiva da assembleia geral da categoria. A mesma dinâmica ocorre com a contribuição negocial. Tudo isso se justifica pelo fato de toda a categoria ser beneficiada pelas funções sindicais que tais contribuições financiam, o Diálogo Social Democrático e as prestações assistenciais.

Tamanha importância conferida às organizações sindicais e às decisões assembleares não exclui por completo a possibilidade de oposição individual pelos integrantes da categoria às contribuições previstas. Todavia, tais oposições individuais devem ser sempre fundamentadas perante as entidades sindicais e as assembleias gerais que eventualmente as decidam ou perante o Judiciário.

5 – Referências bibliográficas

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.
- BATISTA, Flávio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.787*. Comissão Especial. Relator Deputado Rogério Marinho. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 1º jul. 2020.
- BRASIL. *Nota técnica nº 1, de 27 de abril de 2018*. Brasília: 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-conalis/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. *Nota técnica nº 2, de 23 de outubro de 2018*. Brasília: 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/outros/nota-tecnica-conalis-1/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. *Nota técnica nº 3, de 14 de maio de 2019*. Brasília: 2019. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-03/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.794. Rel. Edson Fachin, Rel. p/ o Acórdão Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 29.06.2018, processo eletrônico, *DJe-083*, divulg. 22.04.2019, public. 23.04.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.018.459. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23.02.2017, processo eletrônico, repercussão geral – mérito, *DJe-046*, divulg. 09.03.2017, public. 10.03.2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 34.889 AgR, Relª Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 22.05.2020, processo eletrônico, *DJe-130*, divulg. 26.05.2020, public. 27.05.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 36.933, Rel. Ricardo Lewandowski, *DJe n. 81*, divulg. 01.04.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 180.745, Rel. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 24.03.98, *DJ* 08.05.98, pp-00014, ement. vol-01909-04, p. 712.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-1115-30.2011.5.02.0086, 7ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, *DEJT* 01.04.2016.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-11357-67.2018.5.18.0018, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 13.09.2019.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. O que é direito social?. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 1.

DOCTRINA

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- FERRARI, Hamilton. Imposto sindical cai 96% em 2 anos, de R\$ 3,64 bilhões para R\$ 128,3 milhões. *Poder 360*, 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/imposto-sindical-cai-96-em-2-anos-de-r-364-bilhoes-para-r-128-milhoes>. Acesso em: 1º jul. 2020.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: KREIN, José Dari *et al.* (Org.). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidades*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.
- FIPE. *Salariômetro: balanço 2019*. São Paulo, 2020. Disponível em: http://salariometro.fipe.org.br/assets/boletins/pdfs/boletim_2020_01.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- FRIOT, Bernard. *Émanciper le travail*. Paris: La Dispute, 2014.
- GALVÃO, Andréia. Reforma trabalhista: efeitos e perspectivas para os sindicatos. In: KREIN, José Dari *et al.* (Org.). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidades*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.
- GARCIA, Diego. Brasil perde 1,5 milhão de sindicalizados após reforma trabalhista. *Folha de São Paulo*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/brasil-perde-15-milhao-de-sindicalizados-apos-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. t. 1. v. 1.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OIT. *Liberdade sindical: recopilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT – Organização Internacional do Trabalho*. Brasília: OIT, 1997.
- PASUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PINHO, Márcio. Contribuição sindical cai 95% dois anos após reforma trabalhista. *R7*, 2019. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/contribuicao-sindical-cai-95-dois-anos-apos-reforma-trabalhista-24072019>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A liberdade dos sindicatos de fixarem suas fontes de custeio*. 2020. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaiormaior.com/blog/a-liberdade-dos-sindicatos-de-fixarem-suas-fontes-de-custeio>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso do direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. v. 1.
- SOUZANETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. 2. ed. Paris: PUF, 2011.

Recebido em: 18/08/2020

Aprovado em: 31/08/2020

**Parte 3 – Temas de Meio
Ambiente do Trabalho**

AS PRECARIZAÇÕES IMPOSTAS AO MEIO AMBIENTE JUSLABORAL DA MULHER COMO HERANÇA DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: NECESSÁRIA RELEITURA EPISTEMOLÓGICA POR MEIO DA DECOLONIALIDADE

THE DEREGULATION IMPOSED TO WOMEN AT THE WORK ENVIRONMENT AS A HERITAGE OF THE LABOR GENDER DIVISION: THE NEED OF AN EPISTEMOLOGICAL ANALYSIS THROUGH DECOLONIALITY

Ariete Pontes de Oliveira*
Italo Moreira Reis**

“(…) A crise é por natureza excepcional e passageira e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas.

(…) A ideia conservadora de que não há alternativa ao modo de vida imposto pelo hipercapitalismo em que vivemos cai por terra.” (Boaventura de Souza Santos)

RESUMO: A presente pesquisa tem por objeto a denúncia das precarizações do trabalho impostas às mulheres no mercado de trabalho, entendendo-as como heranças havidas do projeto societal do Estado moderno colonial, que foi capaz de universalizar padrões do poder, do saber, do ser e do gênero. É preciso lutar pelo reconhecimento das diferenças inerentes à condição humana, para que haja acesso igualitário aos direitos sociais, dentre eles, os direitos juslaborais entre homens e mulheres para então se afirmar a tutela à pessoa humana afirmada pelo Estado Democrático de Direito. A presente pesquisa se caracteriza metodologicamente pela análise da revisão bibliográfica. Ao final, defende-se para enfrentamento das violências vivenciadas pelas mulheres no mercado de trabalho a epistemologia da decolonialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Mercado de Trabalho. Herança Colonial. Enfrentamento pela Decolonialidade.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the deregulation of the labor market imposed to female workers, considering that deregulation as a heritage resulting from a project of society developed by the colonial modern state, that has been able to disseminate standards of power, of knowledge, of being, and of gender. The study shows the need to fight for the recognition of differences inherent to the human

* Doutora e mestre em Direito Privado pela PUC Minas; professora do ensino superior; advogada.

** Doutorando e mestre em Direito Privado pela PUC Minas; professor do ensino superior; advogado.

condition, in order to promote, both to men and women, equal access to social rights, including the labor rights, to, thereafter, assert the legal protection to the human person recommended by the Democratic State ruled by law. The methodological approach of the research consists in a narrative review of the existing literature on the topic. As a result, the epistemology of decoloniality is proposed as a means to face the violence experienced by women in the labor market.

KEYWORDS: *Gender. Labor Market. Colonial Heritage. Coping Through Decoloniality.*

1 – Introdução

O meio ambiente juslaboral da mulher no Estado Democrático de Direito brasileiro tem sido caracterizado pelo tratamento em desigualdade num claro conflito com a norma jurídica que prevê o tratamento igualitário a todas as pessoas no meio ambiente juslaboral. Cabe-nos, enquanto intérpretes, identificar os conflitos existentes, bem como proceder às denúncias dessas violências vivenciadas em razão do gênero, entendido como construído social de diferenciações entre pessoas pelo determinismo biológico, imposto pelo sistema colonial-moderno, de forma a hierarquizar as relações sociais.

A hipótese que se espera identificar nessa pesquisa é que a divisão sexual do trabalho, como expressão de poder, de origem colonialista-moderna ainda persiste em expressões plurais em desfavor do gênero, o que exige do intérprete a defesa de nova metodologia epistêmica do saber, do ser, do poder e do gênero: a epistemologia da decolonialidade.

Para tanto, a presente pesquisa propõe interpretar as vulnerabilidades impostas ao gênero, em especial à mulher, no mercado de trabalho e sua correlação com a divisão sexual do trabalho, numa herança da epistemologia colonial, e propor a epistemologia a partir da decolonialidade. Nesse sentido, a presente pesquisa buscará: i) compreender a epistemologia da colonialidade, como projeto hierarquizante e hegemônico do saber, do ser, do poder e do gênero; ii) compreender a correlação entre os binarismos (público e privado, homem-mulher, por exemplo) e a divisão sexual do trabalho como expressão da hierarquização do saber, do ser, do poder e do gênero e fomentador das vulnerabilidades em razão do gênero; e iii) compreender a necessária ressignificação epistemológica a partir da decolonialidade como metodologia de enfrentamento às vulnerabilidades presentes e violadoras da dignidade humana e, portanto, do Estado Democrático de Direito.

A presente proposta de pesquisa caracteriza-se como quali-quantitativa, na expressão da revisão bibliográfica o que se fará de forma inter e transdisciplinar, a partir da epistemologia da decolonialidade.

A presente proposta justifica-se pela denúncia das vulnerabilidades sofridas em razão do gênero como herança da colonialidade moderna e seu necessário rompimento a partir da ressignificação de nova epistemologia científica, com o objetivo de garantir às pessoas o rompimento com exclusões herdadas.

2 – A epistemologia da colonialidade como projeto hierarquizante e hegemônico do saber, do ser, do poder e do gênero

A presente pesquisa tem por objetivo associar o conceito de modernidade e de colonialidade como um projeto do Estado moderno capitalista, que foi capaz de hierarquizar e instituir sua hegemonia nos planos do saber, do ser, do poder e do gênero, o que nos afeta enquanto sociedade até o tempo presente da contemporaneidade num claro desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

A modernidade nessa pesquisa é entendida como o projeto societal capaz de fazer a transição entre o tempo pensado a partir da divindade para o tempo pensado a partir da racionalidade e da autoafirmação do homem, ser racional, mas tudo pensado a partir do centro da racionalidade: a Europa ocidental.

Segundo Enrique Dussel¹, o conceito de modernidade foi construído a partir da perspectiva eurocentrista de progresso, garantindo à Europa o posicionamento de centro da história mundial de progresso, sob o argumento falacioso da racionalidade. Afirma o autor, com fundamentação na filosofia da libertação e na alteridade do excluído, que a modernidade em conceito emancipador racional é mito, sendo que, de fato, o que ocorreu foi a dominação e subjugamento do outro. O encobrimento do outro, sob o nome de modernidade, justificava as inúmeras violências praticadas na periferia (colônias) e, portanto, na verdade, o que se apresenta é a irracionalidade.

Sob o discurso emancipador da modernidade e do progresso, justificava-se a violência racional de encobrimento do mito irracional do outro; assim, há a necessidade de revisão do conceito de modernidade como processo emancipador, fundamentado na razão.

O conceito de modernidade como progresso não existe; o que existe, de fato, é o encobrimento do outro, violência e subjugamento e, portanto, necessária se faz a superação desse conceito como signifiante do progresso e ordem.

A partir do conceito da centralidade da modernidade, do ser moderno europeu e fazendo uso da colonialidade, as opressões se impõem sobre o saber,

1 DUSSEL, Enrique. 1992. O encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”. Petrópolis: Vozes, 1992.

DOCTRINA

o ser, o poder e o gênero. Nesse sentido, “a modernidade organiza o mundo ontologicamente em termos de categorias homogêneas, atômicas e separáveis”² numa clara “lógica opressiva”³, fazendo uso de dicotomias hierarquizantes e lógica categorial, que são centrais para o capitalismo moderno⁴. Nesse sentido, com os avanços do capitalismo exploratório para além das fronteiras da Europa, impôs-se o conceito de povos não civilizados, não modernos e irracionais. Instituiu-se “uma relação hierárquica na qual o não moderno está subordinado ao moderno”⁵, o que se impôs de forma hegemônica.

“Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob sua hegemonia o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura, e, em especial, do conhecimento, da produção do conhecimento”⁶. Houve, de fato, a expropriação dos saberes que se aproveitavam ao capitalismo, associando a técnica da opressão e repressão. Por meio do etnocentrismo, o europeu se afirmou naturalmente superior, enquanto aos povos colonizados se atribuiu o *status* de raças inferiores, anteriores aos europeus⁷. Nesse sentido, “a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus”⁸.

Conforme registrado por Aníbal Quijano, o projeto societal da modernidade levou os europeus ocidentais a se imaginarem como os modernos da humanidade e como os mais avançados seres racionais, entendendo os demais como seres não modernos (binarismo). Mas,

“o notável disso [da modernidade] não é que os europeus se imaginaram e pensaram a si mesmos e ao restante da espécie desse modo – isso não é um privilégio dos europeus –, mas o fato de que foram capazes de difundir e de estabelecer essa perspectiva histórica como hegemônica dentro do novo universo intersubjetivo do padrão mundial do poder.”⁹
(Grifo acrescido)

2 LUGONES, María. Rumo ao feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, set./dez. 2014, p. 935.

3 *Ibidem*, p. 935.

4 *Ibidem*, p. 935.

5 *Ibidem*, p. 943.

6 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set. 2005. p. 110.

7 *Ibidem*, p. 110-111.

8 *Ibidem*, p. 111.

9 *Ibidem*, p. 112.

Quanto à colonização do ser, registrou Aníbal Quijano¹⁰:

“já em sua condição de centro do capitalismo mundial, a Europa não somente tinha o controle do mercado mundial, *mas pôde impor seu domínio colonial sobre todas as regiões e populações do planeta, incorporando-as ao sistema-mundo que assim se constituía*, e a seu padrão específico de poder. *Para tais regiões e populações, isso implicou um processo de reidentificação histórica, pois da Europa foram-lhes atribuídas novas identidades geoculturais.* (...) Na produção dessas novas identidades, a colonialidade do novo padrão de poder foi, sem dúvida, uma das mais ativas determinações.” (Grifo acrescido)

Cabe registrar que o projeto da modernidade distingue-se do capitalismo em sua acepção temporal, contudo, convergem ao longo do tempo. Enquanto a modernidade tem sua emergência nos séculos XVI e XVII, o capitalismo, enquanto relação de produção entre capital e trabalho, emerge em fins do século XVIII e meados do século XIX e, a partir de então, se entrecruzam nos países centrais, irradiando seus efeitos para os países periféricos, como efeitos da globalização¹¹.

A convergência do projeto da modernidade e o capitalismo, no século XIX, assenta-se numa tensão dinâmica entre regulação e emancipação social o que acarretará a crescente transformação das “(...) energias emancipatórias em energias regulatórias (...)”¹² individualistas, hierarquizadas e hegemônicas. Nesse sentido, afirma-se a colonialidade do saber, do ser, do poder e do gênero.

Sobre a colonialidade do poder observa Aníbal Quijano¹³ que sua associação à Europa se dá justamente pela concentração do capital e o capital exige a mudança histórica de dessacralização das Instituições, para que se reconheça o homem como centro das decisões, que o homem tenha liberdade individual em face de determinações sociais fixadas e, portanto, deve-se reconhecer a igualdade de todos os seres humanos, que são livres. “Para os controladores do poder, o controle do capital e do mercado eram e são os que decidem os fins, os meios e os limites do processo”¹⁴.

A modernidade, como construído societal, foi capaz de construir saberes fundados na razão e marcados pelo binarismo do moderno x não moderno, do

10 *Ibidem*, p. 110.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

12 *Ibidem*, p. 15.

13 QUIJANO, *op. cit.*, p. 114.

14 *Ibidem*, p. 115.

pregresso x atraso, do europeu x não europeu, do homem x mulher, etc. Essa forma de produção de conhecimento se reconhece como eurocentrismo e, numa afirmação da modernidade, se tornou mundialmente hegemônica e impositiva sobre os demais povos¹⁵, numa opressão do saber fazer ciência, desconstitutiva dos saberes locais e identitárias de saberes, o que “implicava o despojo de seu lugar na história da produção cultural da humanidade”¹⁶.

E, como consequência, os europeus detentores do poder, caracterizados como homens brancos, cis-heteronormativos e proprietários concluíram que naturalmente eram seres superiores a todos os demais e passaram a ditar códigos universais de condutas, desconsiderando toda a diversidade para além dos binarismos criados. E assim, constrói-se a colonialidade sobre o ser, que pressupõe a implicação concreta do poder sobre o ser, com imposições de práticas pré-determinadas. Desse modo, subjetividades foram afetadas e mesmo desconsideradas, como o é a hipótese da mulher. Tratou-se de desconsiderá-la enquanto sujeito de direito, a fim de instrumentalizá-la à reprodução a servir ao capital. Nesse sentido, conforme apontado por María Lugones¹⁷, “(...) a colonialidade do gênero ainda está conosco; é o que permanece na intersecção do gênero/classe/raça como construtos centrais do sistema de poder capitalista mundial”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos”¹⁸ e capaz de significar poder ao dominador, homem branco cis-heteronormativo. Dessa forma, não é possível falar em colonialidade sem falar do gênero, que é afetado por uma normatividade rígida centrada na reprodução e na domesticidade, o que favorece a reprodução do capitalismo. O binarismo homem x mulher enquanto construído societal favorece a colonialidade e sua opressão. Portanto, “desafazer as formas de saber e poder que esse sistema-mundo nos entregou é fundamental para um pensamento que se pretende expansivo”¹⁹.

Para o projeto societal moderno, tudo aquilo que não fosse centrado nos padrões eurocêtricos era relegado ao não moderno e, portanto, dotado de inferioridade; ou seja, é uma episteme que não reconhece a diversidade e complexidade social, e, assim, a modernidade se constituiu enquanto projeto

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, p. 116.

17 LUGONES, *op. cit.*, p. 939.

18 GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 65-82, jan./abr. 2018, p. 67.

19 *Ibidem*, p. 72.

excludente e desigual. Mas que contraditoriamente foi legitimado e universalizado, de modo a associar a superioridade do poder (moderno x não moderno e bárbaro), a superioridade do ser (europeu, homem branco cis-heteronormativo e proprietário x não humanos), do saber (eurocêntrico, racional x saber tradicional) e do gênero (homem x mulher). Toda essa exclusão foi naturalmente imposta. O construído societal da modernidade pode ser resumido como o projeto que ocultou, subjugou, subordinou e negou o outro, que não homem branco europeu, cis-heteronormativo e proprietário. É nesse contexto, como afirmado anteriormente, que a mulher é ocultada, subjugada, subordinada e negada.

É nesse sentido que se demonstra a importância de questionar as narrativas modernas tomadas como formas normais e naturais e, portanto, capazes de questionar o lugar da mulher no mercado de trabalho, que, ainda, se mostra não igual, explorada, subjugada, enfim, violentada. Assim, pode-se afirmar que o projeto societal da modernidade se encontra em crise frente às promessas dos Estados Democráticos, como o nosso, que reconhece a igualdade entre as pessoas, afirmando a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Como afirmado por Santiago Castro-Gómez, trata-se de “crise de um dispositivo de poder que construía o ‘outro’ mediante uma lógica binária que reprimia as diferenças”²⁰.

Cabe-nos, ainda, fazer das ciências sociais instrumento questionador da epistemologia da colonialidade, que foi capaz de subjugar, explorar e oprimir o outro, numa concepção naturalizada das inferioridades, vez que o construído social foi da superioridade do homem branco europeu, cis-heteronormativo e proprietário. Como afirmado por Santiago Castro-Gómez²¹, “as ciências sociais se transformaram numa peça fundamental para este projeto de organização e controle da vida humana”.

É nesse sentido que se legitima o tratamento inferiorizado de alguns sujeitos, impedindo-os de acessar, em igualdade e liberdade, os direitos fundamentais; ou seja, grupos sociais são excluídos da cidadania. Para Leonor Suárez Llanos²², “as mulheres representam o exemplo mais robusto de experiência de vulnerabilidade”, por representarem vários fatores de discriminação.

20 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set. 2005. p. 80.

21 *Ibidem*, p. 81.

22 LLANOS, Leonor Suárez. Caracterización de las personas y grupos vulnerables. (58 p.) Disponível em: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccion3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019. p. 22.

3 – A correlação entre os binarismos da colonialidade e a divisão sexual do trabalho como expressão da hierarquização do saber, do ser, do poder e do gênero e fomentadores das vulnerabilidades em razão do gênero

O Estado Democrático de Direito, por meio do texto constitucional, assegura como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho – art. 1º, III e IV, da Constituição da República de 1988 (CR/88), vedando tratamento desigual em razão da raça, do sexo, da idade, enfim, em razão das características estéticas que diferenciam as pessoas. A normativa constitucional, a fim de tutelar a pessoa, elevou a tutela do valor trabalho ao centro da ordem jurídica democrática, o que se depreende por meio da interpretação dos arts. 1º, III e IV, 5º, XXII e XXIII, 184, 170, 3º, 4º, II, 5º, § 1º, 6º e 7º a 11.

Contudo, apesar do compromisso normativo em reconhecer a igualdade de todos os brasileiros e a tutela de centralidade do valor trabalho enquanto tutela da pessoa humana, de fato, no plano do gênero, o que se percebe é que as mulheres²³ ocupam condições de vulnerabilidades dentro de sociedade brasileira. “A vulnerabilidade jurídica relevante é gerada pela impossibilidade ou dificuldade constante e injustificada que determinados sujeitos e grupos sofrem para efetivar em igualdade bens, direitos e liberdades²⁴”; ou seja, pode-se afirmar que a colonialidade binarista ainda é persistente em nossa sociedade e, em especial, sobre o gênero.

Em pesquisa (PNAD-C, 4º trimestre 2017) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁵, divulgada no Dia Internacional da Mulher – 8 de março – daquele ano, as expressões das vulnerabilidades em desfavor das mulheres no plano juslaboral podem ser expressas em alguns apontamentos. Veja-se: i) a escolaridade no plano do ensino superior é maior em relação às mulheres, 24,3%, em relação às trabalhadoras, 40,2%, e em relação aos trabalhadores, 14,6%, que concluíram o ensino superior. Contudo, as mulheres recebem rendimentos 24,4% menores que os dos homens; ii) a

23 No plano juslaboral, as vulnerabilidades em razão do gênero se expressam em pluralidade, como, por exemplo, i) a percepção, por parte das mulheres, de salários menores do que dos homens; ii) a não ocupação das mulheres trans; iii) a ocupação de postos precarizantes, como, por exemplo, *telemarketing*; iv) as ocupações dos trabalhos domésticos e não remunerados destinados às mulheres, dentre outras. A presente proposta, por recorte teórico, cuidará das vulnerabilidades impostas às mulheres no mercado de trabalho brasileiro.

24 LLANOS, *op. cit.*, p. 66.

25 BRASIL. IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>. Acesso em: 10 nov. 2018a.

pesquisa demonstrou que 6% dos homens trabalhadores eram empregadores e apenas 3,3% das mulheres ocupadas se apresentam enquanto empregadoras; iii) as mulheres na posição de trabalhadores auxiliares, caracterizadas pelo não recebimento de salário, representam 3,6% e os homens apenas 1,5%; iv) a pesquisa PNAD Contínua demonstra que algumas atividades, culturalmente associadas aos cuidados, construídas socialmente como das mulheres, continuam por elas ocupadas e com baixos salários. O mais expressivo exemplo é a ocupação das empregadas domésticas, em que 92,2% da ocupação são das mulheres. As mulheres ainda ocupam, em maioria, cargos no magistério, enfermagem e assistência social; v) em relação ao trabalho com cuidado de pessoas ou afazeres domésticos – trabalho não remunerado, as mulheres dedicam 73% (18 horas) mais tempo do que os homens (10,5 horas), o que demonstra, mais uma vez, a violência da divisão sexual do trabalho; vi) a expressão da divisão sexual do trabalho leva as mulheres a se ocuparem parcialmente, como forma de conciliar o trabalho e os afazeres domésticos, “o percentual de mulheres que trabalhavam 39 horas ou menos por semana (34,6%) era muito superior ao dos homens nessa condição (19,1%), no último trimestre de 2017”²⁶. Segundo a pesquisa, a parcialidade do trabalho da mulher é muito visível na ocupação dos cargos de magistério e *telemarketing*. “Com isso, as mulheres eram cerca de 54% dos 6,46 milhões de trabalhadores subocupados (pessoas que trabalham menos de 40 horas semanais, mas gostariam de trabalhar mais)”²⁷.

Segundo o IBGE²⁸, as mulheres negras²⁹ são afetadas pela desigualdade no que diz respeito à escolaridade, veja: “23,5% das mulheres brancas têm ensino superior completo, um percentual 2,3 vezes maior que o de mulheres pretas ou pardas (10,4%) que concluíram esse nível de ensino”. Nessa hipótese, apresenta-se a dupla violência: gênero e raça. Trata-se de vulnerabilidades que interseccionam raça e gênero. Nesse ambiente de desigualdade, “o gênero não se configura de maneira independentemente em relação à raça e à classe social

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 BRASIL. IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 10 nov. 2018b.

29 “O fato é que já desde o começo da América, os futuros europeus associaram o trabalho não pago ou não assalariado com as raças dominadas, porque eram raças inferiores. (...) o trabalho escravo, foi restrita, exclusivamente, à população trazida da futura África e chamada de negra. A classificação racial da população e a velha associação das novas identidades raciais dos colonizados com as formas de controle não pago, não assalariado, do trabalho, desenvolveu entre os europeus ou brancos a específica percepção de que o trabalho pago era privilégio dos brancos.” (QUIJANO, *op. cit.*, p. 109-110)

nem é acessório relativamente a essas variáveis³⁰. Nesse sentido, identificou o IBGE³¹ que mulheres pretas ou pardas são as que mais se dedicam aos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, com 18,6 horas trabalhadas por semana.

São expressões plurais de desigualdades, porque expressam vulnerabilidades ainda impostas ao gênero no Brasil, de modo a colocar a mulher em situação de desequilíbrio em uma relação jurídica frente ao gênero masculino. As mulheres enfrentam dificuldades em acessar seus direitos, fato que se deve à herança colonialista, que impôs o conceito do poder ao homem branco, hétero e proprietário.

Todas essas vivências de desigualdades são expressões da herança da colonialidade, que hierarquizou o saber, o ser, o poder e o gênero. A epistemologia colonial moderna foi capaz “de submeter [de forma hegemônica] a vida inteira ao controle absoluto do homem sob a direção segura do conhecimento”³². Nesse sentido, há de se reconhecer “não ser possível falar em gênero sem pensar a colonialidade, nem falar de colonialidade sem incluir gênero”³³. As normas em relação ao gênero caracterizaram-se de forma rígida, centradas na reprodução e domesticidade.

As políticas reguladoras do Estado moderno colonial estavam ideologicamente marcadas pelos atores presentes no poder: homens cis-heteronormativos, brancos e proprietários, que foram capazes de normatizar de forma abstrata as identidades homogêneas em grandes narrativas. Nesse sentido, observam Daniela Muradas e Flávia Máximo Pereira³⁴: “(...) o eurocentrismo trata de sujeito epistêmico que não tem sexualidade, gênero, etnia, raça, classe, espiritualidade, língua, nem localização epistêmica em nenhuma relação de poder (...)”. Assim, se expressa a epistemologia de neutralidade axiológica que impõe a negação do reconhecimento do outro e de sua diferença, diverso daquele que estava no poder (homem-cis, branco, proprietário, hétero), enfim, o projeto societal moderno colonial caracteriza-se epistemologicamente na forma totalitária. Desse modo, pode-se afirmar que as subjetividades construídas pelo discurso moderno reconheceram enquanto sujeitos de direito o homem-cis, branco, proprietário e hétero.

30 BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 22.

31 BRASIL. IBGE, *op. cit.*, 2018b.

32 CASTRO-GÓMEZ, *op. cit.*, p. 80.

33 GOMES, *op. cit.*, p. 70.

34 MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro. *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2.125.

As grandes narrativas foram instrumentalizadas em favor do desenvolvimento do capitalismo e justificadoras das violências havidas pela colonização do outro e, dentre as técnicas utilizadas, adotou-se, como já afirmado, o sistema binário de distinções, como a distinção entre público x privado, homem x mulher. Trata-se dos binarismos estéreis que determinam, abstratamente, lugares fixos e naturalizados, impondo-se a epistemologia da neutralidade axiológica. O projeto da modernidade colonial tratou “(...) de um sujeito epistêmico que não tem sexualidade, gênero, etnia, raça, classe, espiritualidade, língua, nem localização epistêmica em nenhuma relação de poder”³⁵.

A modernidade colonial determinou ao outro, não europeu, a condição de ser inferior, não humano, naquilo que María Lugones³⁶ afirmou a desumanização dos colonizados.

Analisar o gênero na perspectiva da epistemologia colonial impõe o reconhecimento que “a colonialidade é e continua a ser presente”³⁷, isso quer dizer que “(...) raça (e classe) e gênero (re)produzem-se reciprocamente nessa construção moderna binária”³⁸, ou seja, interseccionam.

Nesse sentido, estudar gênero pressupõe reconhecer “(...) um conceito, uma categoria de análise, submetido, portanto, à reconstrução, discussão, problematização”³⁹.

Pensar a ciência enquanto prática socializável e humana, capaz de promover a emancipação das pessoas, passa pela discussão do gênero, e dentre suas vulnerabilidades, importa discutir a divisão sexual do trabalho e sua correlação com as desigualdades ainda impostas às mulheres no mercado de trabalho. Nesse sentido, importa discutir a relação havida entre o capitalismo e a segregação da mulher no espaço doméstico, como política patriarcal, destinando-as a reprodução e ao trabalho produtivo e não remunerado. Por patriarcado entende-se o sistema político que consiste numa estruturação de exploração do trabalho das mulheres pelos homens. “Seu núcleo, nessa perspectiva, é a divisão sexual do trabalho, em que se configurariam dois grupos (ou classes): as mulheres, que têm força de trabalho apropriada, e os homens, que se beneficiam coletivamente desse sistema”⁴⁰. A divisão sexual do trabalho expressa, dentre outros,

35 *Ibidem*, p. 2.125.

36 LUGONES, *op. cit.*

37 GOMES, *op. cit.*, p. 69.

38 *Ibidem*, p. 71.

39 *Ibidem*, p. 68.

40 BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 28.

a categoria de dominação do poder em subjugar pessoas em razão do gênero em prol do projeto societal da modernidade.

Portanto, discutir e problematizar as relações de gênero no que toca ao trabalho da mulher importa ressignificar as ciências a partir da i) denúncia da expressão do poder do homem branco, cis-heteronormativo sobre os demais sujeitos, em especial à mulher, numa epistemologia construída a partir da colonialidade e ii) propositiva da epistemologia decolonial, para que haja libertação das opressões naturalizadas da vida e das relações sociais⁴¹.

4 – A necessária ressignificação epistemológica a partir da decolonialidade⁴² como metodologia de enfrentamento das vulnerabilidades presentes e violadores à dignidade humana

Como já afirmado, o projeto societal da modernidade veio associado à concepção do Estado moderno capitalista e colonialista, que impôs a padronização do poder, do saber, do ser e do gênero, numa episteme de imposição universal. A padronização universal de códigos foi capaz de encobrir e ocultar as diferenças, naturalizando tratamentos diferenciados àqueles sujeitos que não se encontravam dentro do padrão de homem-cis, branco, europeu, heteronormativo e proprietário. Nesse sentido, afirma-se que a diversidade não foi reconhecida, uma vez que as Instituições negaram participação social em igual reconhecimento a todos os sujeitos. Para Clarice Seixas Duarte⁴³, o não reconhecimento ocorre justamente quando “(...) determinadas práticas, normas ou instituições negam a determinados grupos a oportunidade de participar como iguais em relação aos demais nos mecanismos de interação social existente”.

Assim, há que reconhecer que a *práxis* adotada pelo projeto societal do Estado moderno foi de exclusão da diversidade, dada a sua diferença para com o padrão imposto. Portanto, temos que afirmar que a regulação social da modernidade capitalista gerou a desigualdade e a exclusão, o que foi imposto como natural e se tornou hegemônico. Nesse contexto, tratar a mulher como

41 LISBÔA, Natália de Souza. Decolonizar é preciso. In: CABRAL, Alex Ian Psarski; CABRAL, Cristiane Helena Lima de Paulo; RIBEIRO, Mayra Thais Andrade (Org.). *Direito internacional público e privado em faces contemporâneas*. Pará de Minas: VirtualBooks, 2018.

42 Ao adotar o termo decolonialidade os autores reconhecem que a compreensão do mundo ainda é marcada pelo projeto societal da modernidade colônia; ou seja, há ainda heranças em nossa sociedade da colonialidade, como o é tema gênero; isto é, compreende-se que a sociedade ainda é marcada pela continuidade das formas coloniais de dominação.

43 DUARTE, Clarice Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção às minorias. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 42.

sujeito diferente, como o não reconhecimento de sua igualdade, passou por um conceito de naturalização, o que nos remonta reflexos culturais de tratamento desigual até a contemporaneidade.

O tempo presente da contemporaneidade exige o reconhecimento da diversidade da pessoa humana em todo seu contexto de pluralidade, o que pressupõe o questionar as heranças coloniais e propor práticas que possam modificar padrões herdados.

Nesse sentido, defende-se a epistemologia da decolonialidade, reconhecendo os padrões herdados, mas com propositivas de *práxis* transgressoras e capazes de resistir a esse hábito epistemológico. “Descolonizar o gênero é necessariamente uma *práxis*. É decretar uma crítica da opressão de gênero racializada, colonial e capitalista heterossexualizada visando uma transformação vivida do social”⁴⁴.

Nesse sentido, defende María Lugones⁴⁵ que é preciso compreender os sujeitos em sua diversidade, enfatizando subjetividades ativas que resistem à colonialidade do gênero nas diferenças coloniais, defendendo que a resistência deve se dar na coletividade em comunidade, ser-sendo em relação ao seu contexto de vivência, de modo a “avançar a lógica da diferença, da multiplicidade e da coalização no ponto da diferença”⁴⁶. Desse modo, a diversidade em sua multiplicidade não será reduzida.

Ou seja, a luta pelo reconhecimento das diferenças de gênero deve ser construída por mulheres em sua vivência de opressões, aqui, nos ambientes de trabalho que segregam e violentam.

Desse modo, reconhecemos que não é possível falar das vulnerabilidades vivenciadas pelas mulheres no mercado de trabalho sem discutir a herança binarista da modernidade colonial, para, então, pensarmos em práticas que virão das próprias mulheres para questionar o tratamento de vulnerabilidade. Assim, “desfazer as formas de saber e poder que esse sistema-mundo nos entregou é fundamental para um pensamento que se pretende expansivo”⁴⁷.

Portanto, necessário se faz a propositiva da decolonialidade para libertar a sociedade e as pessoas das opressões naturalizadas da vida e das relações sociais⁴⁸.

44 LUGONES, *op. cit.*, p. 940.

45 *Ibidem*, p. 948-950.

46 *Ibidem*, p. 949.

47 GOMES, *op. cit.*, p. 72.

48 LISBÔA, *op. cit.*

4.1 – O tratamento dispensado às empregadas domésticas como clássico exemplo da ainda presente colonialidade do poder: o exemplo da empregada doméstica vítima da Covid-19 no Rio de Janeiro

O tempo presente da pandemia provocada pela Covid-19 tem servido para mostrar à sociedade como as relações trabalhistas são desiguais. Uma das atividades juslaborais que expressam as desigualdades de forma muito evidente é a relação doméstica, caracterizada por empregar mulheres e negras. Um dos casos de contaminação por Covid-19 no ambiente do trabalho que ganhou notoriedade das mídias foi o caso da empregada doméstica no Rio de Janeiro que, supostamente, teria sido contaminada pela sua empregadora.

Relatam as notícias que a empregada doméstica tinha 63 anos, tendo trabalhado para a empregadora por mais de 10 anos, tendo sido contaminada por ela, vez que retornou adoecida de viagem realizada à Itália, país que vivenciava o auge da crise sanitária causada pela Covid-19. No caso em específico, relatam as notícias que a empregada apresentava concausas ao adoecimento, como a obesidade, diabetes, hipertensão e infecção urinária. Segundo Oliveira (2017), os acidentes do trabalho por concausa ocorrem quando o acidente é resultado de multiplicidade de causalidade, e, dentre elas, uma ligada ao trabalho. No caso específico, há uma causa que é ligada ao trabalho, ou seja, a contaminação por Covid-19 e que decorreu de suas atividades laborais⁴⁹.

O caso expressa nitidamente a naturalização do poder sobre a classe doméstica, expressa no subjugamento da empregadora a sua empregada doméstica instrumentalizada a trabalhar independentemente do respeito a sua saúde e segurança.

Nesse sentido, a colonialidade traduz narrativas instrumentalizadas em favor do desenvolvimento do capitalismo e justificadores das violências havidas pela colonização do outro, o que se verifica na relação doméstica, que, por muitos e muitos anos, ficaram desamparadas e ainda persistem em serem tratadas de forma não igualitária para os demais trabalhadores.

5 – Notas conclusivas

A presente pesquisa tratou de denunciar as vulnerabilidades vivenciadas pela mulher no mercado de trabalho partindo do enfrentamento aos padrões herdados pelo projeto societal do Estado moderno colonial, que em sua epistemologia foi capaz de instituir padrões universais e hegemônicos do poder, do

49 Segundo relatos trazidos nas notícias.

saber, do ser e do gênero. Ao universalizar padrões hegemônicos, estabeleceu metodologicamente padrões binaristas entre o que seja moderno x não moderno, progresso x arcaico e o binarismo de gênero entre homem x mulher, segregando as mulheres aos espaços privados da reprodução e da domesticidade. Os padrões universais se materializam em códigos normativos violentos de não reconhecimento da diversidade, excluindo sujeitos que não se encontraram dentro dos estereótipos do homem-cis, branco, heteronormativo e proprietário.

Essa herança ainda nos é imposta, fato que é comprovado pelas vulnerabilidades vivenciadas pelos diversos grupos de pessoas vulneráveis. Dentre eles, as mulheres no mercado de trabalho que não acessam a tutela juslaboral em igualdade para com os homens.

Portanto, enquanto intérpretes do Direito nos cabe denunciar as violências vivenciadas em razão da epistemologia da padronização e propor a sua desconstituição por meio das lutas pelo reconhecimento que devem vir dos próprios sujeitos violentados.

6 – Referências bibliográficas

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>. Acesso em: 10 nov. 2018a.

BRASIL. IBGE. *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 10 nov. 2018b.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set. 2005.

DUARTE, Clarice Seixas. Fundamentos filosóficos da proteção às minorias. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. Saraiva: São Paulo, 2013.

DUSSEL, Enrique. *1492. O encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1992.

GOMES, Camilla de Magalhães. Gênero como categoria de análise decolonial. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, jan./abr. 2018.

DOCTRINA

LINERA, Miguel Ángel Presno. *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Disponível em: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccion3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

LISBÔA, Natália de Souza. Decolonizar é preciso. In: CABRAL, Alex Ian Psarski; CABRAL, Cristiane Helena Lima de Paulo; RIBEIRO, Mayra Thais Andrade (Org.). *Direito internacional público e privado em faces contemporâneas*. Pará de Minas: VirtualBooks, 2018.

LLANOS, Leonor Suárez. Caracterización de las personas y grupos vulnerables. (58 p.) Disponível em: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccion3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

LUGONES, María. Rumo ao feminismo descolonial. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, set./dez. 2014.

MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro. *Revista Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de. *Responsabilidade objetiva do empregador por acidente do trabalho*. Tese Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

Recebido em: 06/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

CONTROLE INTERNACIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO CASO “FAZENDA BRASIL VERDE”: ENALTECER O CONCEITO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO COMO FORMA DE COMBATER O RACISMO ESTRUTURAL

INTERNATIONAL CONVENTIONALITY CONTROL IN THE “FAZENDA BRASIL VERDE” CASE: ENHANCING THE CONCEPT OF MODERN SLAVERY AS A WAY TO STRUGGLE SYSTEMIC RACISM

Priscila Freire da Silva Cezario*

RESUMO: Depois do assassinato de George Floyd, cidadão negro estadunidense, pela polícia local, em maio de 2020, o mundo inteiro viu-se premido pela necessidade de rediscutir o racismo estrutural, inclusive o Brasil, onde lamentavelmente é normalizada a exclusão rotineira de tantas vidas negras. O racismo estrutural no país é manifestado em práticas como o trabalho escravo contemporâneo, constatação corroborada pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos contrária ao país no Caso Fazenda Brasil Verde. A partir da referida sentença, são discutidos neste artigo o conceito de trabalho escravo contemporâneo em perspectiva nacional e internacional, bem ainda a doutrina do controle de convencionalidade e o consequente diálogo de cortes.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Escravo Contemporâneo. Racismo Estrutural. Controle de Convencionalidade. Diálogo de Cortes.

ABSTRACT: After the murder of George Floyd, a black American citizen, by the local police in May 2020, the whole world was pressed by the need to re-discuss systemic racism, including Brazil, where the routine exclusion of so many black lives was regrettably normalized. Systemic racism in the country is manifested in practices such as modern slavery, a finding corroborated by the ruling issued by the Inter-American Court of Human Rights against the Brazilian State in the “Fazenda Brasil Verde” Case. Given the referred ruling as a starting point, the article discuss the concept of modern slavery from a national and international standpoint, as well as the doctrine of conventionality control and the consequent judicial dialogue.

KEYWORDS: Modern Slavery. Systemic Racism. Conventionality Control. Judicial Dialogue.

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

1 – Introdução

O termo escravidão costuma remeter ao trabalho escravo tradicional, caracterizado pelo exercício de um suposto direito de propriedade de senhores de engenhos sobre pessoas negras, obrigadas a trabalhar sob a pressão de castigos físicos e mentais, sem qualquer contraprestação para além dos alimentos necessários para seus corpos operarem como meras engrenagens do sistema produtivo.

O trabalho escravo tradicional foi abolido no Brasil em 1888, sem que se oferecessem aos cativos então libertos qualquer condição material para exercerem a proclamada liberdade. Muito pelo contrário, a abolição da escravatura foi seguida por uma ampla estratégia de branqueamento da população brasileira, marcada pela convocação de imigrantes europeus para ocupar o espaço da mão de obra negra liberta, mas sob a égide da legislação trabalhista emergente. À população negra livre da escravidão, privada de empregos protegidos e de quaisquer medidas reparatórias, restaram as periferias, as comunidades e os rincões do país desprovidos de qualquer olhar da parte do Estado. Esse cenário de exclusão e extrema vulnerabilidade¹ foi a condição ideal para se perpetuarem a escravidão e o racismo estrutural no território nacional.

Evidentemente, com a expansão dos direitos humanos em quantidade e qualidade, o trabalho escravo tradicional perdeu bastante espaço na sociedade, fazendo a escravidão adquirir nova roupagem, na forma das denominadas condições análogas às de escravo ou modalidades contemporâneas de escravidão. Sob a nova roupagem, trabalhadores escravos passaram a ser remunerados pelo trabalho prestado. Porém, a remuneração nunca basta para fazer frente às dívidas acumuladas desde o deslocamento dos trabalhadores de regiões pobres do país até os latifúndios exploradores dessa mão de obra.

A legislação penal pátria por muito tempo coibiu apenas de modo tímido a redução de alguém à condição análoga à de escravo. A ampla abertura do tipo penal dificultava sobremaneira a imputação do crime aos envolvidos com as novas formas de escravidão. Esse quadro foi alterado em 2003, com a alteração do art. 149 do Código Penal, para aprofundar a especificação dos elementos do tipo. Desde então, considera-se alguém submetido à condição análoga à de escravo quando sujeito a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou condições

1 Semelhante fenômeno de exclusão se operou em outros países ao redor do mundo, citando-se como exemplo as ocorrências, em território norte-americano, posteriores à 13ª emenda, didaticamente explorada em documentário de 2016, dirigido por Ava DuVernay, intitulado “A 13ª Emenda”, disponível no Netflix.

degradantes de trabalho, ou mesmo quando privado, por qualquer meio, de sua locomoção, por força de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Com o tempo, a especificação da concepção de trabalho escravo passou a amedrontar cada vez mais aqueles que, a despeito do risco criminal, continuaram a acumular riquezas à custa da exclusão da dignidade alheia possibilitada pela escravidão contemporânea. De fato, a incrementação do tipo penal foi seguida por uma série de estratégias destinadas a penitenciar com ainda mais rigor a utilização da mão de obra escrava no país, destacando-se a lista suja, as restrições a crédito e, talvez a mais impactante delas, a expropriação de terras onde identificado o trabalho escravo.

A lista suja tem o efeito de prejudicar a imagem dos exploradores de trabalho escravo perante os denominados *stakeholders*, notadamente consumidores e, desde 2010, também frente a instituições financeiras provedoras de crédito. No referido ano, o Banco Central brasileiro emitiu a Portaria nº 3.876, por meio da qual proibida a concessão de crédito rural para pessoas físicas e jurídicas inscritas na lista suja.

A expropriação, consagrada em alteração conferida ao art. 243 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014, exclui o direito de propriedade sobre terras rurais e urbanas onde identificada exploração de trabalho escravo e destina esses espaços à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem nenhuma indenização ao proprietário, com confisco de bens de valor econômico identificados nessas propriedades para posterior reversão a fundo especial com destinação específica. O dispositivo, ainda carente de regulamentação, por atingir o direito de propriedade, passou a estimular questionamentos ainda mais contundentes sobre o conceito de trabalho escravo especificado em 2003. Muito se repetiu internamente o argumento utilizado pelo país em sua defesa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que os elementos do conceito contemporâneo de trabalho escravo não passam de irregularidades trabalhistas.

Em 2015, o conceito brasileiro de trabalho escravo foi submetido ao crivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão do ajuizamento, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do denominado Caso Fazenda Brasil Verde. É importante adotar o caso mencionado como ponto de partida para discutir a perpetuação do racismo estrutural no trabalho escravo contemporâneo brasileiro, porque na sentença internacional houve o reconhecimento de que as vítimas da prática, no país, são predominantemente negras, retintas ou de pele mais clara. A primeira seção deste artigo conterà breve descrição do caso em referência.

O Caso Fazenda Brasil Verde é relevante também por conduzir a uma melhor compreensão do controle de convencionalidade realizado pelas cortes internacionais e, conseqüentemente, do papel das cortes internacionais na sedimentação de direitos humanos, tema da segunda parte deste artigo. A segunda parte passará pelo controle de convencionalidade de matriz nacional e pelas suas relações com o controle internacional. Dado que a responsabilização do Brasil decorrente do Caso Fazenda Brasil Verde ocorreu na Corte Interamericana, será enfatizado o controle de convencionalidade realizado pela referida Corte sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos².

Considerando que as relações entre as duas modalidades de controle de convencionalidade acima referidas são manifestadas na doutrina do diálogo de cortes, sopesando também a importância do diálogo de cortes para superar *deficits* democráticos imputados à atuação interpretativa das cortes internacionais, na terceira seção será exibido o diálogo de cortes procedido pela Corte Interamericana no Caso Fazenda Brasil Verde para construir seu próprio conceito de trabalho escravo.

2 – Caso Fazenda Brasil Verde

O Caso Fazenda Brasil Verde iniciou em 1998, quando a Comissão Pastoral da Terra e o Centro pela Justiça e Direito Internacional postularam a responsabilização internacional do Estado brasileiro em decorrência da inefetividade de processos internos visando à apuração de denúncias de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde e conseqüente punição dos responsáveis. A Comissão Pastoral da Terra tentava a responsabilização dos envolvidos desde 1988. Suas investidas restavam sempre infrutíferas, dadas as vistas grossas de autoridades face às irregularidades verificadas.

Trabalhadores de regiões pobres do país eram atraídos para a Fazenda Brasil Verde sob a promessa de melhorarem suas condições de vida. Chegavam à Fazenda devendo o equivalente ao transporte, alimentação e hospedagem realizada durante o trajeto. Na Fazenda, eram alojados em condições degradantes e os únicos produtos de consumo que poderiam adquirir eram os disponibilizados na Fazenda a preços elevadíssimos que só faziam aumentar suas dívidas³. Eram pagos pelo trabalho realizado, mas o valor percebido era insuficiente para saldar as dívidas acumuladas desde o trajeto para a Fazenda. Não poderiam abandonar

2 A Convenção, de 1969, é também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

3 Referida prática, de forçar os trabalhadores a adquirirem produtos de consumo exclusivamente nos armazéns da fazenda onde empregam sua força de trabalho, é conhecido como *truck system*.

o trabalho, pois eram constantemente vigiados e ameaçados de morte, tática utilizada também para os forçar a acordar na calada das madrugadas e trabalhar não menos que doze horas diárias, com parco intervalo para refeição e descanso.

Em 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência contenciosa foi reconhecida pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998, julgou o Caso Fazenda Brasil Verde. Por unanimidade, considerou o Brasil responsável pela violação do artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴. O dispositivo contempla vedação expressa à escravidão, à servidão e ao trabalho forçado ou obrigatório⁵.

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi baseada em audiência com oitiva de testemunhas e peritos indicados pela Comissão, pelos representantes das vítimas e pelo Estado brasileiro. A requerimento dos interessados, foram submetidas à Corte, ademais, declarações escritas de testemunhas e peritos, bem ainda pareceres de *amici curiae*. Foram também colhidas *in loco* declarações de vítimas e de agentes estatais responsáveis pelo combate ao trabalho escravo no país.

Apesar de a Corte Interamericana ter considerado o Estado brasileiro responsável pela violação do artigo 6º da Convenção Americana, a Corte declarou suficientes as ações do Estado para evitar o trabalho escravo no âmbito interno. Foi destacado o reconhecimento explícito pelo Presidente da República, em 1995, acerca da existência de trabalho escravo no país, com assunção de compromissos para combater a prática⁶.

Na sentença internacional em referência foram destacadas também: a promulgação da Lei nº 10.608/02, por meio da qual consagrado o direito de

4 Cf. pontos resolutivos (parágrafo 508 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil), houve divergência apenas no que toca à interpretação de que o dispositivo teria sido violado também dada uma situação de discriminação estrutural histórica atrelada à pobreza. Quanto à interpretação de que os fatos verificados no caso configuram trabalho análogo ao de escravo, a decisão foi unânime.

5 No item 1, prescreve: “Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”. No item 3, exclui determinadas práticas da noção de trabalho forçado ou obrigatório, elencadas no item 2, a seguir reproduzido: “Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso”.

6 No parágrafo 468 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, contido no tópico dedicado a determinar a instituição de políticas públicas como garantia de não repetição, a Corte destacou a existência de obstáculos para combater o trabalho forçado no Brasil, mas, no parágrafo 469, não compeliu o país a desenvolver novas políticas por considerar satisfatórias as medidas implementadas no plano interno desde 1995 com o fim de erradicar o trabalho escravo.

acesso ao seguro-desemprego por trabalhadores resgatados do regime de trabalho forçado ou condição análoga à de escravo; a Lei nº 10.803/03, por meio da qual ampliada a extensão do art. 149 do Código Penal; as Portarias alusivas à lista suja e à restrição de crédito; a estabilização, pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 398.041, da competência da Justiça Federal para apreciar e julgar os delitos contemplados pelo art. 149 do Código Penal; a Lei nº 12.064/09, por meio da qual criado o Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo; a Emenda Constitucional nº 81/2014, alusiva à expropriação e confisco de terras e bens relacionados ao trabalho escravo.

Em que pese o reconhecimento da suficiência das políticas públicas adotadas pelo Brasil para o fim de não repetição, o país foi condenado a indenizar as vítimas⁷ pelos danos extrapatrimoniais⁸ decorrentes da violação do artigo 6º da Convenção Americana, bem como a reabrir os processos criminais⁹ para investigar e punir os envolvidos.

3 – Controle de convencionalidade realizado pelas cortes internacionais

Tendo-se em vista que os termos dos tratados internacionais, em especial dos orientados à proteção de direitos humanos, são marcados por expressões vagas e indeterminadas, os Estados signatários se obrigam a pautar suas ações também na interpretação desses tratados pelos órgãos incumbidos dessa atividade no plano internacional. Tal exercício interpretativo é designado por controle de convencionalidade.

Segundo André de Carvalho Ramos¹⁰, o controle de convencionalidade surgiu da necessidade de se impedir o chamado truque de ilusionista, assim considerada pelo autor a interpretação nacionalista conferida a uma obrigação internacional, na prática, descumprida por um determinado Estado. Em consequência do controle de convencionalidade, assinala o autor, pode ocorrer a responsabilização internacional, ou seja, “uma reação jurídica (...) pela qual o

7 Essa vertente da responsabilização do Estado brasileiro tem por base o fato de que o país tinha conhecimento dos fatos em decorrência de várias visitas realizadas por autoridades locais à Fazenda Brasil Verde desde 1989, descumprindo seu dever de investigar e punir os responsáveis, bem ainda a sua obrigação internacional de erradicar a prática. O parágrafo 326 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, bem explícita o fundamento central da responsabilização internacional do país.

8 Os montantes indenizatórios estão descritos no parágrafo 487 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.

9 A propósito, cf. parágrafo 445 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.

10 O jurista brasileiro André de Carvalho Ramos é Professor-Associado do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo, autor de vasta produção bibliográfica sobre Direitos Humanos.

Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação dos danos causados” (RAMOS, 2005, p. 54).

A responsabilização internacional pode resultar da conduta de quaisquer dos poderes estruturais do Estado. Assim, o Estado pode ser responsabilizado em função de titulares do Poder Executivo descumprirem eles próprios obrigações internacionais ou por se omitirem face ao descumprimento de obrigações internacionais por particulares, em violação ao dever estatal de prevenção ou punição. O Estado pode ser responsabilizado no plano internacional também em razão da atuação do Poder Legislativo, quando orientada à construção de leis contrárias a obrigações internacionais assumidas pelo país, mesmo que tais leis sequer cheguem a ser aplicadas no plano doméstico. O Estado pode ainda ser responsabilizado internacionalmente em decorrência da atuação do Poder Judiciário, quando conivente com violações de direitos humanos, quando os mecanismos internos para reparar agressões a direitos humanos são insuficientes ou quando o Poder Judiciário ele próprio viola obrigações internacionais, como quando retarda a entrega da prestação jurisdicional. Como consequência da responsabilização internacional, o Estado pode ser compelido a reparar os danos decorrentes do ato violador. O Direito Internacional fornece diversos instrumentos para possibilitar a reparação de danos, com destaque para as garantias de não repetição¹¹, naqueles casos em que já inviável o retorno ao *status quo ante* (RAMOS, 2005).

O controle de convencionalidade muito se assemelha ao controle de constitucionalidade amplamente difundido na prática judiciária pátria. Referidas modalidades de controle convivem harmonicamente¹². O controle de convencionalidade, porém, tem por alvo normas provenientes de convenções internacionais. Ao ratificar um tratado internacional, o Estado signatário obriga a si próprio e a todos os poderes internos a respeitar os termos do instrumento, exatamente como ocorre com a Constituição, de observância obrigatória pelos membros dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A interpretação final da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é incumbência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A interpretação

11 Por garantias de não repetição, devem ser compreendidas as “salvaguardas contra a reiteração da conduta violadora de obrigação internacional”. Como exemplo de garantia de não repetição, pode ser citado o dever de investigar, processar e punir (RAMOS, 2005, p. 60).

12 Nesse sentido, se posiciona André de Carvalho Ramos (2011/2012, p. 516). Segundo Carvalho Ramos (2011/2012, p. 521), “a convivência entre as ordens normativas justapostas na defesa de Direitos Humanos” é possibilitada pela teoria do duplo controle. À luz da teoria, a validade das ações estatais é condicionada ao respeito às duas ordens jurídicas, nacional e internacional.

realizada pela Corte Interamericana corresponde ao denominado controle de convencionalidade de matriz internacional, ou controle concentrado, próprio, original ou externo de convencionalidade. Nada impede, porém, os representantes dos poderes constitucionais domésticos de realizarem o controle de convencionalidade no plano interno, ou seja, o controle de convencionalidade de matriz nacional, ou controle difuso, impróprio, derivado ou interno de convencionalidade. O controle de matriz nacional é desejável.

Os representantes dos poderes constitucionais domésticos, porém, apenas podem formular suas próprias interpretações acerca de normas de direito internacional, conforme adverte Sergio García Ramírez¹³ (2011), quando os pronunciamentos da Corte Interamericana sobre o tema sujeito à interpretação forem insuficientes para balizar a atuação do juiz interno. Havendo jurisprudência firme na Corte Interamericana sobre o objeto de interpretação, cabe ao juiz doméstico replicar a interpretação desenvolvida no âmbito da Corte Interamericana, eliminando qualquer possibilidade de colisões.

Para estar em consonância com a Convenção Americana, portanto, não basta os Estados signatários interpretarem o instrumento à sua maneira, praticando o já referido truque de ilusionista. É preciso observar como o órgão incumbido da interpretação da Convenção Americana compreende a norma objeto de interpretação, mesmo porque essa interpretação é construída com base em diálogo horizontal e vertical, ou seja, em diálogo com outras cortes internacionais de direitos humanos¹⁴, numa vertente, e em diálogo com as cortes domésticas sujeitas à Convenção Americana, em outra perspectiva¹⁵.

13 O jurista mexicano Sergio García Ramírez foi juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Foi autor do voto em que pela primeira vez foi abordado o controle de convencionalidade no âmbito interamericano.

14 O diálogo de cortes horizontal é ilustrado em texto do jurista catalão Javier García Roca (2006). O autor refere às reuniões anuais entre a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para discutirem seus respectivos desenvolvimentos jurisprudenciais. Menciona também bases materiais comuns entre as Cortes, inclusive: a interpretação constitucional, calcada em princípios de aparências semelhantes, incluindo a interpretação evolutiva; a aplicação de fontes com parâmetros bastante assemelhados; a fixação de padrões comuns de comportamentos a todos os poderes dos Estados-Partes, públicos e privados; a atuação homogênea da doutrina científica de ambas as jurisdições.

15 Referir a um diálogo vertical pode passar a impressão de hierarquia entre os planos internacional e doméstico. Contudo, não há hierarquia entre as Cortes internacionais e nacionais. Há uma relação de cooperação entre as Cortes. Paola Andrea Acosta Alvarado (2015), professora da Universidad Externado de Colombia, afasta expressamente a concepção hierárquica das relações entre Cortes internacionais e domésticas ao observar que a jurisprudência da Corte Interamericana é construída a partir de influxos das Cortes constitucionais domésticas. Dito de outra forma, a Corte Interamericana não se sobrepõe aos tribunais constitucionais locais porque sua jurisprudência é construída não com base nas visões pessoais dos juizes internacionais, mas, sim, a partir das compreensões sedimentadas em âmbito doméstico, mesmo porque são os juizes nacionais os primeiros a terem contato com conflitos envolvendo os direitos humanos.

A jurisprudência da Corte Interamericana é, assim, caracterizada pela fertilização cruzada concernente à interpretação da Convenção Americana, decorrente justamente do mencionado diálogo de cortes. De um lado, as cortes domésticas se alimentam da interpretação conduzida pela Corte Interamericana com base na interpretação realizada por pares, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Comitês internacionais de supervisão de cumprimento de instrumentos internacionais. Por outro lado, a Corte Interamericana também se apropria da interpretação procedida pelos Tribunais constitucionais dos Estados signatários da Convenção Americana¹⁶.

É verdade que a Corte Interamericana tem certo *deficit* democrático¹⁷, porque é composta por juízes indicados pelos chefes de Estado de signatários da Convenção Americana sem qualquer critério¹⁸. Não bastasse, o Brasil, representante da parcela majoritária das pessoas tuteladas pela Convenção Americana, disputa vagas na Corte com países com número de habitantes inexpressivo, tendo ocupado postos na Corte somente em três oportunidades, duas por Antônio Augusto Cançado Trindade e uma por Roberto Caldas. Mas, medidas como a abertura do processo internacional à participação da sociedade civil¹⁹, o diálogo de cortes e a transparência alusiva aos critérios selecionados

16 Para mais informações sobre o diálogo de cortes e suas modalidades, cf. texto do jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (2017), juiz da Corte Interamericana.

17 Inúmeras causas podem ser indicadas como base do alegado *deficit* democrático, não só da Corte Interamericana, mas de todo o sistema internacional orientado à proteção de direitos humanos. Entre elas, pode-se destacar a própria origem dos direitos humanos, atrelados a valores prevalecentes em países do ocidente rico. A influência de valores ocidentais na construção da doutrina dos direitos humanos pode ser observada, conforme o jurista queniano-americano Makau Mutua (1996), representante dos países do sul no debate global sobre o direito internacional dos direitos humanos, nas semelhanças entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Constituição dos Estados Unidos da América. Para autores como Mutua, a corrente orientada à universalização dos direitos humanos, em razão do enaltecimento de axiomas individuais em detrimento de valores econômicos, sociais e culturais, escamoteia a real finalidade da empreitada, de fazer prevalecer em todo o globo o sistema capitalista de produção, arrefecendo ameaças ao livre mercado. Mutua é atrelado à corrente dos relativistas culturais e critica essa categorização, vez que, para o autor, relativistas são os ditos universalistas, por força de sua pretensão de impor valores euro-americanos para toda a comunidade internacional. O autor chega a se posicionar categoricamente no sentido de que os direitos humanos constituem nova modalidade de imperialismo posta em prática pelo ocidente.

18 O jurista alemão Armin von Bogdandy (2019, p. 242) atenta para o fato de que, “a Corte Interamericana, com apenas quatro nomeações, poderia mudar radicalmente sua perspectiva e converter-se em ponta de lança de aspirações autoritárias ou neoliberais”. Por isso, o autor estimula a ampliação da participação popular no processo de escolha dos juízes internacionais, contendo-se o arbítrio dos poderes executivos locais nessa atividade.

19 A participação da sociedade civil no processo internacional pode ocorrer com a integração de *amici curiae*. Os juristas europeus Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (2016) consideram cruciais também a ampliação do protagonismo dos parlamentos domésticos e sua consequente inclusão até no processo de seleção de juízes internacionais. Conforme os autores, a participação popular no processo internacional é de especial relevância porque o processo calçado apenas nas partes limita a discussão a documentos e

para prestigiar direitos humanos de um grupo em detrimento de outro²⁰, podem atenuar o possível *deficit* democrático²¹.

Conforme será verificado na próxima seção, a sentença internacional do Caso Fazenda Brasil Verde ilustra a deferência da Corte Interamericana ao diálogo de cortes tanto sob a perspectiva horizontal quanto no plano vertical.

4 – O diálogo de cortes na construção do conceito de trabalho escravo da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Caso Fazenda Brasil Verde tem a particularidade de ser o primeiro caso contencioso no qual a Corte Interamericana apreciou a extensão do artigo 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acerca da proibição da

fatos expostos com a intenção predominante de ganhar o processo, não necessariamente comprometidos com o contexto político e social, ou mesmo com as possíveis consequências da decisão internacional. Para o mesmo fim, os autores advogam o estabelecimento de recursos à decisão internacional, firmes na compreensão de que uma corte de apelação pode corrigir erros e fortalecer o apego dos juizes ao direito.

- 20 Por mais apelativos que possam ser os princípios norteadores da interpretação jurídica, em lugar de puramente invocar princípios tão abertos quanto à própria norma objeto de interpretação para legitimar sua decisão, o intérprete deve ser coerente e transparente acerca dos critérios selecionados para sacrificar os direitos humanos de um grupo em benefício de outro. André de Carvalho Ramos (2016) considera como insuficientes os meios tradicionais oferecidos pelo direito internacional dos direitos humanos para resolver conflitos entre as interpretações realizadas pelas Cortes domésticas e as interpretações desenvolvidas pelas Cortes internacionais. Para o autor, a máxima efetividade, a interpretação *pro homine* e o princípio da primazia da regra mais favorável ao indivíduo servem apenas para obscurecer a interpretação internacional, que deve ser coerente, consistente e orientada à segurança jurídica. Nessa linha de raciocínio, o jurista John Tobin (2010), professor da Faculdade de Direito de Melbourne, salienta que a coerência pressupõe exposição do intérprete a pontos de vista plurais, provenientes de fontes variadas, compreendendo o maior número possível de campos do saber, cabendo ao intérprete ser transparente quanto às razões para acolher e afastar cada uma das percepções submetidas à sua apreciação. Princípios não podem ser empregados apenas como retórica, como forma de escamotear o dever de fundamentação proporcional, notadamente quando a efetivação de direitos humanos para alguns sacrificar direitos humanos de outros. Aqui, o denominado princípio da proporcionalidade deve ser compreendido não propriamente como princípio, mas como a regra da proporcionalidade dissecada pelo jurista alemão Robert Alexy (2015), em sua teoria dos direitos fundamentais, abarcando os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
- 21 A jurista alemã-suíça Anne Peters parte do direito constitucional para identificar os *deficits* democráticos do processo internacional. Segundo Anne Peters (2012, p. 798), “a participação limitada e a falta de transparência impedem o escrutínio público e a crítica, ao mesmo tempo que atentam contra os ideais constitucionais da democracia e do estado de direito”. Peters considera que a constitucionalização do direito internacional é um caminho importante para captar e, conseqüentemente, corrigir as deficiências estruturais do direito internacional, com destaque para o *deficit* democrático do processo jurídico internacional. Para Anne Peters (2012, p. 811), “a democratização das organizações internacionais poderia consistir no estabelecimento de assembleias parlamentares ou populares” baseadas na “quantidade de população dos Estados-membros, e os seus poderes deveriam ir passando gradualmente de consultivos a co-legislativos”. Anne Peters (2012, p. 813) destaca que, na era da internet, é fundamental empoderar a opinião pública global para funcionar como instrumento de controle de abusos de poder, sem prejuízo de se aprimorar a transparência do processo jurídico internacional, caracterizada, entre outros aspectos, pela fundamentação das decisões internacionais. Como salientado pela autora, a transparência, por si só, não produz democracia, porque a transparência é, de fato, “condição de possibilidade para os procedimentos democráticos”.

escravidão e servidão. Assim, a Corte teve o cuidado de revisar amplamente a matéria à luz do Direito Internacional.

A Corte destacou que o primeiro tratado universal acerca da escravidão foi a Convenção sobre Escravatura, de 1926, no qual definida a escravidão como o estado ou condição de pessoa sobre a qual são exercidos os atributos do direito de propriedade, ou seja, como o trabalho escravo em sentido tradicional. Segundo a Corte, o instrumento foi complementado em 1956 pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura.

A partir do instrumento de 1956, ratificado pelo Brasil tal qual a Convenção de 1926, as instituições e práticas análogas à escravidão, como a servidão por dívidas, passaram a ser igualmente contempladas pela vedação até então incidente apenas sobre a escravidão tradicional. Outros instrumentos internacionais foram mencionados até a Corte iniciar o diálogo horizontal, ou seja, o exame da interpretação conferida por outros tribunais internacionais aos elementos da escravidão e servidão.

Depois relacionar critérios elencados pelo Tribunal Penal *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia com o fim de especificar os elementos de uma situação de escravidão ou servidão²², a Corte Interamericana destacou ser irrelevante, atualmente, a existência de um título de propriedade sobre o escravo. Na atualidade, acentuou a Corte, importa “o exercício de poderes vinculados à propriedade que se traduzem na destruição ou anulação da personalidade jurídica do ser humano”²³. A Corte citou também precedentes do Tribunal Especial para Serra Leoa, do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem ainda posições convergentes de diversos outros órgãos internacionais²⁴.

22 Os critérios do Tribunal Penal *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia, nos casos *Kunarac e Krnojelac*, contidos no parágrafo 259 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, foram: “a) restrição ou controle da autonomia individual, a liberdade de escolha ou a liberdade de movimento de uma pessoa; b) a obtenção de um benefício por parte do perpetrador; c) a ausência de consentimento ou do livre-arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, medo de violência, fraude ou falsas promessas; d) o abuso de poder; e) a posição de vulnerabilidade da vítima; f) a detenção ou cativeiro; e g) a opressão psicológica em virtude de condições socioeconômicas. Outros indicadores de escravidão seriam: h) a exploração; i) a extração de trabalho ou serviços forçados ou obrigatórios, em geral sem remuneração e ligados frequentemente – mesmo que não necessariamente – à penúria física, sexo, prostituição e tráfico de pessoas”.

23 Parágrafo 259 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.

24 Foram nomeadamente relacionados, no parágrafo 267 da sentença do Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, os seguintes: “Comitê CEDAW das Nações Unidas”, “Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas”, “Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Formas Contemporâneas de Escravidão”, “Relatora Especial das Nações Unidas sobre Tráfico de Pessoas”, “Escritório do Alto Comissário dos Direitos Humanos das Nações Unidas” e “Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.

DOCTRINA

Com base na prática internacional verificada, a Corte Interamericana enalteceu a evolução do conceito de escravidão para algo além do exercício da propriedade sobre uma pessoa, declarando considerar como fundamentais para sua caracterização “i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima”²⁵.

Na concepção da Corte Interamericana, os atributos do direito de propriedade se manifestam pela “a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador”. Os atributos do direito de propriedade, na visão da Corte Interamericana, são expressos também pela “d) ausência de consentimento ou de livre-arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça ou uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas”. Ademais, conclui a Corte, o exercício dos atributos do direito de propriedade é caracterizado pelo “e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativo; i) exploração”. Em resumo, a Corte considera que “uma situação de escravidão representa uma restrição substantiva da personalidade jurídica do ser humano”. Na concepção da Corte, uma situação de escravidão “poderia representar, ademais, violações aos direitos à integridade pessoal e à dignidade, entre outros, dependendo das circunstâncias específicas de cada caso”²⁶.

No Caso Fazenda Brasil Verde, a Corte Interamericana considerou caracterizada uma situação de escravidão dado o “mecanismo de aliciamento de trabalhadores através de fraudes e enganar” e a servidão por dívida, manifestada pela circunstância de que, “a partir do momento em que os trabalhadores recebiam o adiantamento em dinheiro por parte do gato, até os salários irrisórios e descontos por comida, medicamentos e outros produtos, originava-se para eles uma dívida impagável”.

Na concepção da Corte Interamericana, a situação dos trabalhadores resgatados foi agravada pelo fato de que “eram submetidos a jornadas exaustivas de trabalho, sob ameaças e violência, vivendo em condições degradantes”, sem perspectiva de se libertarem, dada “i) a presença de guardas armados; ii) a restrição de saída da Fazenda sem o pagamento da dívida adquirida; iii) a coação física e psicológica por parte de gatos e guardas de segurança; e iv) o medo de

25 Parágrafo 269 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

26 Parágrafos 272 e 273 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

represálias e de morrerem”. A situação, sob a ótica da Corte, era também mais delicada por causa “da condição de vulnerabilidade dos trabalhadores, (...) em sua maioria, analfabetos, provenientes de uma região muito distante do país, (...) submetidos a condições desumanas de vida”²⁷.

A decisão da Corte Interamericana foi baseada, predominantemente, no diálogo de cortes horizontal, mas não descurou o impositivo diálogo vertical, caracterizado, no Caso Fazenda Brasil Verde, pela “revisão da jurisprudência de tribunais superiores brasileiros, apresentada ao Tribunal durante o litígio do presente caso, tanto pelo Estado como pelos representantes, testemunhas, declarantes a título informativo e peritos”²⁸.

Segundo a Corte Interamericana, à luz da jurisprudência doméstica sedimentada à época dos fatos, anterior, portanto, à ampliação do art. 149 do Código Penal, verificou-se ser determinante à caracterização da situação análoga à de escravo apenas “a privação da liberdade do trabalhador”.

Como o Caso Fazenda Brasil Verde foi apreciado pela Corte Interamericana somente em 2016, quando já vigente a redação mais abrangente do art. 149 do Código Penal pátrio, a Corte dialogou também com a jurisprudência dos tribunais domésticos posterior à alteração do dispositivo. A Corte enalteceu o alinhamento de seu pronunciamento com a jurisprudência do STF, bem ainda que a interpretação local das situações análogas à escravidão, lastreada na nova redação, é conduzida “de maneira responsável”, ou seja, de modo que “uma mera violação à legislação trabalhista não atinge o limiar da redução à escravidão, mas é necessário que as violações sejam graves, persistentes e que cheguem a afetar a livre determinação da vítima”²⁹.

5 – Considerações finais

Como signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em consequência de ter reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, o Estado brasileiro está obrigado a aplicar o instrumento conforme interpretado pela referida Corte.

Dado que a construção das normas interamericanas e a escolha dos juízes interamericanos são refratários à participação popular, entre outros fatores, a Corte Interamericana carece, de certo modo, de legitimidade democrática. Não

27 Parágrafo 303 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

28 Parágrafo 310 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

29 Parágrafo 313 da sentença do Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

obstante, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é dotado de diversos mecanismos tendentes a atenuar o mencionado *deficit* democrático.

Entre os métodos para fortalecer a legitimidade democrática da Corte Interamericana, podem ser destacadas a abertura à participação da sociedade civil nos processos internacionais e a sensibilidade da Corte à jurisprudência de outros tribunais, tanto internacionais, em diálogo horizontal, quanto de tribunais constitucionais de Estados sujeitos à sua jurisdição, em diálogo vertical.

O *deficit* democrático imputado ao processo internacional pode ser também afastado mediante transparência quanto às ponderações realizadas pelos juízes internacionais, notadamente com relação aos critérios para prestigiar direitos humanos de alguns em detrimento de direitos humanos de outros eventualmente em colisão.

Sem prejuízo das medidas efetivamente praticadas para atenuar o mencionado *deficit* democrático, são imprescindíveis também alterações na origem do alegado *deficit*, ou seja, no processo de construção das normas internacionais, bem ainda no processo de escolha dos juízes interamericanos. Quanto mais sólidos os mecanismos ora destacados, menor a margem para se questionar a legitimidade democrática da sentença internacional.

No Caso Fazenda Brasil Verde, a Corte Interamericana se mostrou aberta à participação da sociedade civil. Tomou depoimentos em audiência e em visita *in loco*, assim como acolheu declarações de testemunhas e peritos, para além de ter recebido pareceres de *amici curiae*, indicados pela Comissão Interamericana e por representantes das vítimas e do Estado brasileiro.

A Corte Interamericana, no Caso Fazenda Brasil Verde, lastreada no imprescindível diálogo horizontal e vertical entre cortes, também se mostrou sensível à jurisprudência de outros tribunais internacionais e de tribunais domésticos, notadamente por se tratar do primeiro caso no qual precisou se posicionar sobre a extensão da proibição à escravidão e à servidão contida no artigo 6º da Convenção Americana.

Em linhas gerais, a Corte Interamericana foi bastante consequente também no que concerne ao enquadramento dos fatos verificados na Fazenda Brasil Verde no conceito que construiu de situação análoga à de escravo. À semelhança da jurisprudência prevalecente em âmbito interno à época dos fatos, anterior à alteração do art. 149 do Código Penal pátrio, a Corte considerou possível caracterizar a situação análoga à de escravo quando exercidos sobre alguém os atributos do direito de propriedade, circunstância que pode se manifestar sob as variadas formas fixadas pela Corte, com destaque para a restrição à locomoção

das vítimas. Ao subsumir o caso concreto à sua compreensão do artigo 6º da Convenção Americana, a Corte destacou ter sido provado à exaustão o exercício, sobre as vítimas, dos atributos do direito de propriedade, assim como a impossibilidade de locomoção das vítimas.

A Corte não incluiu o desempenho de jornada exaustiva, nem a atuação sob condições degradantes de trabalho, presentes na redação progressista do art. 149 do Código Penal brasileiro, no seu próprio conceito de situação análoga à de escravo, mesmo porque o Caso Fazenda Brasil Verde contempla fatos anteriores à alteração do referido dispositivo. Não obstante, a Corte enalteceu seu alinhamento à concepção progressista do referido art. 149.

Jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho, elementos do crime de redução à condição análoga à de escravo, isoladamente considerados, de fato podem soar mais como irregularidades trabalhistas que como escravidão de fato. Mas, como muito bem observado pela Corte Interamericana, os tribunais domésticos são responsáveis quanto à subsunção do dispositivo, reservando sua aplicação somente às situações muito graves, em que envolvidos trabalhadores em situação de extrema vulnerabilidade e as aparentes irregularidades trabalhistas são acompanhadas de fraude e engano.

O trabalho escravo, lamentavelmente, está longe de ser realidade superada no Brasil. A prática, no país, ainda é extremamente marcada pelo racismo estrutural, o que qualquer fotografia de operações de resgate pode perfeitamente ilustrar³⁰. Não nos surpreenderemos se o Estado brasileiro novamente for responsabilizado no plano internacional por ter falhado em sua missão de erradicar a prática em território nacional.

Conforme salientado na sentença do Caso Fazenda Brasil Verde, o país conta com diversos mecanismos voltados ao combate ao trabalho escravo. Não obstante, o número insignificante de auditores em campo para fiscalizar as condições de trabalho³¹, o sucateamento dos instrumentos de trabalho dos fiscais e o desmonte da estrutura fiscalizatória no país, marcada pela redução do Ministério do Trabalho a simples secretaria vinculada ao Ministério da Economia, dificultam a superação da prática.

30 A propósito, cf. reportagem sobre recente resgate de 34 trabalhadores atuando em condições análogas às de escravo em lavoura de café. Na fotografia utilizada para retratar o resgate, não há pessoas brancas. Há, apenas, pessoas negras, de pele clara e também de pele retinta (MARINHO, 2020).

31 Em junho de 2018, o Brasil contava com 2.327 auditores fiscais do trabalho. A proporção desejável de auditores fiscais do trabalho por trabalhadores seria de um auditor para cada dez mil trabalhadores. À época, o país contava com um auditor para cada quarenta e quatro mil trabalhadores (GOMES, 2018).

A Corte Interamericana não fez os elementos do texto progressista do art. 149 do Código Penal brasileiro constarem de sua definição jurisprudencial de trabalho escravo, mesmo porque, repita-se, o Caso Fazenda Brasil Verde contempla fatos anteriores à alteração do dispositivo. Mas, poderá fazê-lo em futuro diálogo com tribunais pátrios, em novo encontro quase inevitável do Estado brasileiro com a Corte. A concepção local atualmente é mais eficaz que a interamericana para frear a criatividade dos latifundiários brasileiros, orientada à criação de cada vez mais artifícios para disfarçar nefastas práticas escravagistas ainda muito marcadas no país pelo racismo estrutural. A concepção local de trabalho escravo contemporâneo, portanto, deve ser valorizada como uma das maneiras de combater o racismo estruturalmente situado no país.

6 – Referências bibliográficas³²

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Diálogo das cortes*. Brasília: OAB, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do sistema interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.9, n. 2, p. 232-252, 2019.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?: Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2016.

CORTE IDH. *Caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C nº 318. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

DUVERNAY, Ava. *13ª Emenda*. Netflix, 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 30, p. 89-128, 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, v. V, n. 28, p. 123-159, dic. 2011.

GARCÍA ROCA, Javier. La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 5, p. 139-182, 2006.

32 As referências bibliográficas foram aproveitadas, predominantemente, de curso ministrado pelo Professor André de Carvalho Ramos para alunos do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no primeiro semestre de 2020, intitulado “Controle de convencionalidade e a interpretação de Direitos Humanos”.

DOCTRINA

GOMES, Rodrigo. Fiscalização do trabalho tem menor número de auditores em 20 anos. *Rádio Brasil Atual*, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2018/06/fiscalizacao-do-trabalho-tem-menor-numero-de-audidores-em-20-anos/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

MARINHO, Lourdes. Auditores-fiscais da GRT Uberaba resgatam 34 trabalhadores em Campos Altos, em lavoura de café. *SINAIT*, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://sinait.org.br/site/noticia-view?id=18006/mg%20auditores-fiscais%20da%20grt%20uberaba%20resgatam%2034%20trabalhadores%20em%20%20campos%20altos,%20em%20lavoura%20de%20cafe>. Acesso em: 23 jun. 2020.

MUTUA, Makau. 1996. The ideology of human rights. *Virginia Journal of International Law*, v. 36, n. 3, p. 589-658, 1996.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

PETERS, Anne. Caminhamos para a constitucionalização da comunidade mundial. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 88, n. 2, p. 789-816, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 64, p. 11-32, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106-107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, n. 29, p. 53-63, 2005.

TOBIN, John. Seeking to persuade: a constructive approach to Human Rights treaty interpretation. *Harvard Human Rights Journal*, v. 23, Issue 1 (Spring 2010), p. 1-50.

Recebido em: 26/06/2020

Aprovado em: 01/09/2020

A GARANTIA DA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR COMO EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO EM TEMPO DE PANDEMIA

GUARANTEE OF WORKER'S MENTAL HEALTH AS EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL LABOR LAW IN PANDEMIC TIME

Alan Martinez Kozyreff*

Mariana Ferrucci Bega**

RESUMO: O presente artigo tem como enfoque o estudo da saúde mental do trabalhador e visa a mecanismos de garantia da proteção da dignidade da pessoa humana e da eficácia dos direitos fundamentais, haja vista que a patologia relacionada ao trabalho está em ascensão. Ademais, o estudo traz o tema sob a ótica do período de pandemia em face da Covid-19, apresentando soluções para o equilíbrio emocional aos trabalhadores, diante da crise em vários setores da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde Mental. Direitos Fundamentais. Eficácia. Dignidade Humana. Covid-19.

ABSTRACT: *This article focuses on the study of workers' mental health and aims at mechanisms to guarantee the protection of the dignity of the human person and the effectiveness of fundamental rights, given that work-related pathology is on the rise. In addition, the study brings the theme from the perspective of the pandemic period in the face of COVID-19, presenting solutions for emotional balance to workers, in the face of the crisis in various sectors of society.*

KEYWORDS: *Mental Health. Fundamental Rights. Effectiveness. Human Dignity. COVID-19.*

1 – Introdução

O ser humano carrega em si vários “eus”. Uma pessoa pode ser aquela trabalhadora destemida, batalhadora, forte, mas que dentro de si carrega os mais diversos sentimentos de exaustão psicológica, cansaço existencial, sentimentos esses sequer notados atrás de um sorriso.

* *Doutorando em Ciências Farmacêuticas na Universidade de Sorocaba; mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília; especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Prebiteriana Mackenzie; especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito; professor universitário; advogado.*

** *Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal – UDF; pós-graduada em Processo pela PUC Minas e em Direito e Processo do Trabalho pela LFG; professora universitária; advogada.*

Diante da necessidade de estar inserido no mercado de trabalho, do cumprimento de metas, e, principalmente, da atual pandemia da Covid-19, os trabalhadores, por medo do desemprego ou falta de trabalho, da fome, do acúmulo de atividades (principalmente, no caso de quem exerce o teletrabalho), de se contaminar com o vírus, dentre tantas informações negativas acumuladas no cotidiano, necessita ter a sua saúde mental em equilíbrio para garantir sua subsistência, e de sua família, sua dignidade e também contribuir com o país na superação desse período de crise.

É preciso ter um novo olhar para a saúde do trabalhador, a saúde de forma ampla, não focando somente o físico, mas também o psicológico, algo que a sociedade não enxerga atualmente.

Para tanto, é importante analisar a saúde mental do trabalhador como um direito fundamental com sua devida eficácia e instrumento de proteção da dignidade humana.

2 – A saúde mental como eficácia do direito fundamental do trabalho

O trabalho e a saúde são expressamente reconhecidos como direitos sociais fundamentais pela Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 6º. Além disso, esses direitos estão em consonância com os próprios fundamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Isso, porque a atual Constituição Federal trouxe o Estado Democrático de Direito como marco contemporâneo do constitucionalismo.

Conforme ensinamentos do professor Mauricio Godinho Delgado:

“O conceito inovador de Estado Democrático de Direito funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva.”¹

Nesse sentido, a pessoa humana, com sua dignidade, constitui o epicentro do Estado Democrático de Direito. Por isso que o princípio da dignidade humana é a diretriz cardeal de toda a ordem jurídica².

1 DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 43.

2 *Idem*.

A dignidade humana é uma qualidade intrínseca do ser humano e assim aduz Ingo Sarlet a respeito:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todos e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”³

O trabalho e a saúde, esta última expressamente interligada ao direito do trabalho, no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal⁴, são inerentes à pessoa humana e o reconhecimento deles como direitos sociais fundamentais é vestir a pessoa humana de dignidade, atingindo os fundamentos da Constituição (art. 1º, incisos III e IV, da CF⁵).

Os princípios gerais constitucionais, que atingem o direito do trabalho, estão constitucionalmente apontados como implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se extrai do § 2º do art. 5º da Constituição Federal⁶.

Nesse diapasão, Arnaldo Süssekind ensina:

“A nova Carta Magna brasileira não revelou expressamente os princípios informadores do Direito do Trabalho, tal como procedeu em relação à seguridade social (art. 194) e a outros títulos. Todavia, no art. 1º, ao sublinhar os fundamentos da República Federativa do Brasil, referiu:

‘III – a dignidade humana;

IV – os valores sociais do trabalho (...)’

Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supraestatais inerentes

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 143.

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

5 “III – Dignidade da pessoa humana; IV – valores sociais do trabalho.”

6 “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

DOCTRINA

ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais.

Por seu turno, ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, seguiu a orientação do estatuto básico anterior, aludindo, no seu art. 170, à:

‘Valorização do trabalho humano’ (*caput*);

‘Justiça social’ (*caput*);

‘Função social da propriedade’ (III)

‘Busca do pleno emprego’ (VIII).”⁷

Esses ensinamentos revelam a importância do trabalho humano, seus reflexos na sociedade e discorre todo o arcabouço jurídico e principiológico que o envolve.

Diante disso, o trabalho forma a identidade do ser humano, pois lhe garante a subsistência e o seu exercício lhe dá a sua noção de “eu”⁸. A atividade laborativa tem um papel fundamental do indivíduo na sociedade. Essa consciência psicológica e moral que o homem fundamenta e constrói sua identidade enquanto ser humano, tornando-o verdadeiro representante de si, para melhor desenvolver suas potencialidades e direcionar sua própria história⁹.

Segundo os ensinamentos de Gabriela Neves Delgado:

“De toda forma, ao mesmo tempo em que o trabalho auxilia a emancipação e a construção da identidade social e coletiva do homem, pode também destruir sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício com dignidade.

Se ao trabalhador não são asseguradas condições mínimas de saúde e de segurança no trabalho, por exemplo, não há espaço para o exercício do direito fundamental ao trabalho digno, que será mera abstração.”¹⁰

Esse raciocínio ostenta a saúde, inclusive a saúde mental, como mecanismo para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno.

7 SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. I. p. 152.

8 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 130-132.

9 *Idem*.

10 DELGADO, *op. cit.*, p. 61.

DOCTRINA

A preocupação com a saúde mental do trabalhador e conseqüentemente com sua dignidade humana e aplicação de direitos fundamentais já vinha sendo objeto de estudo pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, no 5º Seminário Internacional do Programa do Trabalho Seguro¹¹, oportunidade em que o médico norte-americano Casey Chosewood (coordenador do programa para a saúde total do trabalhador do NIOSH – National Institute for Occupational Safety and Health, dos Estados Unidos) apontou o crescimento de mortes no trabalho por suicídio e overdose de narcóticos.

O motivo do suicídio, segundo estudos, revela um meio ambiente de trabalho hostil, cujas condições caracterizam assédio moral no trabalho, cobrança de metas sob pena de perda do emprego. Já no tocante à *overdose* de narcóticos, trata-se do consumo de medicamentos e até drogas mais graves, para maior produtividade de serviço e cumprimento de metas, para que o trabalhador consiga suportar mais horas de trabalho do que o corpo pode aguentar.

Os reflexos de danos à saúde mental que o trabalhador vem passando tornaram-se tão preocupantes que, em 2019, foi aprovada a Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho, que trata do Assédio Moral no Trabalho.

A responsabilidade da empresa em garantir o direito à saúde mental do trabalhador, através de um meio ambiente do trabalho equilibrado, está previsto no art. 225 da Constituição Federal, que prescreve que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. A saúde mental do trabalhador, se não cuidada, pode ensejar maior índice de acidente de trabalho.

Como o trabalho é intrínseco à pessoa humana e a tudo que cerca o trabalhador, como família, relações sociais, lazer, etc., nesse período de pandemia em face da Covid-19, o desequilíbrio da saúde mental no exercício da prestação laboral torna-se muito mais aguçado, sendo necessárias medidas para evitar maiores prejuízos sociais, econômicos e humanísticos para a sociedade.

Nesse contexto, a saúde mental do trabalhador repercute em todas as esferas da sociedade. É no cuidado da dignidade de cada pessoa humana que se protege o coletivo e, assim, garantem-se as sociedades civil e política, ambas concebidas de forma democrática e inclusiva, principalmente neste período tão delicado em que vivenciamos.

11 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KhbvnAvkGXg&t=5109s>. Acesso em: 2 jul. 2020.

A saúde mental pode ser comparada com a explicação do fusível, por Zygmunt Bauman:

“Um fusível é um dispositivo de segurança que protege outras partes da rede, impedindo que se queimem, fiquem inúteis e sem conserto. Mas também significa que a viabilidade e a resistência do circuito como um todo – a energia que ele pode absorver e a quantidade de trabalho que pode realizar – não devem ser maiores que a capacidade de resistência de seu fusível. Quando o fusível apaga, o circuito inteiro deixa de funcionar.”¹²

3 – A saúde mental do trabalhador e os danos psicossociais no ambiente laborativo

Segundo a afirmação de Michel Foucault, para se conhecer a verdade do fato patológico deve-se abstrair o doente e conhecer a doença, pois somente com o conhecimento exato desta é que poderá haver a cura, “a doença é a bússola do médico”¹³.

Utilizando a bússola foucaultiana para desvendar os caminhos da análise sobre a saúde mental do trabalhador, tem-se que o conhecimento e a descoberta se darão de acordo com a forma da exploração e da organização do trabalho.

O trabalho, portanto, é reconhecido como um determinante social da saúde, elemento que, juntamente com as condições de vida do indivíduo, traz uma ligação direta entre a existência ou não de saúde, conceituada como o bem-estar físico e mental.

Essa adequação de bem-estar, portanto, da saúde do trabalhador, deve estar ajustada à forma organizacional laborativa, ou seja, dentro de uma relação jurídica eminentemente desigual, cabendo ao Estado intervir para garantia da não opressão pelo tomador da força de trabalho.

No entanto, enquanto bem que deve ser tutelado, a preservação da saúde mental do trabalhador não encontra, atualmente, normas hábeis frente ao dinamismo da atual configuração da prestação do trabalho.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 7.

13 FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

DOCTRINA

O trabalho moderno exige que o empregado possua múltiplas competências técnicas, sociais e emocionais, fazendo com que os trabalhadores, que não se adaptam a essa realidade, degenerem-se de forma rápida¹⁴.

Essa forma de organização do trabalho pode comprometer o equilíbrio psicossomático do trabalhador e assim, com uma desestruturação da sua vida psíquica, há repercussões também na sua saúde física¹⁵.

Louis Le Guillant já em 1958 apontava que a organização do trabalho está em vias de criar, “em grande número dos operários, um ‘estado físico e moral’ se não semelhante, mas pelo menos equivalente aos dos empregados das manufaturas do séc. XIX: uma ‘miséria’ – às vezes total – da pessoa”¹⁶.

A referência se dá em razão do processo de automação do trabalho, que combinou novos modelos de gerenciamento, como o toyotismo, pois alterou parte das exigências impostas aos trabalhadores. Essa nova estrutura trouxe um aumento significativo das exigências da capacidade psíquica¹⁷.

Nesse mesmo sentido, Alain Supiot expôs que o Direito do Trabalho atravessa o transformismo e reformismo em face do *global race* (guerra global) em que a guerra da competitividade denuncia, nos países europeus, o “Direito do Trabalho como o único obstáculo à realização do direito do trabalho”¹⁸.

Isso, porque os riscos que se mostraram tradicionais quando do surgimento da tutela dos empregados, apesar de ainda existentes em algumas regiões e tipos de trabalho, deram lugar a outros, decorrentes das novas formas de trabalho: novas tecnologias e processos de produção: nanotecnologia, biotecnologia; novas condições de trabalho, tais como, cargas mais pesadas, intensificação (redução do número de trabalhadores), longas horas de trabalho, necessidade de multiespecialização (polivalência), condições precárias, postos na economia informal, insegurança no trabalho; formas emergentes de trabalho: autonomia, terceirização, contratos temporários e trabalhadores migrantes¹⁹.

14 HELOANI, José Roberto; CAPITÃO, Cláudio Garcia. Saúde mental e psicologia do trabalho. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 17, n. 2, jun. 2003, p. 103.

15 DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 157.

16 LE GUILLANT, Louis. *Escritos de Louis Le Guillant: da ergoterapia à psicopatologia do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 223.

17 BORSOI, Izabel Cristina Ferreira. Da relação entre trabalho e saúde à relação entre trabalho e saúde mental. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, n. 1 (Edição Especial), p. 103-111, 2007, p. 103.

18 SUPIOT, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. IV, n. 3, set./dez. 2018, p. 14.

19 SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Trabalho e saúde mental na visão da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, n. 81, p. 489-526, jan./jun. 2010, p. 490.

DOCTRINA

Tais desafios impactam de forma importante na capacidade mental do trabalhador, causando transtornos mentais, que possuem uma etiologia multi-causal em que conjuntos de diversos fatores interagem de modo complexo²⁰.

Um estudo da OIT publicado em 2001 indica que o estresse profissional é ligado a quatro principais fatores: controle sobre as responsabilidades, demanda (exigência) do trabalho, características pessoais e apoio social. Nesse sentido, “quanto maior for o controle sobre as responsabilidades menor será o nível de estresse” e, de modo contrário, “quanto maiores forem as exigências do trabalho (...) maiores serão os níveis de estresse”²¹.

A presidente da Fundação Swiss Digital Initiative e ex-conselheira federal da Suíça afirmou no Fórum Econômico Mundial de 2020, em Davos, Suíça, que: “A digitalização vai promover mais empregos informais. Isso fará com que o mercado de trabalho fique cada vez mais desprotegido”.

Assim, apesar de a tecnologia trazer ao mercado de trabalho certa autonomia e flexibilidade, traz também maior cobrança de produtividade e eficiência em face da competitividade.

O impacto dos transtornos mentais nos trabalhadores é muito relevante, já alcançando a terceira principal causa de concessão de benefício previdenciário por incapacidade²², e, dos segurados da Previdência Social que requereram auxílio previdenciário por transtornos mentais, os mais frequentes foram transtornos depressivos (40,4%)²³.

Em palestra proferida pelo professor José Pastore, em 2011, no Tribunal Superior do Trabalho, foi estimado que, para as empresas, os custos referentes aos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais chegaram, em 2009, ao valor de 41 bilhões de reais²⁴. Naquele ano foram estimados que os gastos da Previdência Social, com o pagamento de benefícios acidentários e aposentadorias especiais, foram de 14 bilhões de reais, que, somados ao custo das empresas de 41 bilhões de reais, chega-se a um total de 55 bilhões de reais.

20 JACQUES, Maria da Graça. O nexa causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a Psicologia. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, Edição Especial 1, p. 112-119, 2007, p. 115.

21 SCHMIDT, *op. cit.*, p. 490.

22 SILVA-Jr., João Silvestre; FISCHER, Frida Marina. Afastamento do trabalho por transtornos mentais e estressores psicossociais ocupacionais. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 735-744, 2015, p. 735.

23 *Ibidem*.

24 PASTORE, José. *O custo dos acidentes e doenças do trabalho no Brasil*. Palestra. 2011. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_320.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

DOCTRINA

No entanto, apesar de tais números, é ainda deficitária a detecção prévia de um sintoma que pode levar ao desenvolvimento mais agudo de uma lesão à saúde mental, de modo que não se estabelecem, como regra, medidas de cuidado e tratamento prévio, evitando-se a eclosão de um mal maior.

No entanto, mesmo que detectadas, as doenças psicossociais dos trabalhadores são relegadas a uma preocupação secundária, pois os empregadores estão mais propensos, e acostumados, a cuidar dos aspectos ergonômicos do trabalho, mas não das questões ligadas à mente do trabalhador, motivo pelo qual se faz importante a presente discussão.

O conhecimento sobre os riscos que os empregados estão expostos, apesar de importantes, não se mostram “suficientes para abordar os riscos não ‘objetiváveis’, os ainda não conhecidos, os imprevistos, os fatores psicossociais, enfim, as dimensões imateriais do trabalho”²⁵.

No entanto, o respeito à saúde psíquica do trabalhador é um dos deveres do empregador, pois a saúde, de forma ampla, compõe o título da dignidade da pessoa e está em consonância com os valores sociais do trabalho, como consta nos incisos III e IV do art. 1º da CRFB/88.

Tal entendimento foi exposto pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 1.347-5: “os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente, a construção do Estado Democrático de Direito” e, dessa forma, há necessidade de adoção de “medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho”.

Ademais, o dever de um ambiente de trabalho sadio perpassa a segurança física do trabalhador e alcança a sua saúde mental, nos termos do inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, pois prevê como direito fundamental do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Dessa forma, sendo o trabalhador necessário para o cumprimento de atividades essenciais, cabe ao empregador oferecer a proteção integral, física e psíquica, abrangendo também o teletrabalhador (aquele que presta serviços a distância), pois nessas condições a prestação de serviços pode ser mais estressante, solitária ou isoladora para algumas pessoas.

25 RUIZ, Valéria Salek; ARAUJO, André Luis Lima de. Saúde e segurança e a subjetividade no trabalho: os riscos psicossociais. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 170-180, jun. 2012, p. 171.

O dano psicológico, por muitas vezes, encontra-se no período extenso de jornada de trabalho. Pesquisa realizada em 35 países europeus, no ano de 2015, onde foram entrevistados 35.765 trabalhadores (empregados e autônomos), demonstrou que 14% admitiram preocuparem-se com o trabalho “sempre” ou “a maioria das vezes” durante o período de descanso; 21% afirmaram estar “sempre” ou, “na maioria dos casos”, cansados demais para se envolver em tarefas domésticas e 11% denunciam que seus próprios empregos não lhes permitem “sempre” ou, “na maioria dos casos”, dedicar tempo suficiente à família²⁶.

Na mesma pesquisa acima, quanto ao tempo gasto no trabalho, 45% dos trabalhadores que participaram da entrevista admitiram que trabalharam, nos últimos 12 meses, durante o tempo livre para atingir os objetivos fixados pelo empregador; 7% se mantêm obrigados a renunciar parte de seus momentos pessoais, várias vezes por semana, e 13% várias vezes em cada mês²⁷.

Uma postura ativa da empresa e o bom relacionamento interpessoal nas organizações resultam em uma maior motivação das pessoas, potencializando o atingimento de resultados da empresa, bem como promovem o crescimento pessoal e profissional dos trabalhadores²⁸.

4 – A pandemia da Covid-19 e seus reflexos na saúde mental do trabalhador

Não se pode negar que o atual momento, advindo da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), é mais um elemento de desequilíbrio psíquico, causando uma enorme propagação de doenças mentais.

De fato que o atual momento atinge, em maior gravidade, os profissionais de saúde, mas os demais trabalhadores, que precisam se ativar fora de sua residência, também enfrentam o medo do trabalho e ainda o medo do desemprego, pela crise econômica que o mercado apresenta.

Os reflexos psicológicos atingem a todos. Estudo publicado na revista *Lancet* aponta que o tempo de duração da quarentena tem grande impacto na saúde mental das pessoas, tais como sintomas de estresse pós-traumático, comportamentos de esquiva e raiva. As pessoas que ficaram mais de dez dias em

26 AVOGARO, Matteo. Right to disconnect: French and Italian proposals for a global issue. *Revista Direito das Relações Sociais Trabalhistas*, v. IV, n. 3. set./dez. 2018, p. 102.

27 *Idem*.

28 CARDOZO, Carolina Garcia; SILVA, Leticia Oliveira Silva. A importância do relacionamento interpessoal no ambiente de trabalho. *Interbio*, v. 8 n. 2, jul./dez. 2014, p. 33.

quarentena apresentaram sintomas significativamente maiores do que aqueles em quarentena em menos de dez dias²⁹.

Nesse mesmo estudo, os estressores, durante o período de quarentena, foram o medo de contaminação de si mesmo e de outras pessoas, especialmente de sua família e de ter os sintomas físicos relacionados à infecção. No período pós-quarentena, o estressor identificado foi a perda de capacidade financeira³⁰.

No período de isolamento, o distanciamento físico e social eleva o risco de suicídio e automutilação, abuso de álcool e outras substâncias, jogo, abuso doméstico e infantil e riscos psicossociais (como desconexão social, falta de significado ou anomia, aprisionamento, *cyberbullying*, sentimento de carga, estresse financeiro, luto, perda, desemprego, falta de moradia e quebra de relacionamento)³¹.

Há necessidade de análise das possíveis consequências de uma crise dessa magnitude em pessoas diretamente ligadas ao grupo de risco. A epidemia severa de síndrome respiratória aguda em 2003 foi associada a um aumento de 30% no suicídio de pessoas com 65 anos ou mais. A ansiedade permaneceu em 50% dos pacientes, sendo que 29% dos profissionais de saúde experimentaram sofrimento emocional³².

É certo que o desequilíbrio psicológico é fenômeno multifatorial e, dessa foram, é certo que nenhuma solução é simples, além de se ter o cuidado de reconhecer que cada pessoa deve ser tratada de forma única, para que a forma de tratamento seja a mais eficiente possível.

No entanto, existem sinalizações sobre as formas com que os empregadores possam agir de modo a disponibilizar aos trabalhadores um apoio psíquico.

Assim, a implementação de um apoio psicossocial deve ser considerada conforme os diferentes aspectos ocupacionais e psicológicos. Ainda mais em profissionais da saúde, abordagens humanistas ou cognitivistas aplicadas no contexto hospitalar podem ser elaboradas para o enfrentamento de situações-limite, como o luto antecipatório e dos sintomas depressivos ou de estresse

29 BROOKS, S. K. *et al.* The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The Lancet*, 395(10227), p. 912-920, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30460-8](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30460-8).

30 *Idem.*

31 HOLMES, E. A. *et al.* Multidisciplinary research priorities for the Covid-19 pandemic: a call for action for mental health science. *Lancet Psychiatry*, published online April 15, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(20\)30168-1](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(20)30168-1).

32 *Idem.*

que os profissionais apresentam. Nesse trabalho, psicólogos podem auxiliar esse processo, o que pode devolver-lhes a potência e o sentido do trabalho³³.

Dessa forma, a informação de que o apoio psicológico está disponível para ajudar a equipe de trabalhadores e seus familiares, mas que ainda pode haver suporte em nível fisiológico (por exemplo, sono e nutrição) e estruturais (por exemplo, roteiros de trabalho e rotinas diárias)³⁴.

A disponibilização de informações claras e objetivas do empregador, de forma regular, também pode se mostrar efetiva, pois a desinformação causa grande medo para pessoas expostas a uma doença infecciosa ainda mais quando até mesmo há falha de informações das autoridades de saúde pública. Garantir que as pessoas tenham uma boa compreensão da doença em questão e os motivos da quarentena deve ser uma prioridade³⁵.

O apoio material de suprimentos básicos é algo que pode ser implementado. São insumos como comida, água, roupas ou acomodação, quando ausentes em algum grau, geram uma fonte de frustração, ansiedade e raiva. A disponibilização de atendimento médico e a distribuição de medicamentos devem ser entendidas como algo extremamente necessário.

A Mental Health America (MHA) é a principal organização sem fins lucrativos dos Estados Unidos dedicada a atender às necessidades das pessoas que sofrem de doenças mentais e a promover a saúde mental geral de todos os americanos. Em maio de 2020, a associação divulgou em seu sítio da internet a prática de algumas empresas nos cuidados com seus empregados³⁶.

A Chevron Corporation, empresa que recebeu o Prêmio de Excelência Corporativa da MHA por seu compromisso de criar um ambiente de trabalho mentalmente saudável para os empregados, possui um programa de assistência aos trabalhadores que fornece acesso a conselheiros para ajudá-los a lidar com o medo, a ansiedade e outras emoções ou preocupações que possam ter.

A Culligan Water disponibiliza vídeos semanais de autocuidado, treinamento de saúde para os empregados e seus cônjuges, chamadas de telefone realizadas pelos gerentes reforçando a necessidade de bem-estar, comunicações

33 OLIVEIRA, W. A. *et al.* Impactos psicológicos e ocupacionais das sucessivas ondas recentes de pandemias em profissionais da saúde: revisão integrativa e lições aprendidas. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 37, 2020, e200066. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-0275202037e200066>.

34 *Idem.*

35 BROOKS, *op. cit.*

36 MENTAL HEALTH AMERICA. *8 employers supporting employee mental health during Covid-19*. Disponível em: <https://www.mhanational.org/blog/8-employers-supporting-employee-mental-health-during-covid-19>. Acesso em: 5 jul. 2020.

semanais sobre saúde, sessões de meditação ao vivo e intervalos, atividades de resiliência e gerenciamento de estresse e atividades de incentivo moral.

A Devils Backbone Brewing Company, cervejaria localizada no Estado da Virgínia, Estados Unidos, afirmou ter regularmente *happy hours* temáticos por meio da plataforma Zoom. Além de estabelecer reuniões para pais que estão equilibrando a assistência à infância com trabalho remoto. Também incentivam o desenvolvimento profissional com clube do livro virtual e oferecendo cursos através do LinkedIn Learning. A Pacific Gas & Electric realiza chamadas executivas em vídeos, *e-mails* e ligações semanais para todos os funcionários com mensagens do CEO da empresa sobre a importância de não se ignorar a saúde mental e colocando suporte à disposição quando necessário. Essa empresa ainda criou conteúdos gerados pelos trabalhadores, que compartilham suas histórias sobre como cuidar de uma criança com necessidades especiais durante a pandemia, além de acesso virtual aos serviços de recuperação de drogas e álcool.

A PG&E criou uma linha telefônica de recursos humanos para ajudar os funcionários a procurar respostas em tópicos, como médico, remuneração e benefícios, fornecendo também recursos para denúncia de abuso doméstico para trabalhadores que possam estar em uma situação mais precária.

É sabido que muitas empresas estão em sérias dificuldades financeiras, mas quando conseguem dar respaldo e conforto social ao trabalhador atuam como um importante instrumento de confronto à pandemia.

5 – Conclusão

A Constituição já prevê no art. 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, lema esse construído com muita luta pela Reforma Sanitária.

Em um momento atual, de pandemia de Covid-19, somos lançados, sem censura, a uma realidade que evidencia o abismo social existente na sociedade.

O Direito do Trabalho deve estar a postos para este momento de cuidado, físico e mental, daquele que constrói a nação. As leis devem ser utilizadas quando violadas, mas o estágio atual não deve ser somente de aplicação de lei, mas de solidariedade.

Precisamos ingressar em um “novo tempo que, apesar dos castigos, de toda fadiga, de toda injustiça, estamos na briga, pra nos socorrer, pra nos socorrer, pra nos socorrer (...)”³⁷.

37 LINS, Ivan. *Novo tempo*. São Paulo: EMI, 2004.

6 – Referências bibliográficas

- AVOGARO, Matteo. Right to disconnect: French and Italian proposals for a global issue. *Revista Direito das Relações Sociais Trabalhistas*, v. IV, n. 3. set./dez. 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BORSOI, Izabel Cristina Ferreira. Da relação entre trabalho e saúde à relação entre trabalho e saúde mental. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, n. 1 (Edição Especial), p. 103-111, 2007.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Assuntos mais recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho em 2019*, Brasília. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/15efe5d5-9a90-ed08-15d6-b80497be6930>. Acesso em: 4 jul. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KhbvnAvkGXg&t=5109s>. Acesso em: 2 jul. 2020.
- BROOKS, S. K. *et al.* The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The Lancet*, 395(10227), p. 912-920, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30460-8](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30460-8).
- CARDOZO, Carolina Garcia; SILVA, Leticia Oliveira Silva. A importância do relacionamento interpessoal no ambiente de trabalho. *Interbio*, v. 8 n. 2, jul./dez. 2014.
- CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004.
- DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e direito do trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *O nascimento da clínica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- HELOANI, José Roberto; CAPITÃO, Cláudio Garcia. Saúde mental e psicologia do trabalho. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 17, n. 2, jun. 2003.
- HOLMES, E. A. *et al.* Multidisciplinary research priorities for the Covid-19 pandemic: a call for action for mental health science. *Lancet Psychiatry*, published online April 15, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(20\)30168-1](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(20)30168-1).
- JACQUES, Maria da Graça. O nexos causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a Psicologia. *Psicologia & Sociedade*, v. 19, Edição Especial 1, p. 112-119, 2007.
- LE GUILLANT, Louis. *Escritos de Louis Le Guillant: da ergoterapia à psicopatologia do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LINS, Ivan. *Novo tempo*. São Paulo: EMI, 2004.
- MENTAL HEALTH AMERICA. *8 employers supporting employee mental health during Covid-19*. Disponível em: <https://www.mhanational.org/blog/8-employers-supporting-employee-mental-health-during-covid-19>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- OLIVEIRA, W. A. *et al.* Impactos psicológicos e ocupacionais das sucessivas ondas recentes de pandemias em profissionais da saúde: revisão integrativa e lições aprendidas. *Estudos de*

DOCTRINA

Psicologia, Campinas, v. 37, 2020, e200066. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-0275202037e200066>.

PASTORE, José. *O custo dos acidentes e doenças do trabalho no Brasil*. Palestra. 2011. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_320.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

RUIZ, Valéria Salek; ARAUJO, André Luis Lima de. Saúde e segurança e a subjetividade no trabalho: os riscos psicossociais. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 170-180, jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Trabalho e saúde mental na visão da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, n. 81, p. 489-526, jan./jun. 2010.

SILVA-Jr., João Silvestre; FISCHER, Frida Marina. Afastamento do trabalho por transtornos mentais e estressores psicossociais ocupacionais. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 735-744, 2015.

SUPIOT, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. IV, n. 3, set./dez. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Princípios de direito do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. I.

Recebido em: 06/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA, INDÚSTRIA 4.0 E O TELEASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

TECHNOLOGICAL REVOLUTION, INDUSTRY 4.0 AND VIRTUAL ORGANIZATIONAL MORAL HARASSMENT

Adriana Wyzkowski*

RESUMO: O discurso organizacional pautado na violência psicológica fomenta pressões, humilhações e estresse prolongado, ensejando a prática de assédio moral organizacional, cujo objetivo precípua é o aumento da produtividade e lucros em detrimento da dignidade dos trabalhadores. Com a revolução tecnológica, novas práticas foram observadas no ambiente laboral, sobretudo pela fusão entre os mundos físico, digital e biológico, resultando numa maior conexão e controle do trabalhador. Concluiu-se que o teleassédio moral organizacional é factível no mundo do trabalho, uma vez que cobranças, supervisão exagerada, metas abusivas, comparação de resultados, modelos de gestão por estresse e medo, etc. também podem ocorrer pelo uso de tecnologias, monitoramento remoto e inteligência artificial.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Assédio Moral Organizacional Virtual. Revolução Tecnológica. Indústria 4.0.

ABSTRACT: *The organizational discourse based on psychological violence fosters pressure, humiliation and prolonged stress, giving rise to the practice of organizational moral harassment, whose primary objective is to increase productivity and profits to the detriment of the dignity of workers. With the technological revolution, new experiences were observed in the labor world, mainly due to the fusion between the physical, digital and biological worlds, resulting in a greater connection and control of the employees. It was concluded that virtual moral harassment is feasible in the labor world, since charges, exaggerated supervision, abusive goals, comparison of results, models of management by stress and fear, etc. they can also occur through the use of technologies, remote monitoring and artificial intelligence.*

KEYWORDS: *Harassment. Virtual Organizational Moral Harassment. Technological Revolution. Industry 4.0.*

1 – Introdução

A revolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas tornou viável a expansão de tecnologias digitais que influenciaram diretamente no mundo do trabalho. Novos dilemas laborais surgiram em ritmo expo-

* *Doutora em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia; mestre em Direito Privado – Relações Sociais e Novos Direitos da Universidade Federal da Bahia – UFBA; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito; professora adjunta da Universidade Federal da Bahia – UFBA; professora auxiliar da Universidade do Estado da Bahia – Uneb; professora adjunta da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.*

nencial, em especial por conta do processo de mundialização e remodelamento da organização do trabalho. Nesse contexto, o fenômeno da hiperconexão do trabalhador tornou-se uma realidade, fazendo com que a sua disponibilidade perante o desenvolvimento das tarefas atinentes ao labor fosse infinitamente superior a qualquer padrão observado num momento pré-revolução tecnológica.

A quarta revolução industrial rompe os paradigmas até então vivenciados, uma vez que as tecnologias digitais utilizadas são muito mais sofisticadas, além do fato de que as ondas de novas descobertas ocorrem numa velocidade avassaladora. Fundem-se, então, os mundos físicos, digitais e biológicos, imprimindo uma forma de trabalho que aniquila a divisão entre tempo de vida no trabalho e fora dele.

O trabalho *on-line*, por conseguinte, revela uma faceta desse momento complexo e de hiperconexão. Verifica-se um ritmo de trabalho intenso, com controle e pressões que ultrapassam as barreiras do espaço físico e adentram na vida privada dos trabalhadores, o que favorece a prática do assédio moral organizacional. Nesta pesquisa, abordar-se-á a problemática do assédio moral organizacional virtual, também chamado de teleassédio, por meio de um estudo das práticas abusivas que atingem a coletividade de trabalhadores, muitas vezes naturalizada em face de um discurso de gestão cujo objetivo precípua é o aumento da produtividade e o lucro.

2 – Revolução tecnológica e a escravidão digital do trabalhador

A crise experimentada pelo capital nos últimos 40 anos, fruto da decadência do modelo de regulação fordista e taylorista de produção, fez com que mudanças fossem vislumbradas, ensejando uma ascensão do neoliberalismo, reestruturação produtiva e globalização, tidas como respostas ao capital¹. Modificações substanciais no mundo do trabalho são propostas com base na chamada acumulação flexível, que, apoiada numa flexibilidade, altera o mercado de trabalho, dando azo à precarização das condições laborais².

A valorização do capital dentro das próprias fronteiras das economias nacionais é superada pela movimentação econômica por multinacionais, como uma consequência do processo de mundialização. O modelo toyotista de pro-

1 ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. *Caderno do CEAS*, Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581. set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ucesal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401/330>. Acesso em: 18 de jun. 2020.

2 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 22. ed. São Paulo: Loyola, 1992. p. 135.

dução passa a ser ocidentalizado, com investimento em setores estratégicos e remodelamento do trabalho para se adequar a uma economia globalizada³.

Teorias sobre flexibilização laboral ganham espaço em face das condicionantes macroeconômicas e sociais advindas das políticas neoliberais, como uma orientação voltada à diminuição dos direitos trabalhistas⁴. Como consequência desse processo tem-se o desemprego estrutural, agravado ainda mais pelo modelo toyotista de produção e pela revolução tecnológica; afinal, eficiência, qualidade e produção no tempo e quantidade certa – *just in time* e o *lean production* – fazem com que não sejam necessários muitos trabalhadores⁵.

As equipes de produção passam a exigir operários polivalentes, com domínio de diversos ofícios, permitindo rotação de uma tarefa para outra, além de máquinas com ajuste flexível. Nessa senda, a vigilância coletiva por meio de um controle rigoroso dos companheiros enseja um sistema de gestão pautado no *stress – management by stress* –, que, aliado à busca pelo aperfeiçoamento ininterrupto, leva o trabalhador à fadiga e exaustão⁶. O mundo do trabalho, portanto, depara-se com um novo tipo de proletariado diante da redução daqueles trabalhadores que desempenham atividades manuais e um aumento do trabalho precarizado, com degradação acentuada das suas atividades⁷.

Nesse contexto, a revolução tecnológica torna possível a expansão exponencial das tecnologias digitais, fazendo com que novos dilemas laborais surjam em face dos novos modelos de negócio. Na visão de Klaus Schwab, trata-se da quarta revolução industrial, marcada pelo ritmo exponencial e não linear das modificações digitais, que geram novas tecnologias a cada dia⁸.

As tecnologias digitais fundamentadas nos computadores e *softwares* não são novas. No entanto, o efeito dessas tecnologias digitais em face da sofisti-

3 DRUCK, Graça. Globalização, reestruturação produtiva e movimento sindical. *Caderno CRH*, Salvador, n. 24/25, p. 23, jan./dez. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2495/1/RCRH-2006-176%20S.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

4 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009. p. 45-46.

5 GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 330, jan./abr. 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8986/10538>. Acesso em: 17 jun. 2020.

6 VASCONCELOS, Flávio Carvalho de; VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia de; CRUBELLATE, João Marcelo. Stress in organizations: between efficiency and the institutionalization of fear. *Brazilian Administration Review*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 37-52, mar. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-76922008000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jun. 2020.

7 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 193-194.

8 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15-16.

cação, sensores menores e mais baratos, velocidade da internet, aprendizagem automática e inteligência artificial, representa uma ruptura radical nas estruturas da sociedade. Ondas de novas descobertas ocorrem diuturnamente, em áreas que vão da nanotecnologia à computação quântica. A quarta revolução industrial seria diferente das demais por conta da fusão dessas tecnologias e interação entre domínios físicos, digitais e biológicos⁹.

Na Alemanha, cunha-se o termo indústria 4.0 em 2011, na Feira de Hannover, visando à adoção de estratégias que integrem tecnologia da informação e comunicação às estratégias tradicionais de alta tecnologia¹⁰.

A viabilização da chamada indústria 4.0 tem como pressupostos a internet das coisas, o *cyber-physical system* e as fábricas inteligentes. A internet das coisas visa ao estabelecimento de uma conectividade entre aparelhos dotados de inteligência para que eles possam interagir entre si. Os itens são conectados, portanto, à rede mundial de computadores, com o objetivo de tornar os mundos físico e virtual num só. O *cyber-physical system* consiste em integração entre a computação, rede e processos físicos, por meio de monitoramento e controle de entidades físicas. Por fim, as fábricas inteligentes – *smart factory* – combinam recursos de automação com tecnologias de computação avançadas, modificando as plantas de produção para torná-las mais interativas, flexíveis e conectadas¹¹.

A mudança para um sistema de assistência computacional e informatização gera, por óbvio, alterações significativas nas tarefas a serem desempenhadas pelos trabalhadores e, de forma mais ampla, uma mudança no próprio mercado de trabalho em face da interação homem-máquina¹².

Nota-se que, embora esse novo regime tecnológico apresente-se aparentemente de forma inovadora, acaba por se adequar aos desígnios do capital e do

9 SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 19.

10 KAGERNMANN, H.; HELBIG, J. et al. *Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie 4.0: securing the future of German manufacturing industry; final report of the Industrie 4.0 Working Group*. Disponível em: <https://www.din.de/blob/76902/e8cac883f42bf28536e7e8165993f1fd/recommendations-for-implementing-industry-4-0-data.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

11 HERMAN, Mario; PENTEK, Tobias; OTTO, Boris. *Design principles for industrie 4.0 scenarios*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307864150_Design_Principles_for_Industrie_4_0_Scenarios_A_Literature_Review. Acesso em: 17 jun. 2020.

12 BECKER, Till; STERN, Hendrik. *Future trends in human work area design for cyber-physical production systems*. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2212827116312240?token=39EEDEDE4016BE352705A9224B23AB22BECF07F0D18E341F850BBE2D979591AEFCBF0CA5474B55B87EADBC569707FD28>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ideal neoliberal, incentivando a expansão de um novo proletariado, chamado por Ricardo Antunes e Ruy Braga de infoproletariado¹³.

A programação por comandos e direção por objetivos estimula uma falsa autonomia no trabalhador, que reage em tempo real às providências que lhe são destinadas, estando sempre conectados¹⁴. Esse fato possui como facilitador a internet, que, por meio do uso de aplicativos, redes sociais, *e-mails*, dentre outros recursos tecnológicos, promove um controle fidedigno dos corpos e consciências dos trabalhadores. A obediência, motivada e influenciada por meio dos recursos de inteligência artificial, é mecânica e acaba por consagrar apenas os objetivos da classe patronal.

A internet das coisas facilita um monitoramento remoto por meio de ferramentas tecnológicas, deduzidas por meio dos comportamentos e hábitos dos seres humanos, promovendo cada vez mais engajamento. Não se pode esquecer que o *cyber-physical system*, por meio da integração entre computadores, redes e processos físicos, também auxilia nesse monitoramento.

Essa busca por adaptabilidade, flexibilidade e hiperconexão do trabalhador transformou-se em símbolo de eficiência e valorização, redefinindo o emprego e a estrutura ocupacional¹⁵. No entanto, trata-se de simbologia vazia, que reflete uma inquietação entre a exigência de flexibilidade e a necessidade de se ser alguém dotado de personalidade. Os novos dispositivos empresariais exigem engajamento mais completo, adentrando na interioridade das pessoas para que estas se doem ao trabalho, possibilitando a instrumentalização e mercandização dos homens naquilo que eles têm de propriamente humano¹⁶.

As redes, até então formadas em ambientes físicos, passam para a lógica virtual, formando um paradigma de trabalho comunicativo e instantâneo por meio do uso das tecnologias. É, na visão de Ricardo Antunes, uma espécie de escravidão digital, em que o trabalho *on-line* surge para desmoralizar a separação entre o tempo de vida no trabalho e o tempo de vida fora dele. Serviços cada vez mais mercadorizados ensejam ausência de jornada preestabelecida, de remuneração fixa e com um sistema de metas flexível, desde que haja superação da meta do dia anterior¹⁷.

13 ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários* (degradação real do trabalho virtual). São Paulo: Boitempo, 2009. *In passim*.

14 OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. p. 30.

15 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 315.

16 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 466-471.

17 ANTUNES, Ricardo. *Indústrias 4.0 levarão à escravidão digital*. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/ricardo-antunes-industrias-4-0-levarao-a-escravidao-digital>. Acesso em: 17 jun. 2020.

Com base nessas premissas, percebe-se que a hiperconexão do trabalhador já é uma realidade, sendo fruto da revolução tecnológica em curso. Contestável e abominável, a escravidão digital, enquanto vivência real, abre margem a práticas antigas, com uma nova roupagem. Por isso, fundamental tratar do fenômeno do assédio moral virtual, em especial diante da perceptível crise vivenciada no mundo do trabalho.

3 – Noções basilares sobre o assédio moral organizacional

Bullying, mobbing, harassment, ijime, psicoterror, acoso moral são expressões voltadas à identificação de práticas de terror ou torturas psicológicas reiteradas no ambiente laboral¹⁸. No Brasil, a expressão “assédio moral” segue como sendo a mais utilizada para descrever as situações diuturnas e abusivas que ocorrem no mundo do trabalho.

Marie-France Hirigoyen, ao tratar do fenômeno, indica que o assédio moral é vislumbrado nas condutas abusivas que trazem danos à personalidade, dignidade física ou psíquica de um empregado em face de comportamentos, gestos e atos descritos como terror psicológico reiterado¹⁹.

Assim, o assédio moral é caracterizado pelo conjunto de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo que buscam excluir um trabalhador em específico ou o ataque a um grupo de trabalhadores, ofendendo a dignidade humana e outros direitos fundamentais, como integridade física e moral, intimidade, etc.²⁰.

Em relação à identificação do assédio moral de natureza interpessoal, faz-se necessário observar a existência de dois principais sujeitos, o agressor e a vítima²¹. Com frequência, agressor e vítima encontram-se em posição de subordinação hierárquica, o que revela o chamado assédio moral vertical descendente. Menos comum, o assédio moral vertical ascendente ocorre quando um grupo de trabalhadores articula um conjunto de atividades com a finalidade de tornar insuportável a presença de um superior hierárquico²². Por fim, o assédio moral horizontal é vislumbrado em relação às ofensas advindas de trabalhadores que se encontram numa mesma posição hierárquica.

18 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral nas relações de emprego. *Revista do Curso de Direito da Unifacs*, Porto Alegre, Síntese, v. 9, p. 52-71, 2009. p. 53.

19 HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 65.

20 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 120.

21 SANTUCCI, Luciana. *Assédio moral no trabalho*. Belo Horizonte: Leiditathi, 2006. p. 23.

22 RODENAS, Maria José Romero. *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. 3. ed. Albacete: Bomarzo, 2005. p. 17-18.

Independentemente do tipo do assédio moral interpessoal, alguns elementos da violência psicológica são característicos, quer seja a abusividade da conduta do assediador; repetição e prolongamento da violência e o ataque à dignidade do trabalhador²³. Contudo, essa não é a única tipologia vislumbrada no assédio moral, que pode ser fruto de uma prática organizacional voltada ao aumento dos índices de produtividade e eficiência na prestação laboral.

Apresenta-se, então, o assédio moral organizacional, que decorre de uma perspectiva coletiva, fruto da atividade empresarial pautada na demanda de mercado, conforme visto linhas atrás. O cenário do seu surgimento parte da premissa do processo produtivo de acumulação flexível, em que se exige um trabalhador polivalente, que detecte falhas no processo produtivo e compartilhe conhecimento com os demais trabalhadores²⁴.

Com os avanços tecnológicos supracitados, os empregados passam a ser controlados a todo instante, fenômeno este vinculado não só com a vigilância coletiva entre os companheiros, como também pelo meio de tecnologias digitais. O capitalismo pautado na informação traz a aferição da produtividade de forma incisiva, além de estimular a competitividade entre os trabalhadores.

Ademais, as formas de gestão administrativas que levem em consideração controle de qualidade total passam a ser a regra do mercado econômico, afinal, o capital é impaciente e exige retornos rápidos²⁵. Pressão para que metas sejam atingidas, ritmo de trabalho intenso, competitividade e rotatividade são apenas algumas das nuances que estimulam o assédio moral organizacional.

Também chamado de assédio moral institucional, consiste no conjunto de condutas de qualquer natureza, dotadas de abusividade, exercidas de forma repetitiva e prolongada em decorrência de uma relação laboral e que resultem em vexame, humilhação ou constrangimento de um grupo de vítimas, com o objetivo de se obter um engajamento subjetivo destas às políticas e metas da administração em face de estratégias e práticas de gestão que violem direitos fundamentais²⁶.

23 BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. Assédio moral: análise sob a luz dos aspectos configurativos e probatórios deste fenômeno social. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 34, n. 129, p. 175-183, jan./mar. 2008.

24 ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional e medidas internas preventivas e repressivas. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Christina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009. p. 55.

25 EBERLE, André Davi; SOBOLL, Lis Andréa Pereira; CREMASCO, Maria Virgínia Filomena. Compreensões sobre o assédio moral no trabalho a partir da psicodinâmica do trabalho. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009. p. 105.

26 ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012. p. 76.

Dessa forma, os métodos de gestão das empresas fomentam pressões, humilhações e estresse forçado com o objetivo de produtividade e controle organizacional. Repise-se, o controle dos trabalhadores envolve seus corpos, mentes e tempo de trabalho em face de uma tortura psicológica que atinge a dignidade física e psíquica destes²⁷.

Segundo Adriana Calvo²⁸, para que o assédio moral organizacional seja vislumbrado, alguns requisitos precisam estar presentes, como a ofensa ao direito fundamental à saúde no ambiente de trabalho; a presença de modelos de gestão da empresa pautados em administração por estresse, por injúria, dentre outros; o caráter despersonalizado do assédio, sendo dirigido à coletividade e à empresa enquanto agressora.

Percebe-se que, tanto no assédio moral interpessoal quanto no assédio moral institucional, o agressor age de forma abusiva e perversa por meio de atos de ação ou omissão degradantes do meio ambiente laboral²⁹. A título exemplificativo, podem-se elencar como práticas abusivas da empresa a presença de metas exageradas; controle de redes sociais; controle de idas ao banheiro; humilhação daqueles que não atingem as metas estabelecidas, dentre outras.

Assim, tem-se um exercício arbitrário do poder diretivo empresarial, atentando contra a dignidade dos trabalhadores e seus direitos à integridade psíquica e saúde mental³⁰ por conta de um sistema predatório. É imperioso destacar que a política de metas, por si só, não ensejaria assédio moral organizacional. São as pressões relacionadas à produtividade e sistemas criados para promover punições e recompensas que fazem com que o ambiente de trabalho se torne um local hostil³¹.

Ademais, modelos de gestão pautados, estruturalmente, em políticas de terror e perversidade são essenciais para a configuração do assédio moral organizacional. Exemplos desses modelos são a gestão por injúria, a gestão por estresse e a gestão por medo.

A gestão por injúria se apresenta na forma de exposições que depreciam as pessoas, tanto pelo conteúdo do que se fala como pelo tratamento que se

27 GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo, LTr, 2009. p. 37.

28 CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional*. São Paulo: LTr, 2014. p. 78-79.

29 BELMONTE, Alexandre Agra. O assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1.329-1.337, nov. 2008, p. 1.331.

30 RODENAS, Maria José Romero. *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. 3. ed. Albacete: Bomarzo, 2005. p. 29.

31 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. *Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008. p. 94.

efetiva. Já na gestão por estresse tem-se como pressuposto uma suposta melhoria no desempenho laboral por meio de cobranças, supervisão exagerada, metas exigentes, comparação de resultados, dentre outros mecanismos. Por fim, elenca-se, ainda, a gestão por medo, estruturada em condutas agressivas com o objetivo de gerar a adesão dos trabalhadores aos objetivos organizacionais³².

Não se pode esquecer que, para a caracterização dessa tipologia de assédio moral, faz-se imprescindível verificação de seu caráter coletivo, atingindo de forma indistinta os trabalhadores da empresa agressora ou de um determinado setor desta. No assédio organizacional, o agressor revela-se, comumente, como superior hierárquico, diante do caráter de prática empresarial dessa forma de assédio. Esse dado indica, portanto, que o assédio ocorre de forma vertical descendente, possuindo como vítima a massa de trabalhadores³³.

Em suma, o assédio moral organizacional não tem como objetivo finalístico o massacre do psicológico do trabalhador, tal como ocorre com o assédio moral intersubjetivo. A empresa, enquanto agressora, utiliza-se de mecanismos nefastos e, muitas vezes, sutis para fins de aumento da produtividade e lucros, tornando-se mais competitiva no mercado econômico. No entanto, não é menos letal e perigoso. Práticas assediadoras deixam resquícios da violência cotidiana em todas as esferas da vida do ser humano, de sorte a minar a sua resistência perante os abusos empresariais e, por isso, precisam ser combatidas.

4 – Telepressão e a prática de assédio moral virtual

A revolução tecnológica propiciou um acesso facilitado à internet, em especial por conta da utilização de *smartphones*, *tablets*, computadores portáteis de última geração, aplicativos, etc., criando um fenômeno conhecido como “sempre *on-line*”³⁴. O acesso à tecnologia foi viabilizado nesse contexto de quarta revolução industrial, embora não se possa olvidar que os problemas que envolvem inclusão digital são uma realidade atual.

O processo tecnológico, como fora visto no ponto 2 desta pesquisa, tem como fundamento uma otimização econômico-financeira que visa ao lucro ao capital, fenômeno este que agrega como essência a efemeridade de tudo e que traz a necessidade de sucateamento rápido dos ciclos tecnológicos, mantendo

32 *Ibidem*, p. 81-82.

33 GOSDAL, *op. cit.*, p. 40.

34 GAUTHIER, Gustavo. *El derecho laboral ante el reto de la economía compartida: apps, smartphones y trabajo humano*. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117>. Acesso em: 18 jun. 2020.

a lógica consumista³⁵. Essa simbiose entre tecnologia, capital e mundo do trabalho cria novos trabalhos, gerando espécies de trabalhos 4.0 na *gig economy* (economia de bico), como o *crowdwork* – trabalho em plataformas eletrônicas – e o *work on demand* – trabalho por demanda – via *apps*³⁶.

As mutações globais envolvem, assim, uma tecnologia portátil, facilitada pela internet das coisas, e que permite uma conexão permanente do trabalhador, de forma mais ou menos voluntária, e em qualquer localidade, desde a sua própria casa até a empresa³⁷. Esse processo acaba por alterar o local de trabalho, especialmente pelo uso de automação e plataformas digitais. Inclusive, esse fenômeno oportuniza o aumento do teletrabalho³⁸, já que muitas tarefas independem do local físico do trabalhador³⁹.

Um mundo laboral virtual, portanto, corrobora com o surgimento do trabalho precarizado em âmbito tecnológico quando se tem a formação de escravos dos cliques nas telas e dos meios digitais, que cada vez mais dedicam seu tempo e vida para atender às demandas laborais. Óbvio que não se pode ignorar o progresso científico em termos tecnológicos, de sorte que essa fusão entre mundo físico e mundo virtual laboral é uma realidade que não vai desaparecer. Busca-se, no entanto, compreender como esses arranjos acabam por instigar as velhas práticas de assédio moral.

A necessidade de produtividade e superexploração do trabalhador impõe um ritmo de trabalho acelerado com as novas tecnologias, permitindo concessões em relação ao tempo de descanso que acabam por minar direitos fundamentais como lazer e convivência familiar. O teletrabalho demanda a realização de atividades a distância, não apenas no regime de *home office*, como também em telecentros remotos, com demarcações pontuais de períodos de descanso, invadindo, por vezes, a esfera pessoal da vida do trabalhador⁴⁰.

35 AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018. p. 74.

36 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 lusobrasileiro*. São Paulo: LTr, 2018. p. 192.

37 *Ibidem*, p. 193.

38 A Lei nº 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, dispôs sobre o teletrabalho, configurando-o como aquele em que a prestação dos serviços se dá preponderantemente fora das dependências do empregador e com a utilização de tecnologias de informação e comunicação, conforme o art. 75-B da CLT.

39 ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. In: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (Org.). *O primeiro ano de vigência da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista) – reflexões e aspectos práticos*. São Paulo: LTr, 2018. p. 19.

40 NUNES, Talita Camila Gonçalves. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 167, ano 42, p. 183-208, jan./fev. 2016, p. 184.

Assim, uma cultura organizacional de constante conexão e disponibilidade do trabalhador, com pressão para respostas imediatas, revela um abuso por parte do empregador, configurando o chamado assédio moral organizacional virtual⁴¹. Consiste, portanto, numa forma sofisticada de violência psicológica por meio da intimidação e terror praticados em ambiente virtual por meio da utilização de plataformas digitais, aplicativos e meios informatizados, com o objetivo precípua de atender às demandas empresariais por lucro e aumento da produtividade, sendo dirigida a uma coletividade de trabalhadores.

Não se trata, contudo, da única forma de prática de assédio moral laboral em ambiente virtual. As tecnologias facilitaram também o chamado assédio moral interpessoal, com estímulo de práticas violentas em relação às vítimas por meio de *e-mails*, redes sociais, *apps*, etc., conduzindo a uma espécie de *cyberbullying* no ambiente laboral virtual⁴².

Por isso, Talita Nunes conceitua o teleassédio moral, também denominado de assédio moral virtual, como a conduta dirigida a um trabalhador ou grupo de trabalhadores, velada ou não, reiterada, na qual a vítima ou vítimas ficam expostas a situações humilhantes e vexatórias em razão de mensagens por escrito ou áudios, enviadas por aplicativos, correio eletrônico, reuniões virtuais ou teleconferências, independentemente da intencionalidade do agente⁴³.

Importante salientar que o assédio moral virtual pode ser vislumbrado em dois aspectos distintos. No primeiro, entende-se que o assédio moral virtual engloba as práticas ligadas a ambientes virtuais empresariais, como ocorre com o teletrabalho. Em outra linha, o assédio moral não necessita da configuração de trabalho em ambiente virtual, ocorrendo da mesma forma que o assédio moral físico, só que por meio da utilização de instrumentos eletrônicos para a prática⁴⁴.

Um hábito de trabalho baseado em respeito mútuo e na dignidade humana é essencial para prevenção no tocante à temática do assédio moral. Sob a égide desse espírito, a Organização Internacional do Trabalho – OIT adotou, em 2019,

41 SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. As inovações tecnológicas e o assédio moral organizacional virtual. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, ano 3. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=64&path%5B%5D=39>. Acesso em: 18 jun. 2020.

42 MARINO, Renato de Castro; MARINO, Lúcia Helena Fazzane de Castro. A conduta do assédio moral virtual no ambiente de trabalho. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 2, 2018, p. 497.

43 NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 251-252.

44 GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone. *O assédio moral virtual no meio ambiente de trabalho: assédio moral eletrônico e teleassédio*. Disponível em: https://professor-rodrigogold.net/wp-content/uploads/2019/07/artigo_Rodrigo_Lilian_Teleassedio_2015_revista_trt12.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

a Convenção sobre violência e assédio. O artigo 3º da Convenção nº 190 da OIT reconhece que o assédio no mundo do trabalho ocorre durante ou como resultado do trabalho, podendo ser verificado no âmbito das comunicações relacionadas ao trabalho, por meio de tecnologias da informação e comunicação⁴⁵.

O Brasil, apesar de não ter ratificado ainda a supracitada convenção, possui legislação própria sobre combate à intimidação sistêmica – Lei nº 13.185/2015 – abarcando situações genéricas para prevenção e combate ao *cyberbullying*, em especial no âmbito escolar. Como possui contorno abrangente, a referida legislação pode ter aplicabilidade aos fenômenos trabalhistas de assédio moral em âmbito virtual⁴⁶.

O assédio moral institucional virtual, então, comunga das mesmas características do assédio moral organizacional presencial, afastando-se desta última figura por conta dos meios utilizados para a prática da conduta abusiva, que pode se dar pela utilização de recursos tecnológicos ou em razão do exercício do teletrabalho. Metas exageradas para teletrabalhadores, exigência de respostas rápidas, estar sempre conectado, controle das redes sociais, ridicularização daqueles que não atingem determinado patamar de metas estabelecidas, concentração de atividades e aumento da cobrança no teletrabalho, pressões, etc. são apenas alguns exemplos de condutas abusivas do empregador em ambiente virtual ou pelo emprego de recursos tecnológicos. Atos institucionais destrutivos e perversos, portanto, são vislumbrados tanto no mundo do trabalho físico quanto no mundo do trabalho virtual.

Marie-France Hirigoyen⁴⁷, embora não observe a prática do assédio especificamente no âmbito virtual, entende que o assédio moral organizacional possui por características o estresse, a comunicação defeituosa, a padronização e a falta de reconhecimento. O meio ambiente de trabalho torna-se, então, um palco para inovações tecnológicas, levando a uma perda de identidade e padronização das pessoas, já que as diferenças não são resguardadas.

O objetivo fim do assédio moral organizacional virtual, tal como ocorre nas práticas de assédio moral organizacional, continua a ser o lucro e não a vida dos trabalhadores inseridos naquele sistema. Caso interessante sobre o

45 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo*, 2019 (nº 190). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

46 FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Novas tecnologias e relações de trabalho: *cyberbullying*, responsabilidade patronal e reforma trabalhista. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 4, p. 605-606, 2018.

47 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 188-192.

tema, advindo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região⁴⁸, versa sobre a utilização de um dispositivo nomeado “ilha sem papel”. Trata-se de um programa de computador criado em uma empresa para possibilitar o controle diário de produtividade de cada empregado. Ao longo do dia, os trabalhadores recebem mensagem em seus dispositivos, indicando cumprimento da meta ou não. Caso não cumprissem a meta, eram então nomeados como “perdedores da ilha”, “burros”, “incompetentes”.

O Tribunal Regional do Trabalho compreendeu que a cobrança de metas deve estar pautada na dignidade do trabalhador, de sorte que, na situação concreta, houve conduta abusiva do empregador. Embora a demanda trabalhista observasse o assédio moral interpessoal, percebe-se que, no caso concreto, o teleassédio moral institucional restou-se presente em face das ofensas dirigidas àqueles que não cumpriam a meta, numa espécie de gestão por injúria.

Além das metas, Claiz Maria dos Santos elenca, como práticas assediadoras em âmbito virtual, as câmeras instaladas nos computadores que transmitem em tempo real a imagem do empregado; programas que espelham a imagem do monitor ou captam os dados digitados pelo teclado; sistemas eletrônicos acessíveis por *login* e *logout*, com o monitoramento dos períodos e atividades realizadas e exigência de envio imediato de cada tarefa realizada⁴⁹.

Tais exemplificações são essenciais para compreender o instituto, que revela velhas condutas sob a roupagem de novas tecnologias. A aceleração das modificações no mundo do trabalho e a integração entre ambiente físico e virtual, já tão evidentes na sociedade tecnológica, ganham dimensão ainda mais acelerada por meio do trabalho 4.0.

Em síntese, verifica-se uma obediência por parte dos empregados controlada e influenciada pela inteligência artificial, de sorte a tornar difícil a separação entre o tempo de vida no trabalho e tempo de vida fora dele. As práticas de assédio moral virtual, valendo-se dessas condições, geram consequências nefastas à vida dos trabalhadores, em especial pela criação de um ambiente de trabalho depreciativo, com alto uso de recursos de conectividade e monitoramento, numa verdadeira hegemonia informacional digital. Entretanto, os novos contornos do terror psicológico no Direito do Trabalho remetem a velhas

48 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo 001260-82.2011.5.03.0143. Rel. Des. Heriberto de Castro. 11ª turma. DJ 06 dez. 2012. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=827>. Acesso em: 18 jun. 2020.

49 SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. As inovações tecnológicas e o assédio moral organizacional virtual. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, ano 3. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=64&path%5B%5D=39>. Acesso em: 18 jun. 2020.

práticas, que se valem do meio virtual para minar e depreciar a dignidade das vítimas. Por isso, precisam ser reconhecidas e combatidas tais como as espécies de assédio moral que ocorrem na realidade física, sob pena de “normalizar” condutas assediadoras em face do espaço em que são praticadas.

5 – Conclusões

Em síntese, conclui-se que:

I – A quarta revolução industrial representa uma mudança de paradigmas no mundo do trabalho, uma vez que estimula o controle e vigilância, inclusive entre colegas de trabalho, por meio de uma hiperconectividade do trabalhador e pela conexão entre este e os aparelhos dotados de inteligência artificial em face da nomeada “internet das coisas”;

II – As práticas abusivas de violência psicológica se reinventam no mundo do trabalho, ocasionando uma nova forma de praticar assédio moral, valendo-se das condições desencadeadas pela revolução digital. O assédio moral virtual ou teleassédio, assim, consiste numa forma sofisticada de assédio, dirigida a um trabalhador ou grupo de trabalhadores, de forma reiterada, com o objetivo de atingir a dignidade da (s) vítima (s);

III – Sua característica essencial abarca a utilização recursos tecnológicos, o que significa dizer que essa forma de terror psicológico ocorre por meio de mensagens por escrito ou meios audiovisuais direcionados pelo uso de correio eletrônico, aplicativos de mensagens, reuniões virtuais, captação da imagem e dados dos trabalhadores, monitoramento do teletrabalho, exigência de conexão, dentre outros recursos, expondo estes a situações degradantes ou vexatórias;

IV – O assédio moral organizacional virtual é uma modalidade de tele-assédio moral que, valendo-se da naturalização da violência, oportuniza um sistema de gestão organizacional que fomenta pressões, humilhações e estresse prolongado, cujo propósito é o aumento da produtividade e lucro. Vigilância por meios virtuais, metas exageradas, necessidade de estar logado a todo momento, urgência nas respostas pela utilização de instrumentos tecnológicos, controle de tempo das atividades realizadas em teletrabalho, comparação de resultados, captação de dados dos trabalhadores, etc. são padrões observados na prática do assédio moral organizacional virtual. Assim, os novos contornos do terror psicológico no Direito do Trabalho remetem às velhas práticas de assédio moral organizacional, que agora se valem dos instrumentos tecnológicos para minar a dignidade psíquica das vítimas com um ritmo de trabalho acelerado e controle excessivo.

6 – Referências bibliográficas

- AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.
- ANTUNES, Ricardo. *Indústrias 4.0 levarão à escravidão digital*. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/ricardo-antunes-industrias-4-0-levarao-a-escravidao-digital>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários* (degradação real do trabalho virtual). São Paulo: Boitempo, 2009.
- ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012.
- ARAÚJO, Adriane Reis de. O assédio moral organizacional e medidas internas preventivas e repressivas. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Christina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.
- ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. *Caderno do CEAS*, Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581. set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401/330>. Acesso em: 18 de jun. 2020.
- BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. Assédio moral: análise sob a luz dos aspectos configurativos e probatórios deste fenômeno social. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 34, n. 129, p. 175-183, jan./mar. 2008.
- BECKER, Till; STERN, Hendrik. *Future trends in human work area design for cyber-physical production systems*. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2212827116312240?token=39EEDEDE4016BE352705A9224B23AB22BECF07F0D18E341F850BBE2D979591AEFCBF0CA5474B55B87EADBC569707FD28>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- BELMONTE, Alexandre Agra. O assédio moral nas relações de trabalho – uma tentativa de sistematização. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1.329-1.337, nov. 2008.
- BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo 001260-82.2011.5.03.0143. Rel. Des. Heriberto de Castro. 11ª turma. DJ 06 dez. 2012. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=827>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- CALVO, Adriana. *O direito fundamental à saúde mental no ambiente de trabalho: o combate ao assédio moral institucional*. São Paulo: LTr, 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- DRUCK, Graça. Globalização, reestruturação produtiva e movimento sindical. *Caderno CRH*, Salvador, n. 24/25, p. 23, jan./dez. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2495/1/RCHR-2006-176%20S.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- EBERLE, André Davi; SOBOLL, Lis Andréa Pereira; CREMASCO, Maria Virgínia Filomena. Compreensões sobre o assédio moral no trabalho a partir da psicodinâmica do trabalho. In:

DOCTRINA

SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.

FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Novas tecnologias e relações de trabalho: *cyberbullying*, responsabilidade patronal e reforma trabalhista. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 4, 2018.

GAUTHIER, Gustavo. *El derecho laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano*. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone. *O assédio moral virtual no meio ambiente de trabalho: assédio moral eletrônico e teleassédio*. Disponível em: https://professor-rodrigogold.net/wp-content/uploads/2019/07/artigo_Rodrigo_Lilian_Teleassedio_2015_revista_trt12.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 330, jan./abr. 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8986/10538>. Acesso em: 17 jun. 2020.

GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andréa Pereira. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina (Org.). *Assédio moral interpessoal e organizacional: um enfoque interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 22. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

HERMAN, Mario; PENTEK, Tobias; OTTO, Boris. *Design principles for industrie 4.0 scenarios*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307864150_Design_Principles_for_Industrie_40_Scenarios_A_Literature_Review. Acesso em: 17 jun. 2020.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

KAGERNMANN, H.; HELBIG, J. *et al. Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie 4.0: securing the future of German manufacturing industry; final report of the Industrie 4.0 Working Group*. Disponível em: <https://www.din.de/blob/76902/e8cac883f42bf28536e7e8165993f1fd/recommendations-for-implementing-industry-4-0-data.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

MARINO, Renato de Castro; MARINO, Lúcia Helena Fazzane de Castro. A conduta do assédio moral virtual no ambiente de trabalho. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, n. 2, 2018.

MELO, Sandro Nahmias Melo; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. *Direito à desconexão do trabalho: com análise crítica da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17)*. São Paulo: LTr, 2018.

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.

DOCTRINA

NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 167, ano 42, p. 183-208, jan./fev. 2016.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo*, 2019 (nº 190). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral nas relações de emprego. *Revista do Curso de Direito da Unifacs*, Porto Alegre, Síntese, v. 9, p. 52-71, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. In: ZAVANELLA, Fabiano; ROCHA, Marcelo Oliveira (Org.). *O primeiro ano de vigência da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista): reflexões e aspectos práticos*. São Paulo: LTr, 2018.

RODENAS, Maria José Romero. *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. 3. ed. Albacete: Bomarzo, 2005.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. As inovações tecnológicas e o assédio moral organizacional virtual. *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, ano 3. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=64&path%5B%5D=39>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SANTUCCI, Luciana. *Assédio moral no trabalho*. Belo Horizonte: Leiditathi, 2006.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. *Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

VASCONCELOS, Flávio Carvalho de; VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia de; CRUBELLATE, João Marcelo. Stress in organizations: between efficiency and the institutionalization of fear. *Brazilian Administration Review*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 37-52, mar. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-76922008000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jun. 2020.

Recebido em: 01/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

O NOVO NORMAL NO AMBIENTE DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

THE NEW NORMAL IN THE WORKPLACE AND ITS CONSEQUENCES

Ricardo Souza Calcini*
Alexandra Cristina Cypriano Bianchi**

RESUMO: O presente artigo trata do estudo sobre o retorno ao trabalho durante o período de pandemia decorrente da Covid-19, as medidas a serem tomadas pelas empresas e a serem observadas pelos trabalhadores. As consequências jurídicas decorrentes da inobservância das normas de proteção ao trabalho neste momento de retorno denominado novo normal e em caso de contaminação dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Normal. Retorno ao Trabalho Durante a Pandemia. Medidas Protetivas, Saúde e Segurança do Trabalho. Recomendações da OIT. Portaria Conjunta nº 20, de 18.06.2020. Covid-19.

ABSTRACT: *This article deals with the study on the return to work the pandemic period resulting from COVID-19, the measures to be taken by companies and to be observed by workers. The legal consequences resulting from the non-observance of labor protection rules in this moment of return called the new normal and in case of contamination of workers.*

KEYWORDS: *New Normal. Return to Work During Pandemic. Protective Measures, Health and Safety at Work. ILO Recommendations. Joint Ordinance no. 20 (18th June 2020). COVID-19.*

1 – Introdução

Assim como em todas as áreas da vida cotidiana, as relações do trabalho sofreram alterações em razão do estado de calamidade decorrente da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19).

Em meio a essa turbulência de emoções e alterações na forma de desenvolvimento do trabalho, foi editada a Medida Provisória nº 936/2020, a qual

* *Mestre em Direito pela PUC-SP; pós-graduado em Direito Processual Civil (EPM TJ/SP) e em Direito Social (Mackenzie); professor de Direito do Trabalho da FMU; professor convidado de cursos jurídicos e de pós-graduação (FADI, ESA, Kroton, OAB, Damásio e EPD); consultor especialista nas relações trabalhistas e sindicais.*

** *Advogada; consultora jurídica de relações trabalhistas e sindicais, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie e em Administração e Direito do Terceiro Setor pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).*

autorizou que as empresas negociassem com os trabalhadores, via acordo individual, a redução de jornada e de salário e até mesmo a suspensão temporária dos contratos de trabalho, sendo que após tais opções as atividades devem ser retomadas, ou, ainda, os contratos serem rescindidos em caso de insuficiência de recursos financeiros dos empregadores.

2 – O novo normal no ambiente de trabalho

Passados alguns meses da decretação do estado de calamidade, as atividades começaram a ser retomadas aos poucos e criou-se o denominado “novo normal” no ambiente de trabalho, sendo que em razão do disposto na Lei nº 13.979¹, de 6 de fevereiro de 2020, o Ministério da Economia e Secretaria Especial de Previdência e Trabalho editou a Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020, a qual “Estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho”.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por sua vez, também publicou recomendações/orientações para que fossem adotadas condições seguras e eficazes de retorno ao trabalho.

A partir da edição da Portaria Conjunta e recomendações da OIT, é certo que foram criadas novas obrigações às empresas no que tange às normas de higiene e de saúde no ambiente de trabalho, além daquelas já existentes, como, por exemplo, na NR 24 (com a nova redação aprovada pela Portaria nº 1.066, de 23 de setembro de 2019) e nas Convenções ns. 120 e 155 da OIT ratificadas pelo Brasil, bem como aquelas constantes dos acordos e convenções coletivas do trabalho.

Dessa forma, além das medidas já adotadas (NR 24, Convenções ns. 120 e 155 da OIT, convenções e acordos coletivos do trabalho), deverão ser implementadas novas medidas constantes da Portaria Conjunta nº 20², de 18 de junho de 2020, tais como:

a) Estabelecer e divulgar orientações ou protocolos com a indicação das medidas necessárias para prevenção, bem como informações sobre a Covid-19

1 A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

2 BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020. *DOU* 19.06.2020, ed. 116, seção 1, p. 14. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>. Acesso em: 2 jul. 2020.

DOCTRINA

relativas ao: contágio, sinais e sintomas e cuidados necessários para redução da transmissão no ambiente de trabalho e na comunidade, disponibilizando-as aos trabalhadores para consulta sempre que necessário;

b) Criar procedimentos para que os trabalhadores possam reportar à empresa sinais ou sintomas compatíveis com a Covid-19 ou contato com caso confirmado da doença;

c) Dar instruções sobre higiene das mãos e etiqueta respiratória;

d) Afastar imediatamente os trabalhadores das atividades laborais presenciais, por quatorze dias, quando se tratar de casos confirmados da Covid-19 ou suspeitos da doença, ou, ainda, de trabalhadores que tiveram contato com pessoas de casos confirmados do novo coronavírus, somente permitindo o retorno dos trabalhadores antes do período de quatorze dias se houver comprovação via exame laboratorial da inexistência do vírus;

e) Realizar triagem na entrada do estabelecimento em todos os turnos de trabalho, utilizando medição de temperatura corporal por infravermelho ou equivalente, antes que os trabalhadores iniciem suas atividades;

f) Orientar os trabalhadores sobre a correta e frequente higienização das mãos com utilização de água e sabonete ou, caso não seja possível a lavagem das mãos, com sanitizante adequado para as mãos, como álcool a 70%;

g) Adotar procedimentos para que, na medida do possível, os trabalhadores evitem tocar superfícies com alta frequência de contato, como botões de elevador, maçanetas, corrimãos, etc.;

h) Disponibilizar recursos para a higienização das mãos próximos aos locais de trabalho, incluindo água, sabonete líquido, toalha de papel descartável e lixeira, cuja abertura não demande contato manual, ou sanitizante adequado para as mãos, como álcool a 70%;

i) Orientar os trabalhadores quanto ao não compartilhamento de toalhas e produtos de uso pessoal, para que evitem tocar boca, nariz, olhos e rosto com as mãos, além de praticar etiqueta respiratória, incluindo utilizar lenço descartável para higiene nasal, cobrir nariz e boca ao espirrar ou tossir e higienizar as mãos após espirrar ou tossir.

j) Determinar que os trabalhadores mantenham o uso de máscara cirúrgica ou de tecido, bem como adotar divisórias impermeáveis ou fornecer proteção facial do tipo viseira plástica (*face shield*) ou fornecer óculos de proteção;

k) Manter distância segura entre os trabalhadores de no mínimo 1,5 metro;

DOCTRINA

l) Nos casos em que há atendimento de pessoas, procurar manter agendamentos de horários para evitar a aglomeração e para distribuir o fluxo de pessoas;

m) Distribuir a força de trabalho ao longo do dia, evitando concentrá-la em um turno só;

n) Limpar e desinfetar os locais de trabalho e áreas comuns no intervalo entre turnos;

o) Reforçar a limpeza de pontos de grande contato como corrimões, banheiros, maçanetas, terminais de pagamento, elevadores, mesas, cadeiras, etc.;

p) Privilegiar a ventilação natural nos locais de trabalho. No caso de aparelho de ar-condicionado, evitar recirculação de ar e verificar a adequação de suas manutenções preventivas e corretivas;

q) Estimular a prática do teletrabalho, trabalho remoto e/ou *home office*, bem como utilizar prioritariamente reuniões virtuais;

r) Fornecer quanto necessário máscara de proteção aos visitantes da empresa, trabalhadores que estiverem sem máscara ao chegar na empresa, clientes, entre outros, evitando assim que qualquer pessoa adentre à empresa sem a proteção adequada;

s) Além de evitar o compartilhamento de objetos e utensílios, ainda retirar de locais comuns objetos que possam ser compartilhados, mantendo em tais locais somente produtos para higienização, como, por exemplo, álcool a 70%.

Em sentido semelhante foram as orientações³ emitidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais destacam que os trabalhadores devem ser orientados a se sentirem seguros em seus locais de trabalho quanto a riscos de saúde, especialmente aqueles associados à Covid-19. E para afastar de situações de risco, segundo a OIT, as empresas devem:

a) Formar uma equipe para planejar e organizar o retorno ao trabalho, ou seja, a empresa deverá reunir a equipe de segurança e saúde ocupacional, podendo, inclusive, utilizar-se dos membros da CIPA ou inexistindo essa equipe deverá constituir uma equipe com o mesmo número de membros representando a empresa e os trabalhadores, como ocorre nos casos de comissões para negociação de participação nos lucros e resultados;

3 OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Safe return to work: ten action points*. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_745541/lang--en/index.htm. Acesso em: 1º jul. 2020.

DOCTRINA

b) Decidir quando reabrir, quem volta a trabalhar e como, ou seja, antes do retorno das atividades a empresa deverá avaliar o risco, verificar se as medidas preventivas e de controle foram adotadas para que haja um retorno seguro ao trabalho, bem como a forma como serão realizados os trabalhos (se parte da equipe via remoto, distância entre trabalhadores, grupos de riscos, etc.);

c) Adotar medidas de engenharia, organizacionais e administrativas, ou seja, a empresa deverá implementar medidas para impedir a transmissão de doenças; orientar trabalhadores para que não haja interação física; priorizar, se possível, o trabalho a distância (trabalho remoto) e caso não seja possível fazer com que haja distância mínima de 2 metros entre os trabalhadores/postos de trabalhos; haja barreiras, sanitização dos ambientes, especialmente de uso comum, fornecimento de orientações acerca das medidas de precaução;

d) Promover a limpeza e desinfecção do ambiente de trabalho de forma regular, ou seja, antes de reabrir, que os ambientes sejam desinfectados e limpos, que haja orientação aos trabalhadores para que não compartilhem objetos de uso pessoal e que o ambiente seja regularmente higienizado;

e) Prover higiene pessoal, ou seja, caberá à empresa fornecer aos trabalhadores as condições e os meios necessários para a lavagem frequente das mãos com água e sabão por pelo menos 40 segundos ou com um gel desinfetante com no mínimo 60% de álcool;

f) Prover equipamentos de proteção e informar o uso correto, ou seja, fornecer gratuitamente os equipamentos de proteção aos trabalhadores juntamente com as instruções de uso, limpeza, desinfecção, além de promover o treinamento e supervisão quanto ao uso correto;

g) Monitorar a saúde dos funcionários, verificando o estado de saúde dos trabalhadores, desenvolvendo protocolos para casos de contágio, tanto suspeitos como confirmados, protegendo os dados médicos;

h) Considerar outros riscos, incluindo o psicossocial, ou seja, a empresa deverá manter a equipe de saúde e segurança do trabalho informada quanto às alterações feitas em razão da Covid-19, como está a evolução, além de disponibilizar serviços de aconselhamento psicológico aos trabalhadores, se necessário e, ainda, incentivar a promoção da saúde e bem-estar no ambiente de trabalho;

i) Revisar os planos de preparação de emergência, ou seja, a empresa deverá desenvolver um plano de emergência adaptado à Covid-19, analisar e atualizar o plano de emergência e evacuação, especialmente diante das novas configurações dos postos de trabalho;

j) Revisar e atualizar as medidas preventivas e de controle, ou seja, deverá monitorar periodicamente se as medidas de prevenção adotadas foram adequadas para evitar ou minimizar os riscos, bem como manter os registros de acidentes, doenças, etc. atualizados para que possam ser implementadas ações corretivas para melhoria contínua.

Verificamos, dessa forma, que as recomendações da OIT, ainda que de uma forma um pouco diferenciada, foram contempladas na Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho 2020, e, portanto, podemos dizer que houve uma extensão das medidas protetivas da saúde dos trabalhadores já existentes.

Nesse “novo normal”, as empresas terão que adotar diversas medidas de proteção dos trabalhadores, tais como: formar comissão; fornecer ambiente de trabalho saudável e higienizado; oferecer produtos para higienização periódica (álcool a 70%, além de água e sabão e toalhas descartáveis); alterar postos de trabalho para que haja distância segura entre os trabalhadores; orientar e acompanhar a utilização dos EPIs e das máscaras para proteção (de pano, cirúrgicas); e, acima de tudo, adotar posturas para que não haja assédio ou até mesmo discriminação dos trabalhadores que porventura tenham se contaminado pela Covid-19.

Assim sendo, criaram-se novas obrigações aos empregadores que, se não cumpridas e forem motivo para exposição dos trabalhadores aos riscos de saúde, podem ser motivo de rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483⁴, alínea *c*, da CLT).

Em contrapartida também foram impostos novos deveres aos trabalhadores quanto à observância e ao cumprimento das regras de higiene e saúde, além da utilização das medidas de proteção de forma correta, como é o caso do distanciamento entre colegas de trabalho, sendo que o descumprimento pelo trabalhador de forma a colocar em risco a saúde/vida dos demais colegas de trabalho poderá gerar advertências, suspensão e até mesmo a dispensa por justa causa (art. 482⁵, alíneas *b* e *h*, da CLT), uma vez que a preservação da saúde com a utilização dos meios existentes para higienização, saúde e segurança é um dever de todos, de modo que o empregado ao deixar de utilizá-los/observá-los estará agindo de forma incorreta (mau procedimento) e com indisciplina.

4 “Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...) c) correr perigo manifesto de mal considerável; (...)”

5 “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: b) incontinência de conduta ou mau procedimento; (...) h) ato de indisciplina ou de insubordinação; (...)”

Além das consequências com adequação do ambiente de trabalho, orientação aos trabalhadores para utilização dos meios de proteção e consequências jurídicas acima elencadas, ainda há a questão relativa aos procedimentos a serem adotados em caso de contágio do trabalhador no ambiente de trabalho, bem como suas consequências.

É certo que a partir da adoção dessas medidas pelo empregador, os riscos de eventual enquadramento da contaminação pela Covid-19 como doença ocupacional ficam minimizados, evitando-se, assim, a incidência da previsão contida no art. 20⁶, alínea *d*, da Lei nº 8.231/91.

3 – Aspectos legais sobre as doenças ocupacionais e a correlação com o coronavírus

Após abordar as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da Covid-19 nos ambientes de trabalho, é forçoso tratar das consequências legais em razão do descumprimento das normas relativas à saúde, à segurança e ao meio ambiente de trabalho.

José Cairo Júnior sustenta que “o acidente de trabalho afastava o empregado de suas tarefas, gerando prejuízos para ele próprio, para sua família, para a sociedade e para a empresa, que deixava de contar com aquele empregado mais experiente” (CAIRO Jr., 2015, p. 62).

Nesse prumo, a Lei nº 8.213/91 conceitua acidente de trabalho em seu art. 19 como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou perda ou a redução da capacidade permanente ou temporária para o trabalho.

Com isso, a lei delega ao empregador a responsabilidade pela adoção e uso das medidas de proteção e segurança da saúde do trabalhador, nos termos dispostos no § 1º do referido art. 19 da Lei nº 8.213/91: “§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador” (BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991).

No mesmo sentido, o art. 20 da referida Lei dispõe que são consideradas como acidente de trabalho as doenças ocupacionais, nos seguintes termos:

6 “Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: (...) d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. (...)”

DOCTRINA

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.” (BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)

A par disso, convém diferenciar as espécies de doenças elencadas pelos incisos I e II do artigo supramencionado, sendo que as doenças profissionais “são desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade. Dada sua tipicidade, prescindem de comprovação do nexo de causalidade com o trabalho” (MONTEIRO; BERTAGNI, 2018).

Já as doenças do trabalho, ou doenças profissionais atípicas, “são aquelas desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionem diretamente (...) Contudo, por serem atípicas, exigem a comprovação do nexo de causalidade com o trabalho” (MONTEIRO, 2018).

Prosseguem os autores:

“Enquanto as doenças profissionais resultam de risco específico (característica do ramo de atividade), as do trabalho têm como causa ou concausa o risco específico indireto. Assim, por exemplo, uma bronquite asmática normalmente provém de um risco genérico e pode acometer qualquer pessoa. Mas, se o trabalhador exercer sua atividade sob condições especiais, o risco genérico transforma-se em risco específico indireto.” (MONTEIRO; BERTAGNI, 2018)

Por seu turno, o § 1º do art. 20 da Lei Previdenciária lista um rol taxativo das causas que não se enquadram como doenças ocupacionais, assim prevendo:

“§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;

DOCTRINA

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição.” (BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)

Por outro lado, em que pese o disposto na alínea *d* do artigo supracitado, o inciso III do art. 21 da Lei nº 8.213/91 considera como acidente de trabalho a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade:

“Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

(...)

III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade.”

Importante referir também que o § 2º do art. 20 da Lei em comento estende, excepcionalmente, a proteção aos trabalhadores ao prever que outras moléstias não inseridas no Regulamento mencionado pela Lei poderão relacionar-se com a atividade desenvolvida e, assim, serem consideradas como acidente de trabalho.

No mesmo sentido, é o disposto no art. 21-A da Lei Previdenciária, que delega à perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a função de assinalar a natureza acidentária de incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e a patologia decorrente da relação existente pela atividade desenvolvida pelo trabalhador. Aliás, nesse sentido, há jurisprudência sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme teor do REsp 226.762-SC⁷.

Ao julgar um conjunto de ADIs⁸ contra a MP nº 927/2020, a excelsa Suprema Corte suspendeu a eficácia do art. 29 da MP, de modo que a doença ocasionada pelo novo coronavírus pode então ser considerada como acidente de trabalho, em que pese a moléstia não esteja relacionada no Regulamento referido na Lei nº 8.213/91.

No presente caso, pode-se dizer que a exegese legal mais adequada é o enquadramento da doença causada pelo coronavírus no inciso II do art. 20

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 226.762/SC*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, publ. 10.04.00. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900719786&dt_publicacao=10-04-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF. Acesso em: 26 maio 2020.

8 ADIs 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349 e 6.352.

da Lei nº 8.213/91, cumulada com a exceção prevista na alínea *d* do § 1º do mesmo dispositivo:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

(...)

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

(...)

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

No entanto, para que haja perfeita adequação da doença causada pela Covid-19 como doença ocupacional, cumpre alertar para o fato de que é necessário o nexo causal da contaminação com a atividade desenvolvida.

E sobre o nexo causal, a doutrina (DELGADO, 2016, p. 693) afirma que é decisivo que haja evidência bastante da relação de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo empregado e, nos casos de doenças profissionais, ocupacionais e acidentes de trabalho, é possível a verificação de diversidade de causas com respeito à lesão, algumas, inclusive, fora da alçada do empregador (multicausalidade ou concausalidade). Essa peculiaridade não elimina a presença do nexo investigado, desde que haja fator próprio ao ambiente laborativo que tenha atuado para a ocorrência do malefício. Verificada a concausalidade, desponta o requisito do nexo causal.

4 – A responsabilização do empregador e as consequências pela contaminação do trabalhador pelo coronavírus nas relações de emprego

Cumpre lembrar que as complicações trazidas pelo atual e duro cenário da Covid-19 já foram vivenciadas no Brasil, em certa medida, em meados de 2009, quando se instalou aqui a pandemia do vírus H1N1 (Influenza A).

Decisões judiciais referentes àquela situação de pandemia, que provavelmente servirão de parâmetro para eventuais demandas trabalhistas relacionadas

DOCTRINA

com a adequação do coronavírus como doença ocupacional, conduziam para a necessidade de comprovação de que a doença ocupacional (contaminação pelo vírus) fosse a causa da incapacidade para o trabalho ou do óbito.

A título de exemplo, importante relembrar decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (TRT/10), nos autos do Processo RO 650201201110006/DF (DISTRITO FEDERAL, Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região), em que o Desembargador-Relator não acolheu o pleito de um funcionário de uma empresa do ramo de laboratório farmacêutico que alegava ter contraído o vírus da gripe H1N1 em determinada ocasião de viagem a trabalho, postulando, assim, o reconhecimento de doença ocupacional e o pagamento por danos morais, uma vez que foi acometido por sequela de insuficiência respiratória.

Naquela decisão, o Magistrado asseverou que a atividade do trabalhador não possuía nexos de causalidade com a contaminação pelo vírus H1N1, de modo que também não restou configurada eventual culpa por omissão ou ação da reclamada, sendo, portanto, indevidos os pleitos do reclamante.

Em sentido oposto, nos autos do Processo RR-100800-30.2011.5.17.0009 (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho), o colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu o nexos causal entre a contaminação pelo vírus H1N1 e a atividade profissional de uma técnica de enfermagem empregada de um hospital.

Em tal caso foi reconhecida a atividade de risco da trabalhadora, uma vez que na fundamentação do *decisum* o Relator sustenta que “não há dúvida de que a atividade desenvolvida pela reclamada impõe riscos a seus empregados, haja vista que o ambiente ambulatorial, de enfermaria e de hotelaria de pacientes prolongados expõe a saúde desses profissionais a danos”.

E no que toca a essa desafiadora problemática, pontua o Ministro do c. TST, Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 746):

“De fato, essencialmente na seara da infortunistica é que as atividades laborativas e o próprio ambiente de trabalho tendem a criar para o obreiro, regra geral, risco de lesões mais acentuado do que o percebido na generalidade de situações normalmente vivenciadas pelos indivíduos na sociedade.”

Em vista disso, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), fica claro que nas atividades de risco em que a contaminação resultar de exposição ou contato

direto determinado pela natureza do trabalho haverá responsabilidade objetiva do empregador, de modo que caberá a este o ônus de comprovar fato contrário.

Aliás, nesse mesmo sentido, foi a tese de repercussão geral (Tema nº 932), aprovada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que garante ao trabalhador que atua em atividade de risco o direito a indenização em razão de danos decorrentes de acidente de trabalho, independentemente da comprovação de culpa ou dolo do empregador. Impende recordar que no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 828.040, realizado em setembro de 2019, os ministros entenderam, por maioria de votos, que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco. Naquela oportunidade, ficou pendente a aprovação da tese.

Para tanto, a tese do relator do caso, Ministro Alexandre de Moraes, também deve ser aplicada às atividades de risco pelo contágio da Covid-19:

“O art. 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva, e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”

Por outro lado, caso ocorra a contaminação pela Covid-19 durante a execução das atividades laborais em situação de risco, mas que isso tenha se dado por culpa do empregado por não usar equipamentos de proteção individual, por exemplo, o empregador não será responsabilizado, uma vez que o nexo causal será interrompido por culpa exclusiva da vítima.

Nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira, haverá fato da vítima ou culpa exclusiva da vítima quando “a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador” (OLIVEIRA, 2019, p. 147). Portanto, nesse caso, o empregador não será responsabilizado em razão da ausência do elemento de nexo causal.

No tocante às atividades que não guardam relação direta com o risco de contaminação pelo coronavírus, tais como comércio, padarias, empregados domésticos, entregadores de *delivery* e outros serviços, a responsabilidade

do empregador será subjetiva, ou seja, dependerá da demonstração efetiva da culpa por ação ou omissão em adotar medidas que evitassem o acontecimento.

A regra geral é de que a responsabilização do empregador será subjetiva (mediante verificação de culpa geradora do dano)⁹, cabendo, portanto, àquelas empresas que não possuem risco inerente às atividades desenvolvidas pelo trabalhador adotar as medidas higiênicas e sanitárias mais eficientes para prevenir a contaminação de seus empregados pelo vírus, fiscalizar de forma consistente o cumprimento dessas medidas para, assim, evitar a responsabilização por eventual agravo.

Não obstante, quando se verifica a ocorrência de acidente de trabalho ou de doença ocupacional, há reflexos também na relação de emprego de ordem previdenciária, trabalhista, tributária, inclusive na esfera da responsabilidade civil.

A par disso, é conveniente mencionar que o art. 118¹⁰ da Lei nº 8.213/91 prevê a garantia provisória de emprego ao trabalhador que tiver sofrido acidente de trabalho pelo prazo mínimo de 12 meses após a cessação do auxílio-doença acidentário.

A referida norma manifesta seu caráter eminentemente trabalhista a ela inerente ao estabelecer a proibição de o empregador de dispensar sem justa causa o obreiro que tenha sido vítima de acidente de trabalho ou de doença ocupacional, nos termos do já aludido art. 20 da Lei nº 8.213/91.

Além disso, vale lembrar que o empregado contratado por prazo determinado também possui direito à estabilidade provisória, conforme item III da Súmula nº 378 do Tribunal Superior do Trabalho: “O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 378).

9 A responsabilidade civil nos acidentes de trabalho, por força da norma constitucional (CF/88, art. 7º, *caput* e inciso XXVIII), está positivada na responsabilidade subjetiva, consubstanciada na obrigação de o empregador indenizar o dano que causar mediante comprovada culpa ou dolo, ao passo que o Código Civil (arts. 927, 932, 933 e 942) prevê a responsabilidade objetiva, na qual não se faz necessária tal comprovação, pois fundada na teoria do risco da atividade econômica. A primeira, norma constitucional, trata de garantia mínima do trabalhador e não exclui a segunda, que, por sua vez, atribui maior responsabilidade civil ao empregador, perfeitamente aplicável de forma supletiva no Direito do Trabalho, haja vista o princípio da norma mais favorável, acrescida do fato de o Direito Laboral primar pela proteção do trabalhador e pela segurança e medicina do trabalho, institutos destinados a assegurar a dignidade, integridade física e psíquica do empregado no seu ambiente laborativo.

10 “Art. 118. O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

DOCTRINA

De acordo com o mencionado acima, um dos requisitos para a garantia da estabilidade provisória de emprego é a percepção de auxílio-doença, o qual ocorre quando o empregado permanece incapaz de exercer suas atividades laborais por mais de 15 dias, conforme disposição legal no art. 59¹¹ da Lei nº 8.213/91.

Em decorrência dessa situação, o empregador fica obrigado a emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) ao INSS, conforme determinação legal prevista no art. 22¹² da Lei nº 8.213/91, o qual é imprescindível para que o trabalhador receba o benefício previdenciário e tenha direito à estabilidade provisória de emprego.

Ocorre que, ao emitir a CAT, a empresa estará sujeita à alteração do grau de risco de suas atividades em razão do registro da ocorrência de acidentes de trabalho, o que faz com que aumente sua alíquota de contribuição destinada ao financiamento da aposentadoria especial – Contribuição do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GILRAT), previsto no art. 202-A do Decreto nº 3.048/99¹³.

11 “Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.”

12 “Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.”

13 “Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

(...) § 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta:

I – para o índice de frequência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados;

II – para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue:

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento;

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e

III – para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma:

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevida do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.”

DOCTRINA

Outrossim, ocorrendo afastamento do empregado por doença ocupacional ou acidente de trabalho, o INSS poderá ajuizar ação de regresso em face do empregador, conforme o disposto no art. 120 da Lei nº 8.213/91:

“Art. 120. A Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de:

I – negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva.” (BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991)

Ademais, o empregador poderá sofrer ação por responsabilidade civil ajuizada pelo trabalhador contaminado pela Covid-19 no exercício de suas atividades, conforme disposição constitucional do art. 7º, XXVIII, da CF/88:

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

(...)

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Além disso, nos termos do art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/90¹⁴, na hipótese de afastamento do trabalhador por incapacidade laboral, o empregador deverá manter o depósito do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

Como visto, são diversos fatores tributários, empresariais, financeiros e judiciais que podem afetar o empregador em caso de ocorrência de acidente do trabalho por contaminação de trabalhador pela Covid-19.

Diante desse cenário, é certo que o empregador deverá adotar medidas rígidas e eficientes, a fim de minimizar o risco de contaminação dos seus empregados prezando pela vida e segurança destes e também evitar um passivo trabalhista.

Nesse prumo, acredita-se que esse foi o intuito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao editar um documento com orientações de condições seguras e eficazes para retorno ao trabalho durante a pandemia de Covid-19. O propósito é de que os trabalhadores se sintam seguros em seus locais de trabalho em relação aos riscos do novo coronavírus de modo que o retorno às

14 “Art. 15. (...) § 5º O depósito de que trata o *caput* deste artigo é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho.”

atividades laborais seja produtora para ambas as partes, mas, sobretudo, que garanta a saúde e a segurança de todos os trabalhadores.

Esse documento¹⁵ contém dez medidas de controle técnico e organizacional que fornecem uma estrutura normativa para a criação de um retorno seguro ao ambiente de trabalho, quais sejam: i) formar uma equipe conjunta para planejar e organizar o retorno ao trabalho; ii) decidir quando reabrir, quem retornará ao trabalho e de que forma; iii) adotar as medidas de engenharia, organizacionais e administrativas; iv) promover a limpeza e desinfecção do ambiente de trabalho; v) prover meios para higiene pessoal; vi) prover os equipamentos de proteção e higiene pessoal e informar seu uso correto; vii) manter a vigilância da saúde; viii) considerar outros perigos, incluindo o psicossocial; ix) revisar os planos de preparação de emergência; e x) revisar e atualizar as medidas preventivas e de controle que envolvem a situação.

Incorporadas a essas medidas, reputa-se que façam parte ainda ações como: i) afastar trabalhadores com comorbidades; ii) propor alternativas de jornadas de trabalho, rodízios e *home office* quando houver possibilidade, reuniões por videoconferência e o cancelamento de todas as viagens enquanto durar o isolamento social; iii) reforçar as medidas de higiene e disponibilizar lavatórios com *dispenser* de sabão líquido, papel toalha e frascos ou *dispenser* de álcool gel; iv) priorizar ventilação natural em vez de sistema de ar-condicionado; v) fornecer equipamentos de proteção individual como máscaras, luvas, óculos, de acordo com a necessidade da atividade desenvolvida; vi) estabelecer regra de espaçamento de dois metros entre as estações de trabalho/indivíduos; vii) promover treinamentos e orientar os trabalhadores quanto às condutas de prevenção ao sair do ambiente laboral e, principalmente, para chegar em suas casas.

Essas ações demonstram boa-fé e preocupação por parte dos empregadores para com seus empregados, adotando atitudes com o intuito de manter um ambiente de trabalho mais seguro possível, protegendo ao máximo a saúde e a segurança de todos.

A atual conjuntura é inédita, pelo menos para o cenário moderno das relações trabalhistas, e, dessa forma, é imperativo que todos os envolvidos no meio ambiente de trabalho cooperem com as novas medidas, a fim de que a segurança e a vida de todos estejam a salvo, colaborando também com a retomada da economia e a restauração da renda dos trabalhadores.

15 OIT – Organização Internacional do Trabalho. A safe and healthy return to work during the Covid-19 pandemic. *Policy brief*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_745541.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

5 – Conclusão

Por todo o exposto, em que pese a situação excepcional trazida pela pandemia do novo coronavírus, sobretudo nas relações de trabalho, é forçoso perceber que o trabalhador não se divorcia de sua condição humana, razão pela qual é imperativo que se confira inalienável proteção também em seu âmbito pessoal, reconhecendo-lhe direitos que contemplem a sua segurança e a sua saúde, inclusive a psicológica, uma vez que seus direitos transcendem os da concessão de férias, horas extras, fundo de garantia e afins.

Destarte, além de um ambiente de trabalho seguro e saudável, especial atenção e uma adequada tutela aos agravos laborais são imprescindíveis para que se instrumentalize e privilegie a dignidade e a saúde, direitos intrínsecos da própria condição inafastável de cidadão de que o trabalhador se reveste.

Em arremate, diante deste novo cenário cheio de incertezas, para minimizar os riscos para ambas as partes, os empregadores devem estruturar os melhores sistemas de segurança para os seus trabalhadores, de modo a garantir eficientes condições higiênicas e sanitárias, fornecer os EPIs necessários na execução das atividades, oferecer treinamentos e orientações para a educação dos colaboradores, tudo em respeito aos princípios e garantias fundamentais constitucionais que protegem o elo mais fraco da relação de emprego, qual seja, o trabalhador.

6 – Referências bibliográficas

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (atualizado até a Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019). 12. ed. São Paulo: AASP, 2019.

BRASIL. *Decreto Federal nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

DOCTRINA

BRASIL. ENIT – Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. *NR24: Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho*. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-24-atualizada-2019.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 30 jun. 2020.

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

BRASIL. *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020. *DOU* 19.06.2020, ed. 116, seção 1, p. 14. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 226.762/SC*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, publ. 10.04.00. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900719786&dt_publicacao=10-04-2000&cod_tipo_documento=3&formato=PDF. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 100800-30.2011.5.17.0009*. Rel. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, *DEJT* 06.10.2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514495484/recurso-de-revista-rr-1008003020115170009?ref=juris-tabs>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 378*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378. Acesso em: 29 maio 2020.

DOCTRINA

CAIRO Jr., José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

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

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário 650201201110006*. Rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, 3ª Turma, publ. 11.10.2013. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24542728/recurso-ordinario-ro-650201201110006-df-00650-2012-011-10-00-6-ro-trt-10?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 maio 2020.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberito Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 63, n. 5, maio 1999.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. A safe and healthy return to work during the Covid-19 pandemic. *Policy brief*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/---protrav/---safework/documents/instructionalmaterial/wcms_745541.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 120: Higiene no Comércio e nos Escritórios*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235570/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 155: Segurança e Saúde dos Trabalhadores*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Safe return to work: ten action points*. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_745541/lang--en/index.htm. Acesso em: 1º jul. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

Recebido em: 03/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

O TRABALHO EM SITUAÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO ENQUANTO PRÁTICA DE GESTÃO E SEUS REFLEXOS PARA O MUNDO EMPRESARIAL: OS POSSÍVEIS RISCOS PARA AS EMPRESAS

WORK IN SITUATION ANALOGUE TO SLAVERY AS A MANAGEMENT PRACTICE AND ITS REFLECTIONS FOR THE BUSINESS WORLD: THE POSSIBLE RISKS FOR COMPANIES

Gabriela Sepúlveda*

Andréa Presas Rocha**

RESUMO: O trabalho em situação análoga à escravidão ainda é uma realidade no Brasil. Muitas empresas contratam trabalhadores em condições degradantes e com a liberdade cerceada no intuito de diminuir os custos trabalhistas. Todavia, esse valor que deixa de ser empregado para a garantia de dignidade do trabalhador gera diversos reflexos no mundo empresarial, que devem ser considerados na gestão de riscos das instituições nacionais. Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar os riscos da contratação direta ou indireta da mão de obra em situação análoga à escravidão.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho em Situação Análoga à Escravidão. Gestão Empresarial Estratégica. Gestão de Riscos.

ABSTRACT: *Work in a situation similar to slavery is still a reality in Brazil. Many companies hire workers in degrading conditions and with restricted freedom in order to reduce labor costs. However, this value that is no longer used to guarantee the dignity of the worker generates several reflections in the business world, which must be considered in the risk management of national institutions. Thus, this article aims to analyze the risks of directly or indirectly contracting labor in situations similar to slavery.*

KEYWORDS: *Working in a Situation Similar to Slavery. Strategic Business Management. Risk Management.*

1 – Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas normas que asseguram o direito ao labor em condições dignas. No entanto, muitos trabalhadores sequer têm garantidos direitos que integram o chamado patamar

* Graduada em Direito pela UFBA; pesquisadora nas áreas de Direito Constitucional do Trabalho e Compliance Trabalhista; pós-graduanda em Gestão Financeira: controladoria, auditoria e compliance (Fundação Getúlio Vargas); advogada.

** Juíza do trabalho no TRT-5; doutora e mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP; professora da Faculdade de Direito da UFBA.

mínimo civilizatório no trabalho, por laborarem em ambientes em que são resumidos à situação análoga à escravidão.

É verdade que muitas das empresas que fazem o uso desse tipo de mão de obra direta ou indiretamente, no intuito de conterem gastos com os trabalhadores e apresentarem produtos mais competitivos para o mercado (MASCARENHAS; DIAS; BAPTISTA, 2015), são fiscalizadas e punidas pelos órgãos estatais, tais como as Superintendências Regionais do Trabalho, o Ministério Público, a Justiça do Trabalho e a Justiça Criminal.

Nada obstante, para além das condenações pecuniárias e eventuais penas privativas de liberdade impostas pelos órgãos estatais, observa-se, no atual cenário de consumo consciente, responsabilidade social e integridade, que, muitas vezes, os valores que deixam de ser gastos com os direitos trabalhistas revertem-se negativamente, seja para a imagem da empresa, pela via dos danos reputacionais, seja para todo o nicho de mercado, pela responsabilização em cadeia decorrente do *dumping* social.

Nessa senda, a grave questão de trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão deve ser encarada pelas empresas como uma pauta social e como uma pauta empresarial.

Vale dizer, a adoção da mão de obra análoga à escrava gera reflexos mercadológicos, tanto no direito concorrencial quanto na responsabilidade da cadeia produtiva, bem como na visão que os consumidores e investidores possuem da empresa. Assim, faz-se necessário estudar os reflexos negativos gerados pela adoção da mão de obra análoga à escravidão, abordando questões como *dumping* social, responsabilidade em cadeia e a ética enquanto fator de mercado.

Nesse sentido, o presente artigo busca abordar a temática do trabalho em situação análoga à escravidão, através de um recorte empresarial, demonstrando os reflexos para as instituições privadas em razão da utilização dessa mão de obra.

Para tanto, faz-se necessário partir da base teórica do trabalho digno, delimitar o conceito de trabalho em situação análoga à escravidão, para só assim apresentar os reflexos mercadológicos da adoção dessa mão de obra.

2 – O trabalho em situação análoga à escravidão

A ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não concebe o trabalho como sujeição, mas como direito – isto é, uma vantagem protegida juridicamente (DELGADO, 2012a). Partindo dessa premissa, é evidente que o direito não irá permitir situações de prestação de labor servil ou análogo

ao escravo, sendo essas condutas, portanto, antijurídicas e até mesmo ilegais (DELGADO, 2012a). Nesse sentido, nota-se que a Consolidação das Leis do Trabalho, a Carta Magna e as Convenções (nas quais o Brasil é signatário) preveem condições mínimas que garantem a dignidade do trabalhador.

Diante do imperativo dessas normas, e, sobretudo, do imperativo constitucional de que a atividade laboral proporcione a mínima dignidade ao trabalhador, tem-se que o direito fundamental ao trabalho não pode ser um fim em si mesmo, mas, sim, um plexo de direitos que garantem a dignidade mínima laboral. Em outras palavras, conforme afirma Paulo Emílio Vilhena (2000), deve-se privilegiar a valorização e tutela da pessoa do trabalhador, em vez de focalizar apenas na proteção jurídica do trabalho economicamente tutelado. Nesse sentido, surge a ideia do direito fundamental ao trabalho digno, eixo teórico do trabalho ora formulado e pressuposto para o combate ao trabalho em situação análoga à escravidão.

2.1 – O trabalho digno e o trabalho em condição análoga à escravidão

A dignidade da pessoa humana é algo de difícil definição; contudo, conforme elucidada Ingo Sarlet (2015), ao fazer uma releitura da doutrina kantiana, o critério decisivo para a violação da dignidade é o objetivo da conduta, que é a intenção de instrumentalizar (coisificar o outro). Transportando tal afirmação para o âmbito do Direito do Trabalho, entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas; logo, a dignidade deve ser o sustentáculo de todo e qualquer trabalho humano, para que se possa respeitar a dignidade humana (DELGADO, 2012a).

Assim, deve se garantir ao ser humano não apenas o direito ao trabalho, mas o trabalho digno, enquanto direito humano e fundamental, o qual respeita a pessoa humana (GAMBA, 2010). Logo, não é suficiente inserir as pessoas no mercado de trabalho para garantir a remuneração e subsistência delas; é necessário que, além disso, o labor exercido garanta a dignidade do trabalhador.

Nesse mesmo sentido, esclarece João Leal Amado (2014, p. 228):

“O trabalhador não é apenas um ser laborioso e produtivo, alguém que se declara a cumprir escrupulosamente as múltiplas obrigações emergentes do contrato de trabalho, atendendo as suas energias laborais como fito de obter um determinado rendimento patrimonial; antes e mais do que trabalhador ele é uma pessoa e um cidadão, ainda que, ao celebrar e executar o contrato de trabalho, ele seja colocado sob a autoridade e direção de outrem inserindo-se no respectivo âmbito de organização.”

Nessa senda, o direito fundamental ao trabalho digno deve ser uma regra prevalecente no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro – sendo este, por sua vez, assegurado por meio de um feixe de direitos trabalhistas indisponíveis que garantem o patamar mínimo civilizatório. Em verdade, esse patamar mínimo civilizatório é formado por direitos fundamentais indisponíveis, que preservam a dignidade do trabalhador (DELGADO, 2012a).

Esses direitos, segundo Gabriela Neves Delgado, são necessariamente complementares e interdependentes, constituídos por basicamente três eixos de proteção: o de amplitude universal (direitos trabalhistas estabelecidos pelos Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil); o de previsão constitucional¹; e, por fim, a proteção infraconstitucional (realizado principalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho) (DELGADO, 2012a).

Em relação ao direito ao trabalho digno, Juliane Caravieri M. Gamba (2010, p. 490) afirma: “Deve-se garantir ao ser humano não apenas o direito ao trabalho, mas ao trabalho digno enquanto direito humano e fundamental, o qual respeita a pessoa humana em sua integridade físico-psíquica”.

Já a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2019), ao tratar sobre o tema, afirma:

“O conceito de trabalho digno resume as aspirações de homens e mulheres no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração justa; segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento.”

Logo, para que o direito ao trabalho digno seja assegurado, é necessário que a atividade seja devidamente regulamentada e sobre esta incidam as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais – garantindo o direito à remuneração que promova a existência do trabalhador e sua família, o direito à segurança e higiene no trabalho, a proteção ao trabalho e emprego, a limitação razoável das horas de trabalho, entre outras garantias que assegurem a integridade físico-psíquica do trabalhador.

1 Em relação à previsão constitucional, Gabriela Neves Delgado destaca que o art. 7º da Constituição Brasileira elenca os direitos constitucionais trabalhistas, os quais devem ser aplicados a toda e qualquer relação, e não apenas aos trabalhadores urbanos e rurais, sob pena de incorrer em discriminação (DELGADO, 2012a).

DOCTRINA

É fato que a ordem econômica brasileira, além de valorizar o trabalho, prevê a livre-iniciativa, nos termos do art. 170 da Constituição Federal; porém, a liberdade na gestão dos negócios é limitada pela existência digna do trabalhador, prevista, inclusive, em âmbito constitucional pelo art. 7º da Carta Magna (NASSAR, 2014). Assim, por mais que o empregador tenha o poder de mando e gestão do seu negócio, o seu poder diretivo, previsto pela própria CLT, esbarra nos direitos fundamentais do trabalhador.

Desse mesmo modo, entende Fábio Goulart Villela (2018, p. 96): “O fundamento da dignidade humana, como referencial axiológico do próprio Estado Democrático de Direito, funciona como relevante balizado de limites ao exercício dos poderes empregatícios”.

Sendo assim, apesar de os empregadores possuírem o poder diretivo, as atividades laborais sempre estarão limitadas pelo cerco da dignidade da pessoa humana, que garantirá o trabalho em condições dignas – diga-se, respeitando as normas trabalhistas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais.

Então, tendo em vista o rol de garantias inerentes ao trabalho digno, entende-se que, quando o legislador constituinte estabelece o direito social ao trabalho (leia-se ao trabalho digno), não engloba as condições laborais aviltantes à dignidade da pessoa humana do trabalhador, as quais caracterizam o trabalho escravo contemporâneo (VILLELA, 2018).

A negação do direito à saúde e segurança do trabalho, limitação de jornada e remuneração justa – situações típicas do trabalho análogo ao escravo –, de fato, ferem o postulado da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, o direito ao trabalho digno.

Contudo, a autora Gabriela Neves Delgado (2012b) vai além; para ela, o enquadramento do trabalho enquanto direito necessariamente exclui a prestação de labor servil ou assemelhando ao escravo, pois quando o ordenamento se refere ao direito ao trabalho, não inclui modalidades indignas de exploração, que tratam de crua mercantilização da força humana.

Nas palavras de Thereza Gosdal (2007, p. 149):

“Uma compreensão da dignidade vinculada à noção de trabalho decente e ao conteúdo de honra, tornando-se um instrumento de inclusão e de garantia de respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, evidencia a tremenda indignidade do trabalho escravo.”

Nesse sentido, tendo como parâmetro a dignidade do trabalhador, e conseqüentemente, o direito ao trabalho digno, resta completamente vedada a existência de trabalho em situação análoga à escravidão.

2.2 – O trabalho em situação análoga à escravidão no Brasil: esclarecimentos terminológicos

Partindo do pressuposto de que no Brasil há o direito ao trabalho digno, resta claro que não há a possibilidade de submeter pessoas a condições análogas à escravidão. Todavia, é necessário para fins do presente estudo delimitar o conceito dessa forma de exploração ao trabalhador.

Ao estudarmos esse tema, muitas vezes nos deparamos com diversas denominações, como “trabalho forçado”, “trabalho em condições subumanas”, “trabalho escravo”, “escravidão moderna” ou “superexploração do trabalho”, “escravidão branca”, “servidão por dívida”, entre outros; sendo esses termos utilizados indistintamente para denominar a mesma situação jurídica (SENTO-SÉ, 2000).

Todavia, considerando o rigor teórico e metodológico, para fins desta pesquisa, faz-se necessário sistematizar a matéria, no intuito de evitar confusão na compreensão do sentido de todas as designações utilizadas para trabalhos em situações degradantes, o que enseja a necessidade e análise de cada um desses institutos.

Primeiramente, no que diz respeito às expressões “trabalho forçado” e “trabalho obrigatório”, destaca-se que são sinônimas (SILVA, 2010), sendo estas tratadas nas Convenções ns. 29 e 105, ambas da Organização Internacional do Trabalho, devidamente ratificadas pelo Brasil.

Em relação ao “trabalho forçado”, a OIT, através da Convenção nº 29, define essa forma de labor como aquela exercida sob ameaça ou qualquer outra penalidade, de pessoa que não se prestou a realizá-lo por espontânea vontade. A Convenção nº 105, sem alterar o conceito anterior, complementa trazendo um rol de finalidades para as quais o trabalho forçado nunca será imposto, afirmando que o mesmo jamais poderá ser usado para fins de desenvolvimento econômico ou como instrumento de educação política, discriminação, disciplinamento ou punição por greve.

Logo, a partir desses dispositivos, entende-se que existem dois elementos essenciais que caracterizam a situação de trabalho forçado: o labor que não é voluntário, bem como a ameaça de imposição de uma penalidade qualquer (SENTO-SÉ, 2000). Sendo assim, a nota marcante do trabalho forçado é a liberdade, ou melhor, o seu cerceamento, que ocorre quando o trabalhador não pode decidir voluntariamente pela aceitação ou desligamento do serviço (OIT, 2002).

DOCTRINA

Em que pese o trabalho forçado não se confundir com o trabalho em situação análoga à escravidão, estes possuem uma relação, uma vez que o trabalho involuntário é uma das características do trabalho em situação análoga à escravidão; isto é, uma pessoa em situação de escravidão está obrigada a trabalhar, mas esse não é o único elemento que caracteriza a relação (OIT, 2002). Logo, o trabalho forçado, pela própria conceituação, é algo mais abrangente, que abarca o trabalho em situação de escravidão.

Já o termo “trabalho em condições subumanas” também não é tão abrangente quanto o termo “condições análogas à escravidão” (SILVA, 2010), uma vez que trata de apenas uma face do problema, que é a condição degradante, sem falar dos outros aspectos do objeto trazido nesta pesquisa.

O “trabalho escravo”, por sua vez, é um termo muito aberto, uma vez que trata não apenas da escravidão atual, como também do processo de escravização passado, conhecido como escravidão tradicional ou tráfico de escravos (SILVA, 2010). Conforme a Convenção relativa à Escravatura, a escravidão é a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem os atributos do direito de propriedade – características que abarcam, portanto, não apenas a situação análoga à escravidão na atualidade, como também à escravidão vivenciada no Brasil Colônia.

Outra expressão que é comumente utilizada é “escravidão branca”, termo que busca reforçar que a forma de exploração do trabalho indigna na atualidade não está necessariamente ligada com a questão racial (SENTO-SÉ, 200). De fato, entende-se que não há uma correlação necessária entre raça e escravidão contemporânea; contudo, não se pode ignorar que grande parte das pessoas submetidas a essa forma de labor faz parte de grupos étnicos não brancos, de modo que se acredita que esse termo é inadequado para designar o objeto do presente trabalho.

Além disso, destaca-se que o termo “escravidão branca” foi historicamente utilizado para designar os estrangeiros que foram trazidos para o Brasil Colônia, que substituíram a mão de obra dos escravizados africanos (DRUCK *et al.*, 2018), sendo, por conseguinte, historicamente inadequado o uso dessa expressão para designar a situação vivenciada na atualidade e abordada neste artigo.

Por fim, o termo “servidão por dívida” designa o trabalho forçado de alguém que está buscando pagar uma dívida existente com o empregador, construída na maioria das vezes de maneira fraudulenta. De acordo com a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, a servidão por dívida consiste em uma condição resultante do fato de que um devedor se compromete a fornecer os seus serviços pessoais para garantir determinada dívida.

DOCTRINA

Sucedee que essa expressão não abarca todo o problema do trabalho análogo à escravidão no Brasil, uma vez que este trata de apenas uma das formas de reduzir o ser humano à escravidão. No Brasil, a restrição da liberdade dos trabalhadores pode ocorrer de diversas formas, como a apreensão de documentos; presença de guardas armados com comportamentos ameaçadores; isolamento geográfico que impede a fuga; dívidas ilegalmente impostas; além da realização das dívidas (MARTINS, 1999).

Diante do exposto, entende-se que “escravidão contemporânea”, “trabalho em situação análoga à escravidão” e “formas contemporâneas de escravidão” são expressões sinônimas e as mais adequadas para designar o objeto do presente estudo, encontrando-se em sintonia com a legislação brasileira.

Nesse ponto, cumpre destacar que o Código Penal brasileiro, no seu art. 149, trata do crime de redução à situação análoga à escravidão, prevendo um rol de algumas condutas que acarretam a redução de determinada pessoa à situação análoga à escravidão. Tais condutas incluem: sujeição da vítima a trabalhos forçados; sujeição da vítima a jornada exaustiva; sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (BRASIL, 2011).

Então, com a alteração do art. 149 do Código Penal, entende-se que o trabalho análogo ao escravo não se caracteriza apenas pelo cerceio da liberdade, mas também se relaciona com outras nuances ligadas à miséria econômica e sociocultural (CONFORTI, 2017). Sendo assim, a partir do tipo penal, entende-se que o trabalho em situação análoga à escravidão pode se caracterizar pela existência de trabalhos forçados ou jornada exaustiva, condições degradantes ou restrição da locomoção em razão de dívida contraída em face do empregador ou preposto.

Nesse sentido, entende-se que o tipo penal do art. 149 do CP não busca proteger apenas o bem jurídico da liberdade, mas também a dignidade da pessoa humana, enquanto atributo maior do homem que engloba a liberdade (BRITO FILHO, 2012).

Sendo assim, para fins do presente trabalho, entende-se como técnica e cientificamente apropriado o uso da expressão “trabalho análogo à escravidão” para designar o fenômeno pesquisado, uma vez que esse termo evidencia que a vítima não se equipara aos escravizados no Brasil Colônia e abarca todas as formas de exploração da mão de obra em que há o cerceio da liberdade cumulado com condições degradantes.

3 – Os reflexos empresariais da adoção do trabalho em situação análoga à escravidão

É preciso perceber que todo e qualquer direito tem repercussão patrimonial, inclusive os trabalhistas (TRIERWEILER, 2009). Nesse sentido, em cenários de crises, as empresas estudam modos de reduzir o custo da produção, sendo uma das estratégias a busca por locais com normas trabalhistas mais flexíveis, ou, então, a simples retirada de direitos trabalhistas dos trabalhadores (TRIERWEILER, 2009). Dentre essas estratégias de redução de custos, tem-se a adoção direta ou indireta (neste último caso, através de empresas terceirizadas ou parceiras) de mão de obra análoga à escravidão.

Essa estratégia empresarial, apesar de em um primeiro momento ter o intuito apenas de diminuir as despesas trabalhistas de determinada instituição, gera reflexos para todo o mercado.

3.1 – *Dumping* social: a concorrência desleal gerada pelo uso de mão de obra análoga à escravidão

A adoção da estratégia comercial de retirada de direitos sociais, com o intuito de obter mais lucro e alavancar a competitividade no mercado, nada mais é do que o *dumping* social (BORGES; ARRUDA, 2017). O *dumping* social é considerado como a prática de concorrência desleal alcançada por meio da violação sistemática dos direitos trabalhistas, com o intuito de obter vantagens econômicas em detrimento de empresas que cumprem a legislação (FURTADO; PRADO, 2018).

O *dumping* social incentiva o trabalho indigno e o trabalho escravo, já que, no intuito de obtenção de lucro, os trabalhadores são submetidos a condições de trabalho irrisórias (BORGES; ARRUDA, 2017). Nesse sentido, o *dumping* social é uma conduta que gera efeitos tanto para cada trabalhador lesado como para toda a sociedade, considerando-se que atinge a ordem econômica ao criar vantagens para quem o pratica, em relação àqueles empregadores que seguem as normas trabalhistas (FURTADO; PRADO, 2018).

O *dumping* social não é um crime expresso na legislação brasileira², mas, dada a sua recorrência, tornou-se uma situação tutelada e punida, considerando

2 Apesar de não existir Lei específica sobre o tema, destaca-se que há um Projeto de Lei (PL nº 1.615/2011), de autoria do Deputado Carlos Bezerra, que dispõe sobre o *dumping* social. Atualmente, o projeto encontra-se parado em vista da ausência de relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Para ver mais sobre esse assunto: Projeto de Lei nº 1.615/2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>. Acesso em: 7 nov. 2019.

que as condutas dos empresários ferem as leis trabalhistas e a livre-concorrência (BORGES; ARRUDA, 2017). Em verdade, esse instituto, assim como a sua denominação, advém do direito estrangeiro – mais especificamente do Canadá³, que posteriormente foi seguido por outros países, como Nova Zelândia, África do Sul, Estados Unidos e Reino Unido, que elaboraram sua legislação *antidumping* (BARRAL, 2000).

O *dumping* social é classicamente associado à prática de atos empresariais predadores, que não respeitam o ordenamento jurídico de um país, permitindo uma determinada empresa concorrer em condições de vantagem desleal em relação às demais (MAIOR *et al.*, 2014). Logo, entende-se que, originalmente, esse fenômeno começou a ser discutido internacionalmente⁴, principalmente no âmbito da OIT⁵ e da OMC, no campo do comércio internacional, tratando de práticas predatórias na exportação de produtos (FURTADO; PRADO, 2018).

Apesar da sua origem no âmbito internacional, o fenômeno também ocorre internamente, e é baseado na violação de direitos trabalhistas com o intuito de prejudicar a concorrência (FURTADO; PRADO, 2018). Desse modo, o instituto em questão também tem sido analisado nos dias atuais sob a perspectiva nacional, a partir da interpretação da ordem social e econômica, prevista na Constituição⁶⁻⁷.

A ausência de legislação específica prejudica, de certo modo, a caracterização e punição do âmbito da Justiça do Trabalho, de modo que a Anamatra,

3 No Canadá, foi criado o *Act Amend the Customs Tariffs*, com o objetivo de impedir a ação de grandes empresas norte-americanas, cuja atuação revelava-se ruínosa para as indústrias nacionais. Em 1904, época da elaboração da Lei, o Canadá estava construindo uma ferrovia transcontinental e os investidores americanos passaram a vender ação aos fabricantes de estrada canadenses a preços que inviabilizam a concorrência dos produtores canadenses, dominando o comércio local. Diante dessa situação, o governo se viu obrigado a criar mecanismos para conservar o mercado interno. Assim, aumentou a tarifa do aço para concorrentes americanos, através da lei *antidumping*, que passou a ser tributado com taxas equivalentes à diferença entre o preço do país exportador e o nacional (CASAGRANDE; ANTUNES, 2014, p. 366).

4 No plano internacional, a Organização das Nações Unidas, no ano de 1946, convocou uma conferência com a finalidade de redigir a carta para a Organização Internacional do Comércio com o objetivo de tutelar as relações do mercado internacional (CASAGRANDE; ANTUNES, 2014). Desse modo, elaborou-se o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, com o objetivo de promover a redução das barreiras tarifárias, por meio de negociações periódicas.

5 Em verdade, afirma-se que a própria criação da OIT está, em parte, ligada ao longo processo de busca pela criação de padrões mínimos trabalhistas no âmbito do comércio internacional (FURTADO; PRADO, 2018).

6 “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988)

7 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)” (BRASIL, 1988)

na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, editou o Enunciado nº 4⁸, o qual é utilizado como parâmetro para o estudo do tema no Brasil.

Conforme a leitura do enunciado, os fundamentos para a indenização, nos casos de *dumping* social, estão no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, e nos arts. 652, *d*, e 832, § 1º, da CLT. Assim, os Tribunais brasileiros, via de regra, arbitram uma indenização em razão dos atos praticados não apenas em face dos trabalhadores como também aos danos gerados para toda a coletividade, que se viu afeada pelas práticas abusivas de mercado.

Considerando os danos à coletividade gerados pelo *dumping* social, a Justiça do Trabalho tem acolhido a tese e entendendo que essa forma de transgressão gera efeitos negativos para além da esfera individual. Desse modo, há o arbitramento de danos além dos prejuízos sofridos de natureza individual decorrente da reclamação trabalhista, danos de natureza coletiva (LEITE; SALADINI, 2017).

Conforme elucida Jorge Luiz Souto Maior (2014, p. 60):

“A mera aplicação do Direito do Trabalho, recompondo-se a ordem jurídica individual com o pagamento de juros e correção monetária, por óbvio não compensa o dano experimentado pela sociedade, especialmente em relação às empresas que habitam o cotidiano das Varas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros. A mera determinação do pagamento das verbas inadimplidas não intimida a reiteração da conduta.”

Sendo assim, os danos em caso de *dumping* social não levam em conta apenas os prejuízos dos trabalhadores, mas os prejuízos experimentados por toda a sociedade e o caráter educativo/repressor do valor.

No viés empresarial, o uso de mão de obra análoga à escravidão, em um primeiro momento, pode aparecer como uma forma de redução de custos; contudo, a desregulação do mercado e os danos possivelmente arbitrados em razão dessa conduta consistem em um alto risco para a empresa.

8 “‘DUMPING SOCIAL’. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, *d*, e 832, § 1º, da CLT.”

Logo, através do fenômeno do *dumping* social, nota-se que a submissão dos trabalhadores a condições análogas à escravidão não se trata apenas de um problema social, mas de um problema de regulação mercadológica. Não há como comparar o valor de um produto produzido por trabalhadores com carteira assinada, 13º salário regularmente quitado, FGTS e demais verbas fundiárias depositadas a um trabalhador que mal recebe remuneração.

O *dumping* social vai muito além de diminuir os direitos dos empregados, pois esse ato acaba com a concorrência leal e justa (BORGES; ARRUDA, 2017). Isto é, aquele que não se utilizar de meios ilícitos de concorrência acabará perdendo a maioria dos clientes, que não imaginam a procedência do produto, ou até mesmo não querem saber, e consequentemente ficará em posição de desvantagem no mercado (BORGES; ARRUDA, 2017). Sendo assim, a questão do trabalho análogo à escravidão deve fazer parte das pautas das empresas que buscam igualdade de condições de competição no mercado, respeito à ordem econômica e o respeito à dignidade do trabalhador.

Além disso, o risco trabalhista em razão da prática de *dumping* social, com altas condenações em danos morais coletivos, também deve ser considerado pela alta gestão no momento de implementar políticas e na tomada de decisão da empresa.

3.2 – A responsabilização da cadeia produtiva pela mão de obra escrava

Além do *dumping* social gerado pela utilização da mão de obra em condições análogas à escravidão – que afeta a competitividade entre as empresas e gera um grande risco trabalhista pela condenação a título de dano coletivo –, outra questão que deve ser ressaltada é a responsabilização pela cadeia produtiva. Muitas vezes, as empresas não submetem diretamente seus trabalhadores a condições análogas à escravidão, mas contratam empresas fornecedoras que praticam essa conduta. Essa atitude dos fornecedores gera riscos para a empresa contratante, que, apesar de agir corretamente em relação aos seus trabalhadores, possui relação com empresa inidônea.

A responsabilização pelo trabalho análogo à escravidão vai além do “gato”⁹ e do contratante. Para além dessa primeira camada (contratantes diretos), há um encadeamento de exploração desses modelos produtivos, que envolve pecuaristas e frigoríficos, carvoeiros e siderurgias, confecções e grifes (SEGATTI *et al.*, 2017).

9 Esse termo é comumente designado para as pessoas que aliciam os trabalhadores.

DOCTRINA

Em verdade, no Brasil, o ciclo do trabalho escravo geralmente acontece no início da cadeia de valor, na qual as atividades requerem força física, sem especialização (MASCARENHAS; DIAS; BAPTISTA, 2015). Sua incidência se concentra em setores com mão de obra intensiva e não especializada, como agricultura (cana-de-açúcar; grãos; algodão; erva-mate; pinheiros; pecuária; construção; vestuário e têxtil; carvão e corte de árvores – OIT, 2011).

Todavia, apesar dessa concentração do trabalho escravo nos setores primários, há uma cadeia de fornecedores que se aproveitam da redução de custos, e, por conseguinte, do valor reduzido do produto feito às custas da dignidade do trabalhador (SEGATTI *et al.*, 2017). Nesse sentido, há o entendimento de que é necessário responsabilizar toda a cadeia produtiva que se aproveita de produtos/matérias produzidos por trabalhadores submetidos à condição análoga à escravidão.

Para a responsabilização de toda a cadeia produtiva, podem ser utilizadas diversas teorias, as quais serão brevemente expostas (GONDIM, 2019).

A primeira teoria de responsabilização por empresas que estão em uma mesma cadeia é a da subordinação jurídica estrutural. Esse entendimento parte do pressuposto de que, com os avanços socioeconômicos, houve uma alteração na subordinação – isto é, não é mais a pessoa que se insere na organização, mas, sim, a tarefa desenvolvida pela organização (SEGATTI *et al.*, 2017).

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 659) propôs o seguinte conceito:

“A subordinação estrutural seria aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ordens diretas, acolhendo estruturalmente a dinâmica da organização e funcionários.”

Então, por mais que o tomador de serviços não dê comandos diretos ao funcionário, pode existir um *modus operandi*, uma dinâmica estabelecida entre a organização tomadora e a terceirizada, que enseja a responsabilização.

Outra teoria utilizada para ensejar a responsabilização é a dos contratos coligados, segundo a qual a rede contratual formada, então, irá ser contaminada toda vez que houver ilícitudes em alguma parte dela (KONDER, 2013). No que tange especificamente ao trabalho escravo, é necessária a responsabilização do beneficiário final da cadeia de contratos coligados (SEGATTI *et al.*, 2017).

Já a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como “teoria do avestruz”, foi desenvolvida no âmbito do Direito Penal, no intuito de responsabilizar criminalmente aquele que deliberadamente se coloca em situação

de desconhecimento de determinada situação (MERCANTE, 2015). No bojo do Direito do Trabalho, essa teoria vem sendo utilizada para responsabilizar empresas por intercorrências ocorridas ao longo da cadeia produtiva.

Nesses casos, a teoria da cegueira deliberada ocorre quando a instituição tomadora escolhe fechar os olhos para a situação, não se interessando por quem, como e onde foram produzidos os insumos – cegando-se dolosamente, a fim de se afastar das responsabilidades trabalhistas e previdenciárias songadas por sua intermediária (FIDELIS, 2015). Inclusive, esse foi um dos fundamentos para a condenação da empresa Zara¹⁰, caso de grande repercussão no Brasil.

Destaca-se que, diferentemente da seara penal, a aplicação da teoria da cegueira deliberada no âmbito da Justiça do Trabalho não sofre as críticas da responsabilidade objetiva – a qual é vedada no âmbito criminal, e chancelada nos campos civil e trabalhista (FERNANDES, 2019).

Portanto, com o reconhecimento da subordinação estrutural, contratos coligados, ou da cegueira deliberada, é possível a responsabilização de toda a cadeia de produção pelo trabalho em situação análoga à escravidão (SEGATTI *et al.*, 2017). Logo, ao realizar a contratação de empresa terceirizada ou na compra de insumos, é necessário que os setores responsáveis pela tomada de decisão estejam cientes dos riscos oriundos da vinculação jurídica a empresas socialmente irresponsáveis, que infringem os direitos trabalhistas, submetendo os trabalhadores a condições análogas à escravidão.

3.3 – A ética enquanto fator de competitividade: o valor da reputação de uma empresa

Por fim, além dos riscos gerados pela condenação pelo *dumping* social, e da responsabilização em cadeia, ainda existe outro elemento a ser considerado pelas empresas no momento da gestão da mão de obra: a sua reputação. A empresa, além de conquistar os consumidores pelos seus produtos e preços, também deve possuir uma responsabilidade social que atraia os denominados consumidores conscientes.

Assim, a responsabilidade social corporativa, nos dias de hoje, assume um papel de destaque na gestão dos negócios, em vista do impacto perante o mercado consumidor (RODRIGUES, 2015). Inclusive, a relevância da reputação é tamanha que hoje é listada entre os ativos intangíveis das empresas, uma

10 A alegada ignorância da Zara quanto à utilização de terceirização não autorizada pela fornecedora contratada (que se utilizou de oficinas de costura irregulares e trabalhadores em condição análoga à de escravo) não possui fundamento, uma vez que a Zara tinha o dever de fiscalização em relação ao contrato mantido com intermediária (FIDELIS, 2014).

vez que o gerenciamento adequado da reputação corporativa traz vantagens competitivas (BANDEIRA *et al.*, 2015). Estudos realizados em diversos contextos e mercados já indicam a correlação entre o desempenho das empresas e reputação organizacional, sendo a responsabilidade social corporativa, portanto, um elemento relevante para o mercado¹¹.

O termo “responsabilidade social corporativa” foi primeiramente cunhado por Howard R. Bowen. A partir daí, o tema se difundiu, passando a ser estudado por diversos autores (TÓDERO; MACKE; BIASSUZ, 2011). Para A. Carroll (1991), uma das principais referências sobre o tema, a responsabilidade social corporativa é composta por três dimensões, representadas por uma pirâmide. Na base da pirâmide, está a responsabilidade econômica (lucratividade da empresa); em seguida, tem-se o patamar da responsabilidade legal (respeito às regras); passando-se para a moral, ética e filantrópica¹² (RODRIGUES, 2015).

A questão do trabalho análogo à escravidão estaria inserida tanto no patamar legal quanto no moral e ético da pirâmide, uma vez que a submissão dos trabalhadores a essas condições de labor fere tanto a Lei (normas trabalhistas e penais) quanto os valores éticos e morais vigentes na sociedade brasileira. Logo, a adoção de mão de obra análoga à escravidão influencia na responsabilidade social da empresa, e, por conseguinte, na visão do mercado consumidor – a qual poderá ficar manchada com a adoção dessa postura em relação aos trabalhadores; isto é, se existe uma imposição legal, o mínimo que os consumidores esperam é que a instituição respeite a Lei; esta, uma vez descumprida, colocará a empresa em um nível ético-jurídico insatisfatório, com dificuldade para conquistar a confiança daqueles que se relacionam com ela (KEMPPER; ARAGOS, 2016).

As razões para o surgimento da responsabilidade social corporativa residem, entre outros fatores, na maior conscientização e sensibilidade dos consumidores para questões de cunho social e ambiental. Assim, os consumidores conscientes das implicações dos seus atos de consumo passaram a compreender que está ao seu alcance exigir que as dimensões sociais, culturais e ecológicas sejam consideradas pelo setor produtivo, financeiro e comercial, em seus modelos de produção e gestão (TÓDERO; MACKE; BIASSUZ, 2011).

Nesse sentido, surge a categoria do consumidor socialmente responsável, entendido como aquele que leva em consideração as consequências sociais de seu consumo privado ou que se preocupa em utilizar o seu poder de compra para promover a mudança social (WEBSTER, 1975). Logo, há um novo perfil

11 Sobre estudos atuais e anteriores analisados ver: BANDEIRA *et al.*, 2015.

12 Destaca-se que, recentemente, a essa pirâmide proposta foi acrescido o viés ambiental, de suma importância para os dias atuais.

DOUTRINA

de mercado consumidor, em relação ao qual as empresas devem se preocupar, de modo a criar medidas/políticas que assegurem a boa reputação da instituição perante esse mercado socialmente exigente.

Atualmente, foram feitas pesquisas – voltadas para o mercado da moda – no Brasil e no mundo, no intuito de verificar se os consumidores tinham interesse, de fato, em saber dos posicionamentos da empresa ou se se preocupavam mais com outras questões, como preço, qualidade, entre outros. A pesquisa, feita pelo Fashion Transparency Index 2018, indicou que, no Brasil, 59% dos consumidores desejam que as empresas trabalhem ativamente para o desenvolvimento da sociedade, indo além da geração de empregos e de lucros (FASHION REVOLUTION BRAZIL, 2018).

Logo, pelo resultado das pesquisas, nota-se que o mercado consumidor está cada vez mais preocupado com a postura socialmente responsável por parte das empresas, que devem agir em conformidade com as Leis e, ainda, tornar acessíveis e divulgar essas posturas para os consumidores.

Nesse sentido, há, de fato, uma preocupação do mercado consumidor em relação às atitudes das empresas, o que pode gerar reflexos financeiros, seja pela perda de alguns clientes ou até mesmo por atitudes organizadas como boicotes.

Sendo assim, é importante que as empresas da atualidade se preocupem com a sua reputação perante o mercado consumidor; isto é, qual a mensagem que elas desejam passar? A imagem corporativa das organizações é o resultado das percepções mantidas por agentes externos à instituição, sejam investidores, consumidores ou parceiros, formando a reputação da instituição (RODRIGUES, 2015).

A reputação da empresa e seu nível moral não são determinados pela obtenção ao não de lucro, mas, sim, pela conformidade com as Leis e legitimação social das suas condutas (KEMPPER; ARAGOS, 2016). Sendo assim, as empresas precisam ter uma postura correta e socialmente responsável para conquistar esse mercado consumidor exigente.

Nessa busca da conquista do mercado consumidor através da reputação, não se toleram posturas socialmente inadequadas e moralmente reprováveis, como a submissão de trabalhadores à condição análoga à escravidão.

4 – Conclusão

A dura realidade da existência de trabalhadores submetidos à situação análoga à escravidão impõe que sejam realizados estudos cada vez mais profun-

dos sobre esses trabalhadores, buscando traçar formas (ou tornar as existentes mais efetivas) de combate a essa verdadeira violação ao Direito do Trabalho e à dignidade do trabalhador.

O presente estudo buscou abordar os prejuízos sofridos pela empresa ao adotar, direta ou indiretamente, a mão de obra em situação análoga à escravidão, buscando demonstrar que o combate a essa forma de labor, para além de uma pauta social, deve ser uma permanente pauta empresarial, em respeito às leis concorrenciais, à sobrevivência da cadeia produtiva e à própria reputação empresarial; isto é, demonstrar que, a par das punições estatais para aqueles que submetem os trabalhadores a condições análogas à escravidão, tanto de ordem penal (art. 149 do Código de Processo Civil) quanto trabalhista e administrativa (art. 243 da Constituição Federal), emergem, ainda, prejuízos ao mercado e à própria empresa.

A utilização de mão de obra análoga à escravidão gera reflexos negativos ao mercado como um todo, através de fenômenos como o *dumping* social, e prejuízo às finanças da própria empresa, como ocorre, de modo direto, com o aumento dos gastos em condenações e multas, e de modo indireto através da influência na reputação da instituição perante o mercado consumidor.

Assim, a adoção de medidas que assegurem uma maior transparência, controle e ética em relação a questões como trabalho análogo à escravidão também podem agregar ao mundo empresarial (NEVES, 2018).

Desse modo, as empresas, ao realizarem a sua gestão de risco, devem atentar não apenas aos riscos de condenações trabalhistas, em virtude da contratação direta do trabalho em situação análoga à escravidão, como também aos reflexos gerados no balanço mercadológico e direito concorrencial, na responsabilização em cadeia e no dano reputacional gerado pela adoção dessa mão de obra.

Assim, diante desse panorama, considerando os riscos financeiros, mercadológicos e reputacionais é importante que as empresas também assumam um papel socialmente responsável, adotando posturas diligentes com ações objetivas voltadas ao combate do trabalho escravo, como a adoção de programa de *compliance*, fiscalização das empresas da sua cadeia produtiva e controles internos.

5 – Referências bibliográficas

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DOCTRINA

BANDEIRA, Matheus *et al.* Reputação corporativa negativa e o desempenho empresarial. *Revista de Contabilidade e Organizações*, São Paulo, n. 2, 2015.

BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BORGES, Paulo César Corrêa; ARRUDA, Amanda Amorim. A relação do trabalho escravo com o *dumping* social, na cadeia produtiva: a estratégia da terceirização. *Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 191-207, jan./dez. 2017.

BRASIL. ANAMATRA. *1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. Enunciado nº 4. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/anamatra.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 de nov. 2019

BRASIL. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011.

BRASIL. Ministério da Economia. *Dados da inspeção do trabalho revelam perfil dos resgatados*. 2019a. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/noticias/6850-dados-da-inspecao-do-trabalho-revelam-perfil-dos-resgatados>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Observatório do trabalho decente*. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhodecente>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Dignidade da pessoa humana como fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo: a contribuição da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 3, jul./set. 2012. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/34303/005_brito_filho.pdf?sequence=3. Acesso em: 24 set. 2019.

CAROLL, A. B. The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders. *Business Horizons*, v. 34, n. 4, p. 39-48 *apud* RODRIGUES, Jacinta Isabel Oliveira. *A responsabilidade social corporativa percebida da grande distribuição alimentar: a influência na imagem da empresa e o papel na decisão de compra do consumidor*. 2015. 56f. Dissertação (Mestrado em Marketing) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, Tereza Cristina Meurer. O *dumping* social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 9, n. 2, 2014.

CASAGRANDE, Morgana. *Due diligence* de terceiros: uma questão legal, reputacional e financeira. *Revista de Governança e Compliance*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, set. 2018.

DOCTRINA

CONFORTI, Luciana Paula. *A interpretação do conceito de trabalho análogo ao escravo no Brasil: o trabalho digno sob o prisma da subjetividade e a consciência legal dos trabalhadores*. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25668-a-interpretacao-do-conceito-de-trabalho-analogo-ao-escravo-no-brasil-o-trabalho-digno-sob-o-prisma-da-subjetividade-e-a-consciencia-legal-dos-trabalhadores>. Acesso em: 26 ago. 2019.

COSTA, Larissa Ramos. O *dumping* social e a importância da atuação das empresas na proteção dos direitos do trabalhador. In: *Cadernos de Pós-Graduação em Direito – Direito do Trabalho Contemporâneo*, Brasília, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2012a.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e direito fundamental ao trabalho digno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 925, nov. 2012b.

DELGADO, Gabriela Neves; BRITO, Maurício Ferreira. *A transparência como medida de combate às práticas de trabalho escravo em cadeias produtivas*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-transparencia-como-medida-de-combate-as-praticas-de-trabalho-escravo-em-cadeias-produtivas>. Acesso em: 2 jul. 2019.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Escravidão contemporânea no Brasil. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 32, mar. 2003.

DRUCK, Graça *et al.* A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. In: CAMPOS, André Gambier (Org.). *Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília: IPEA, 2018.

FIDELIS, Samita Pessoa. *A terceirização do sistema de produção têxtil como ferramenta para a dissimulação da exploração de trabalho análogo ao de escravo na cadeia produtiva: um estudo do caso Zara (Inditex)*. 2015. 97f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

FURTADO, Emmanuel; PRADO, Lanna. Revisando o instituto trabalhista do *dumping* social. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, v. 2, n. 242, ago. 2009.

GAMBA, Juliane Caravieri M. Direito ao trabalho digno e as frentes de trabalho: paradoxos do Estado contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 39, mar. 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho em condições análogas à escravidão e a nova Portaria nº 1.293/2017: retorno à legalidade. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 29, n. 345, mar. 2018.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sobre o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conteúdo construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2006.

GONDIM, Andrea da Rocha Carvalho. *Trabalho em condição análoga à de escravo no meio urbano: análise das teorias da responsabilidade aplicáveis à cadeia produtiva na indústria têxtil*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. Contratos coligados nas relações trabalhistas. In: DELGADO, Gabriela *et al.* (Coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: RT, 2013.

DOCTRINA

LEITE, Beatriz Morais; SALADINI, Ana Paula Sefrin. O *dumping* social no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Terra & Cultura*, Londrina, v. 33, número especial, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, José de Souza. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MASCARENHAS, André Ofenhejm; DIAS, Sylmara Lopes Gonçalves; BAPTISTA, Rodrigo Martins. Elementos para discussão da escravidão contemporânea como prática de gestão. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 55, mar./abr. 2015.

MERCANTE, Carolina Vieira. A terceirização na indústria de confecções e a reincidência do trabalho análogo ao escravo. In: *Encontro Nacional da ABET*, 15. Campinas, 2015.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial. Trabalho digno e sustentável – O caso dos maquinistas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 47, n. 93, jul./dez. 2014.

NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance empresarial: o tom da liderança; estrutura e benefícios do programa*. São Paulo: Trevisan, 2018.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 29*, 1930. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm. Acesso em: 26 nov. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 105*, 1957. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang-pt/index.htm. Acesso em: 26 de nov. de 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção relativa à escravatura*, 1953. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelEsc.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção suplementar sobre abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura*, 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvSupAboEscTrafEscInstPraAnaEsc.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Não ao trabalho forçado. *Relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa aos princípios fundamentais no trabalho*. Relatório I (B). Conferência Internacional do Trabalho, 89ª Reunião. Genebra, 2002. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf. Acesso em: 24 set. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Brasília: OIT, 2011. v. 1. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227533.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Recomendación sobre el trabajo forzoso* (medidas complementarias), 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3174688. Acesso em: 26 nov. 2019.

DOCTRINA

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastou; VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

RODRIGUES, Jacinta Isabel Oliveira. *A responsabilidade social corporativa percebida da grande distribuição alimentar: a influência na imagem da empresa e o papel na decisão de compra do consumidor*. 2015. 56f. Dissertação (Mestrado em Marketing) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, RT, 2012.

SEGATTI, Ana Elisa Brito *et al.* Trabalho escravo: reflexões sobre a responsabilidade na cadeia produtiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, n. 48, set. 2014. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/trabalho-escravo-reflexoes-responsabilidade-590350826>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho escravo no Brasil na atualidade*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Marcello Ribeiro. *Rural labor analogous in Brazil of 21st century: new contours of an old problem*. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas – Direito) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tde/1483>. Acesso em: 21 set. 2019.

TÓDERO, Mirele; MACK, Janaina; BIASUZ, Tamiris Sluminski. O consumo consciente e sua relação com as ações de responsabilidade social empresarial. *Revista de Gestão social e Ambiental*, São Paulo, v. 5, n. 1, 2011.

TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 28, n. 331, jan. 2017.

VILHENHA, Paulo Emílio Ribeiro de. Valor: realidade, ficção ou projeção da realidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, 2000.

VILLELA, Fábio Goulart. A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e o direito social ao trabalho digno. 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.

WEBSTER Jr., F. E. Determining the characteristics of the socially conscious consumer. *Journal of Consumer Research*, v. 2, 1975.

Recebido em: 06/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

**Parte 4 – Temas de Direito
Processual do Trabalho**

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E EFETIVIDADE PROCESSUAL

PROCEDURAL FLEXIBILITY AND EFFECTING JURISDICTIONAL PROTECTION

Roberta Corrêa de Araujo*

RESUMO: Este ensaio analisa a flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional. Partindo do pressuposto de que os ritos procedimentais previstos abstratamente pelo legislador processual não se mostram eficientes e aptos a viabilizar a prestação da tutela jurisdicional eficaz, defende-se a possibilidade de mudanças no procedimento entabuladas pelo juiz e pelas partes, sujeitando-se ao controle judicial. Complementarmente, abordam-se os parâmetros e limites acerca do que é possível admitir que o magistrado realize, em termos de flexibilização procedimental, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização Procedimental. Adequação Procedimental. Efetividade Processual.

ABSTRACT: *This article analyzes procedural flexibility as a technique for effecting jurisdictional protection. Based on the assumption that the procedural rites abstractly foreseen by the Brazilian legislator have not shown efficiency and are unable to promote the provision of effective judicial protection, the possibility of changes in the procedure established by the judge and the parties is hereby defended, subjecting it to judicial control. Complementarily, the article analyzes the parameters and limits regarding what it is possible to admit that the presiding judge does, in terms of procedural flexibility, in addition to the hypotheses expressly provided for in the Brazilian procedural legislation.*

KEYWORDS: *Procedural Flexibility. Effecting Jurisdictional Protection. Procedural Adequacy.*

1 – Introdução

A ideia de um processo justo, consentâneo às exigências do marco do Estado Constitucional, tornou-se tema presente nas preocupações dos juristas e processualistas. Processo justo é aquele capaz de outorgar

* Juíza do Trabalho Titular da 14ª Vara do Trabalho do Recife; doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; professora de graduação e pós-graduação nas áreas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado; membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas; membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais; membro integrante do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação na Revista de Direito do Consinter; membro do Conselho Editorial da Juruá Editora; pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina: Análise Comparada" vinculado à Universidade Federal de Pernambuco.

de modo eficiente e efetivo a tutela prometida pelo direito substancial, o que envolve tanto a regulação procedimental quanto a formulação dos provimentos decisórios.

Sob o impulso dessas inquietações, observa-se um crescente clamor doutrinário, com significativos reflexos no NCPC, pela mitigação da rigidez do regime procedimental brasileiro para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional e que aspira por flexibilidade para permitir que, à luz do caso concreto e tendo em vista as suas peculiaridades, o rito seja conformado para atender às exigências advindas do direito substancial e dos direitos fundamentais processuais. Essa é a reflexão que se propõe no presente artigo.

2 – A constitucionalização do processo: imperativos do processo justo

O direito processual atravessa um período de distensão epistemológica e respira ares de mudança. O paradigma racionalista, que ao longo do tempo dominou o saber dogmático e exerceu grande influência sobre o direito processual, exaltou os ideais iluministas de segurança e certeza em detrimento da efetividade da prestação jurisdicional e, para sua garantia, impôs a universalidade procedimental e a figura de um juiz neutro, desprovido de poderes e reduzido a um simples aplicador da lei, ou, como na celebre expressão de Montesquieu, *la bouche de la loi*.

Ao universalizar as suas estruturas, o processo distanciou-se das categorias do direito substantivo, ignorando a sua diversidade e peculiaridades. Entrementes, no multifário cenário pós-positivista, no qual floresce o constitucionalismo contemporâneo, o direito não pode ser mais compreendido como estrita legalidade, tampouco a noção de jurisdição pode se restringir a mera declaração do direito. Tampouco há mais espaço para se conceber um direito que aspira à cientificidade, à objetividade, à neutralidade, à estatalidade e à completude, sendo alheio aos valores éticos e à realidade sociocultural na qual se insere.

Nessa senda, eleva-se o clamor pela efetividade da tutela jurisdicional e o direito processual não se quedou inerte em face dessas exigências. No périplo histórico que sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra Mundial, sobretudo, a partir das notáveis contribuições de Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti, Luigi Paolo Comoglio, Nicolò Trocker, estudiosos do direito processual passaram a refletir sobre o papel do processo no marco do Estado Constitucional, envidando esforços para a construção da ideia de um procedimento justo, efetivo e adequado.

DOCTRINA

Como descreve Humberto Theodoro Júnior¹,

“Aspirava-se, cada vez mais, a uma tutela que fosse mais pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados; por uma Justiça que fosse amoldável a todos os tipos de conflitos jurídicos e que estivesse ao alcance de todas as camadas sociais e de todos os titulares de interesses legítimos e relevantes; por uma Justiça, enfim, que assumisse, de maneira concreta e satisfatória, a função de realmente implementar a vontade da lei material.”

Sob o prisma constitucional, o direito de ação deixa de ser concebido como direito potestativo ou direito à sentença de mérito para ser compreendido como direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, noção que alberga o direito ao processo justo e, por conseguinte, a técnicas processuais idôneas à efetiva tutela jurisdicional do direito material.

A ideia de um processo justo, consentâneo com as exigências constitucionais, traz consigo significativa carga ética, impondo, como pondera Nicolò Trocker², a necessária coordenação entre duas importantes exigências: a correção formal e a justiça substancial.

Nesse toar, a jurisdição não mais pode significar apenas *iuris dictio* e o processo passa a ser concebido mais como instrumento constitucional efetivo para realização do direito material, o que vai além da sua mera declaração pela sentença de mérito. Sob esse prisma, o direito material e o processo revelam-se como dimensões indissociáveis, não sendo mais possível concebê-los como estanques e completamente independentes um do outro.

Disso resulta a imperiosa necessidade de correlação entre a tutela dos direitos e a técnica processual destinada a esse fim. As técnicas processuais devem ser adequadas e eficientes para a realização do direito material, o que tem sido tema presente nas preocupações dos processualistas, resvalando na ênfase da ideia de que as normas processuais devem ser preenchidas com um conteúdo axiológico, sendo maleáveis e adaptáveis ao caso concreto para se harmonizar com os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

O modelo do processo justo remete à noção de acesso à ordem jurídica justa, o que implica direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva

1 THEODORO Jr., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Academia Brasileira de Processo Civil*, jun. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

2 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 678.

e célere, que leve em consideração as peculiaridades do direito material em conflito.

3 – Técnica processual e tutela de direitos

O processo do Estado Constitucional deve ser pensado a partir da tutela dos direitos porque esse é seu fim. Nesse sentido, as exigências de justiça, efetividade e adequação são seu fundamento e, portanto, se lhes impõe³.

A tutela jurisdicional deve ser pensada à luz do direito material, ou seja, da proteção que o processo tem de ser capaz de lhe conferir. Nesse sentido observa Marinoni⁴, “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material”.

O processo não serve apenas para outorgar uma satisfação jurídica às partes, mas propiciar uma tutela efetiva ao jurisdicionado, o que aspira à busca por técnicas processuais que também se mostrem adequadas e efetivas à concretização do direito material. Tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere implica técnica processual a serviço de seu resultado⁵.

Disso se extrai a imbricada relação que existe entre direito à tutela efetiva e técnica processual e procedimental. Como assinala Marinoni⁶, “trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais”.

O reconhecimento de um direito ao procedimento adequado foi impulsionado, sobretudo, a partir dos estudos de Andrea Proto Pisani na década de 1970, focados no movimento pela chamada “tutela diferenciada”, que aspirava à proteção jurídica do direito substancial por meio de modelos processuais alternativos ao procedimento judicial universal, ordinário e comum, partindo do pressuposto de que não existe uma tutela jurisdicional ideal para todas as situações, o que representava uma viragem paradigmática da herança racionalista sobre a ciência processual de tradição romano-canônica, que incorporou a *ordinariedade* da *actio* romana como instrumental de segurança jurídica, impondo a universalização e abstração do processo, “engessando-o em uma

3 MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 17-18.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 113.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2020. v. 1. p. 139.

teia de conceitos e regras, com uma pretensão de universalidade que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico”⁷.

O movimento pela tutela diferenciada resultou na ruptura da uniformidade procedimental mediante a incorporação dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, ditos procedimentos especiais, no sistema processual.

Tradicionalmente, o ordenamento processual brasileiro (como reflexo de uma visão liberal-individualista inspirada em um ideal de neutralidade e indiferença do processo em relação ao direito material) estabeleceu um procedimento padrão para prestação de tutela jurisdicional, que se coloca como modelo a ser seguido na generalidade dos casos, independentemente do direito material versado pelos litigantes. Esse procedimento “ordinarizado” era visto, pela literatura clássica, como um padrão universal e atemporal, com fases completas aptas a acarretar um provimento idôneo, decorrente de cognição plena e exauriente. Contudo, a percepção de que o processo não pode ignorar as exigências da realidade de origem substancial, mas, ao contrário, deve promover o ajuste necessário e coerente da forma à substância, tornou-se um imperativo de consenso na doutrina processualística moderna.

Não raro se impõe, a bem da efetividade da tutela jurisdicional, que o instrumento processual seja adaptado às particulares características do direito material posto em conflito. Nessa senda, a criação de procedimentos especiais foi uma solução tradicionalmente prestigiada pelo legislador brasileiro no quadro das técnicas destinadas à adaptação procedimental.

Mas não foi o bastante. No esteio dessas ideias, novas reformas processuais foram impulsionadas, movendo a atividade legislativa à adequação das técnicas frente à cognição necessária para proteção do direito do material. Isso se operou por meio da criação de microssistemas legislativos como o dos Juizados Especiais e o da tutela coletiva e por disposições legais especiais destinadas à adaptação processual e procedimental por decisão judicial à luz das circunstâncias do caso concreto, e também por autorização para convenções processuais típicas e atípicas sobre procedimento, estas últimas hodiernamente radicadas na cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do NCPC.

Assinale-se, ademais, que o NCPC autorizou a inserção de técnicas procedimentais diferenciadas no procedimento comum, *ex vi* do disposto no art. 327, § 2º, imprimindo uma ruptura em relação à tradição anterior, segundo a qual técnicas especiais de diferenciação procedimental seriam um apanágio

7 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 126.

dos procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser compreendido como *habitat* adequado para técnicas procedimentais diferenciadas.

Fala-se, destarte, em adaptação processual e adaptabilidade procedimental enquanto princípios pungentes da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça.

Na lição de Fredie Didier Jr.⁸, o princípio da adequação é pré-jurídico e atua como informador da produção legislativa do procedimento em abstrato. Já o princípio da adaptabilidade procedimental dirige-se ao magistrado, outorgando-lhe, em face das peculiaridades do caso concreto *sub judice*, conformar o procedimento para torná-lo adequado e consentâneo à situação jurídica de direito material.

Embora a introdução de tutelas jurisdicionais diferenciadas e a especialização dos ritos tenha sido um grande passo inicial de transformação observado no sistema processual brasileiro, ainda é arraigada a clássica visão de que os procedimentos seriam rígidos e inflexíveis, sem margem para flexibilização, de modo que eventuais mitigações a essa rigidez somente seriam toleradas quando inerentes ao próprio sistema e em circunstâncias excepcionais. Contudo, a diversidade e pluralidade de procedimentos nem sempre são suficientes para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional e essa constatação tem impulsionado novas reflexões em torno do problema da efetividade da tutela jurisdicional.

Observa-se, no tempo presente, um conjunto de movimentos paralelos e imbricados, que confluem, não obstante as divergências, para a necessidade de aplainar a rigidez do regime procedimental brasileiro para garantir resultados eficientes para a tutela jurisdicional, a partir da premissa da inarredável incapacidade de o legislador antever todas as situações possíveis que possam ocorrer no mundo dos fatos. Trata-se de um novo passo que vai além do direito ao procedimento especial para alcançar o direito à técnica processual especial e adequada à eficiência da prestação jurisdicional.

4 – Flexibilização procedimental

A penetração do discurso constitucional no direito processual impôs a reconstrução das bases teórico-dogmáticas da doutrina processualista brasileira, forcejando aderência do processo à necessidade de tutelar de modo efetivo e adequado o direito substancial.

8 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1. p. 64.

Expressa por uma variedade de termos distintos que apenas exprimem diferentes angulações doutrinárias sobre o tema, a flexibilização procedimental se apresenta como um reclamo do presente em favor da mitigação da rigidez procedimental em prol da eficiência do sistema jurisdicional e da efetividade da tutela jurisdicional.

No Estado Constitucional Democrático, a efetividade da tutela jurisdicional tornou-se o norte e o vetor da prestação jurisdicional, o que implica técnicas procedimentais adequadas às tutelas pretendidas no plano do direito material, às particularidades do caso concreto e aos valores constitucionais. E, nesse sentido, o discurso constitucional torna-se legitimador da flexibilização procedimental, pois se o processo deve dotar-se de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo, a adequação procedimental tem como corolário lógico-jurídico a elasticidade processual.

No contexto das transformações havidas no sistema processual brasileiro, a flexibilidade procedimental passou de um desiderato a ser alcançado de *lege ferenda* para uma realidade extraída de *lege lata*.

4.1 – Flexibilização procedimental *ope legis*

A compreensão de que o processo deve servir a um fim prático exigiu uma nova postura legislativa, no sentido de especializar e flexibilizar procedimentos com vistas a conferir ao jurisdicionado uma tutela adequada e consentânea com a situação substancial levada a juízo.

Galeno Lacerda⁹ pontua que a iniciativa legislativa de adequação procedimental se justifica pelos sujeitos que compõem a relação processual (adequação subjetiva), pelos objetivos que o procedimento visa a alcançar ou que são preponderantes em cada caso (adequação teleológica) ou pelos critérios objetivos do legislador, como a natureza do litígio, a evidência do direito material no processo e a urgência (adequação objetiva).

Os procedimentos especiais, a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário, a criação dos juizados especiais, a instituição do procedimento sumaríssimo no âmbito do processo do trabalho, as tutelas coletivas, a cumulação de pedidos com ritos distintos, o fracionamento da decisão de mérito, são exemplos de adequação legislativa que se opera no plano abstrato da norma, mediante o desenvolvimento de técnicas processuais ou especialização da tutela

9 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

jurisdicional, inclusive com mitigações ao procedimento comum, através da importação de técnicas diferenciadas.

Entretantes, a lei também confere poderes ao juiz e aos sujeitos processuais para, nos parâmetros fixados, flexibilizar procedimentos com vistas a adequá-los, à luz do caso concreto, as peculiaridades dos interesses materiais subjacentes.

4.2 Flexibilidade do procedimento pela via convencional

A adequação procedimental pode ser levada a efeito pela vontade dos sujeitos processuais, em prestígio ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o que, ressalte-se, constitui tema inçado de dificuldades no âmbito do processo do trabalho.

Os acordos de procedimento valorizam o ambiente dialógico de interação entre partes e juiz, inferido a partir do modelo cooperativo de processo, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a autorização para conformação do processo, adaptando o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio.

Há situações em que a própria lei fixa o regime de determinados negócios, tipificando-os. E, porque regulados, qualificam-se como negócios jurídicos processuais típicos, dos quais são exemplos a eleição negocial de foro, o calendário processual, o acordo para suspensão do processo, dentre outros.

Ao lado dos negócios típicos, há também os negócios jurídicos processuais atípicos, pactuados pelas partes segundo sua conveniência e oportunidade e que não se enquadram nos tipos descritos na lei, tendo por objeto as situações jurídicas processuais, autorizando que as partes estipulem mudanças do procedimento quando convencionem sobre ônus, faculdades, deveres e poderes processuais, o que pode se dar antes ou durante o processo, podendo assim repercutir tanto em processo atual como em processo futuro, sendo, nesse caso, hipótese de negociação pré-processual. Foram expressamente autorizados pelo NCPC, que consagrou uma cláusula geral de negociação do processo, radicada da proposição normativa contida em seu art. 190.

Na seara trabalhista, o art. 2º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST proclamou que o art. 190 do CPC é inaplicável ao Processo do Trabalho. Entretantes, há sensível cisão doutrinária na literatura trabalhista acerca da sua conformação ao processo do trabalho.

Com efeito, não se tem por adequado vedar, *prima facie*, o cabimento das convenções processuais no âmbito do processo do trabalho, desde que realizadas no curso do processo e que as partes estejam devidamente assistidas por advogado. Não se olvida que a posição de hipossuficiência do trabalhador em face do empregador denota desequilíbrio que faz supor que a negociação não se aperfeiçoe em igualdade de condições. Por essa razão, tem-se por razoável inadmitir negociação pré-processual no âmbito dos dissídios individuais decorrentes da relação de trabalho.

Contudo, a hipossuficiência do trabalhador não deve conduzir ao rechaço prévio e peremptório da celebração de negócio jurídico processual no curso do processo do trabalho, mas apenas exigir permanente intervenção equalizadora do juiz no sentido de limitar o poder de disposição do mais fraco. Ora, se esse controle de validade já é plenamente exercido pelo juiz do trabalho no âmbito das transações judiciais e extrajudiciais envolvendo o objeto litigioso do processo, por que não poderia ser eficazmente exercido no âmbito das negociações envolvendo o processo?

Eventual vício de vontade ou prejuízo ao trabalhador na convenção processual devem ser analisados pelo juiz à luz no caso concreto, na forma do art. 190, parágrafo único, do CPC e somente se constatados é que sua eficácia haveria de ser recusada pelo juiz, pois o controle da validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Ademais, nada obsta que o juiz também participe do entabulamento da convenção acerca do procedimento, interferindo e influenciando na formação da vontade das partes quanto ao modo, condições ou encargos, delineando-se uma convenção processual plurilateral, tal como previsto em relação ao calendário processual, insculpido no art. 191 do NCPC.

Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos podem se revelar de grande valia no âmbito do processo do trabalho, flexibilizando e adaptando o procedimento com vistas a promover celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, não se vislumbrando, destarte, justificativa para seu repúdio, *prima facie*, na esfera trabalhista, com a ressalva de estarem sempre sujeitos ao crivo judicial e ao controle de validade *cognita causa*.

5 – Flexibilização procedimental pela via judicial

O legislador não é presciente. Logo, a flexibilização procedimental no plano legislativo não esgota a complexidade dos conflitos e necessidades humanas. Assim, embora incumba precipuamente ao legislador predispor técnicas processuais e procedimentos orientados a melhor atender às particularidades

do direito material, a ênfase ao aspecto eficaz do processo redundando na importância de se reconhecer ao juiz o poder e o dever de se valer, em face do caso concreto, de mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios, por meio de técnicas processuais comprometidas com o escopo do processo.

Nessa linha de raciocínio, Marinoni¹⁰ observa que

“A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.”

A atuação judicial nesse sentido pode se dar sob os auspícios de prévia e específica autorização legislativa, conferindo-lhe poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, com vistas a prestar a efetiva tutela ao direito material.

No nosso sistema processual, há farto repertório legislativo no direito brasileiro que franqueia, em maior ou menor grau, a adequação procedimental judicial. Hipótese modelar dessa situação encontra-se no disposto no art. 652, parágrafo único, da CLT, prevendo que terão preferência para julgamento os dissídios sobre pagamento de salário e aqueles que derivarem da falência do empregador, podendo o juiz, a requerimento do interessado, constituir processo em separado, sempre que a reclamação também versar sobre outros assuntos, com vistas a proporcionar uma tutela mais célere e adequada à necessidade básica alimentar do empregado.

Mas não é o bastante. A legitimação para flexibilizar procedimentos não se restringe, e nem deve se restringir, à iniciativa e à opção legislativa específica e predeterminada.

Importa, *hic et nunc*, refletir acerca da possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, dispor da norma procedimental à margem de expressa e específica autorização legal, conforme as peculiaridades e especificidades que se apresentem em situações concretas, para alcançar os fins para os quais o processo existe e se justifica.

6 – Flexibilização procedimental *ope iudicis*

A importância da adequação procedimental para atender aos reclamados da celeridade e efetividade processual não parece padecer de questionamentos

10 MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 01, p. 68-81, abr. 2006.

doutrinários. O que se impõe, como produto de criação doutrinária, são os arranjos metodológicos aptos a realizá-la.

As hipóteses de flexibilização procedimental fundadas na opção legislativa, porque lastreadas em previsão normativa, são cognoscíveis, confiáveis e previsíveis, de modo que sobre elas não pairam questionamentos fundados em argumentos de legalidade ou segurança jurídica. Mas e quando não há previsão legislativa expressa e específica?

É importante pontuar que no Estado constitucional democrático a noção de legalidade transmuda-se em juridicidade, o que vai além do sentido de mero respeito à lei enquanto ato estatal formal, para agregar um sentido substancial, que abrange o respeito ao sistema normativo e, destacadamente, à Constituição e aos direitos fundamentais nela consagrados.

No esteio das concepções hermenêuticas contemporâneas, que postulam a distinção entre texto normativo e norma jurídica, o juiz deixa de ser a mera boca que profere a lei para tornar-se protagonista na concretização da norma jurídica, que apenas se constitui na situação concreta como resultado da sua atividade interpretativa, jungida aos princípios e regras constitucionais que são tomados como vértices orientadores de toda a atividade jurisdicional.

O direito não se esgota na lei. Esse é um postulado fundamental do constitucionalismo contemporâneo, assentado no pressuposto filosófico do pós-positivismo. Nesse cenário, romper com o paradigma da lei como uma única fonte de flexibilização procedimental implica admitir a abertura de novos espaços de estruturação dos procedimentos para além dela e, ao mesmo tempo, pugnar pela mitigação da rigidez formal em favor do elasticamento do sistema de procedimentos.

Não por outra razão, a reflexão que aqui se propõe e que tem sido objeto de relevantes debates doutrinários entre os estudiosos do direito processual é no sentido da possibilidade do magistrado, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação e à luz das circunstâncias do caso concreto, aperfeiçoar e conformar o procedimento, fases dele ou até mesmo um ato procedimental específico, com vistas a conferir uma tutela jurisdicional apta e adequada à situação de direito material discutida em juízo.

Inicialmente, é preciso ter em mente que a flexibilização procedimental não importa na renúncia ou negação à forma, mas na sua peremptória rigidez, sendo necessária a releitura e a superação de certos dogmas em prestígio à

efetivação dos direitos, pois, como acertadamente assevera Oliveira¹¹, não raras vezes, “o formalismo excessivo, o legalismo, e a rigidez procedimental revelam-se como fator negativo para o alcance da finalidade do processo”.

Nesse sentido, é importante reconhecer certo grau de ductilidade nos procedimentos, a permitir ao magistrado amoldá-lo às especificidades do litígio, pois como leciona com acuidade Gajardoni¹²:

“O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, ‘razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa’ (Dinamarco). É preciso, pois, conforme bem aponta José Roberto dos Santos Bedaque, ‘reconhecer no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom-senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma’.”

A eficiência no sistema processual conduz não apenas à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas e equânimes, mas à responsabilidade e o dever do magistrado em atendê-la.

A flexibilização procedimental por iniciativa judicial pode se realizar sob diversas perspectivas e nuances. A primeira delas se dá pela via hermenêutica, através da releitura de dispositivos legais e a partir da pauta de valores constitucionais. A prática forense trabalhista é repleta de exemplos de flexibilização procedimental impulsionados pela atividade interpretativa do juiz *praeter legem* e até mesmo *contra legem*.

Dentre outros tantos, é possível citar como exemplo as inúmeras decisões proferidas nas cortes trabalhistas admitindo a conversão do rito sumaríssimo em rito ordinário, sob o escorreito fundamento de que tal conduta vai ao encontro dos princípios da efetividade, celeridade, economia e razoabilidade, mas que vai de encontro à literalidade do disposto no art. 852-B, § 1º, da CLT.

A flexibilização e adaptação procedimental também pode se dar, como sói ocorrer, pela heterointegração, quando o juiz do trabalho busca colmatar as lacunas normativas, ontológicas e axiológicas do direito processual do trabalho a partir da aplicação de normas de fonte distinta, a tanto autorizado pelas

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: uma proposta de formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

12 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86-87.

prescrições contidas nos arts. 8º, 769 e 889 da CLT e 15 do NCPC e desde que não haja contradição principiológica.

Essa forma de flexibilização procedimental é recomendável e escorreita, ainda quando não justificada pela supletividade ou subsidiariedade. O direito processual do trabalho pode e deve dialogar com o direito processual civil pelo prisma da interpretação, em prestígio à teoria do diálogo das fontes e tendo por escopo a realização e efetividade de direitos fundamentais.

Vale ponderar que, diante das profundas e aceleradas transformações do mundo do trabalho, cada vez mais polissêmico e multifacetado, e que impactam o direito material do trabalho, o direito processual do trabalho não deve e não pode se manter como um campo jurídico hermeticamente fechado ou autosuficiente, mas, ao contrário, deve ser aberto, dinâmico e manter considerável capacidade expansiva e receptiva em dialogar em harmonia com outras fontes normativas que lhe confirmam instrumentalidade, celeridade e efetividade.

Nesse sentido, o ilustre André Molina¹³ pontua que

“atualmente a filosofia pós-moderna recomenda a interpretação do art. 769 da CLT como uma cláusula de abertura do sistema, possibilitando o seu acoplamento com o processo comum. O art. 15 do novo CPC apenas reforça a interpretação multifacetada e complexa. (...) o direito processual do trabalho pós-moderno, para desincumbir-se da tarefa de dar adequada aplicação aos direitos materiais multifacetados, também há de ser plural, complexo, aberto e dialogado.”

Na senda dessas ideias, destaque-se, a título de exemplo, dentre tantos outros, que a adoção, no âmbito do processo do trabalho, do saneamento compartilhado do processo, previsto no § 3º do art. 357 do NCPC pode se revelar, em diversas situações concretas, como providência que redunde em efetividade, economia e celeridade processual.

Assinale-se que, embora de modo excepcional e provisório, essa concepção restou prestigiada em face do Ato Conjunto CSJT.GP.VP e CGJT nº 6/2020 que, consolidando as medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 na Justiça do Trabalho, impulsionou a adoção pelos Tribunais Regionais do Trabalho das mais diversas aberturas de flexibilização procedimental e acoplamento do direito processual do trabalho ao processo civil, o que viabilizou a adoção de práticas que, sob diversas perspectivas e em situações concretas

13 MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, jul./set. 2015.

e pontuais, emergem como alternativa válida, viável e relevante para outorgar efetividade e celeridade a prestação jurisdicional trabalhista regular e contínua.

Importa destacar ainda outra perspectiva de flexibilização procedimental por iniciativa judicial que emerge no contexto das práticas de condução de processos e organização judiciária em torno do chamado gerenciamento de processos.

A atividade jurisdicional é, antes de tudo, serviço público e, pois, sujeita aos imperativos correlatos, que impõe a exigência de eficiência e qualidade do sistema de justiça. E a eficiência do sistema processual abrange as noções de gestão do processo, economia processual e adaptação das regras processuais.

O *judicial case management*, de origem anglo-saxônica, vem sendo objeto de estudo pela doutrina processual brasileira.

Segundo o escólio de Paulo Eduardo Alves da Silva¹⁴,

“O ‘gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo.”

O *case management* tem como fator primordial o fortalecimento e incremento do poder do juiz na condução do processo, que deve buscar meios eficazes de realização de uma solução justa, adequada e eficaz solução ao jurisdicionado, de modo que “enquadre o caso ao procedimento, planeje os atos processuais, controle o andamento do feito e flexibilize, quando necessário, o procedimento”¹⁵.

O gerenciamento aproxima-se da ideia do saneamento do processo, mas vai além porquanto se realiza desde o início do procedimento e se expande por todas as fases processuais, buscando garantir o percurso adequado para cada causa, na perspectiva da flexibilidade e adequação do procedimento pelo magistrado.

Destaque-se, ademais, que, com base no poder geral de cautela conferido ao magistrado, é possível extrair um poder geral de flexibilização e adequação procedimental, legitimando-a. Tal se extrai do art. 765 da CLT, que pode ser tido como cláusula geral que imprime considerável grau de elasticidade na aplicação do direito, além de incrementar os poderes do juiz do trabalho, autorizando-o genericamente que, tendo em conta a *fattispecie* concreta, especifique o caminho a trilhar para a efetiva, célere e adequada tutela dos direitos.

14 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

15 *Ibidem*, p. 36.

DOCTRINA

Também o inciso VI do art. 139 do NCPC contém comando aplicável ao processo do trabalho e que incrementa os poderes do juiz no comando do processo.

A flexibilização do procedimento pelo órgão jurisdicional, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação, deve ser reputada como medida salutar e consentânea com o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere, que leve em consideração as peculiaridades do direito material em conflito.

Entretanto, o ponto nodal dessa constatação reside nos parâmetros e limites acerca do que é possível admitir que o magistrado realize, em termos de flexibilização procedimental, para além das hipóteses previstas expressamente na legislação, pois essa autorização não pode conduzir a uma irrestrita e ilimitada autonomia judicial.

Impõe-se ao magistrado o inarredável respeito ao *due process of law*, sendo seu dever não apenas observar as garantias constitucionais, mas densificá-las e mantê-las incólumes na conformação procedimental.

Desse modo, é preciso ressaltar que a flexibilização procedimental por iniciativa do juiz e a seu critério deve ser sempre encarada como medida excepcional, de modo que se legitimará tão somente quando as medidas legalmente previstas forem manifestamente inidôneas para a tutela adequada do direito, tendo em vista as especificidades do caso concreto.

Outrossim, a adequação procedimental concretamente realizada deve redundar, faticamente, em acréscimo na eficácia dos direitos fundamentais processuais, jamais em sua restrição ou mitigação. Como corolário, é imprescindível que a decisão judicial nesse sentido seja robustamente fundamentada e fincada em critérios lógicos, racionais e jurídicos, expondo de modo claro as razões fáticas e jurídicas que ensejaram a opção pela adoção da técnica diferenciada.

Além do mais, impõe-se o inarredável respeito ao contraditório, à ampla defesa e às preclusões já consumadas no *iter* procedimental. Assim, em toda a condução processual dever-se-á observar o contraditório, a dialeticidade e o diálogo, envolvendo juiz e sujeitos processuais, o que, ademais, constitui a base constitucional para o modelo cooperativo de processo.

As variações procedimentais implementadas pelo juiz com a garantia do contraditório efetivo não comprometem a segurança jurídica porque legitimam a mitigação das formalidades infecundas e se revestem da previsibilidade propiciada pela participação.

7 – Flexibilização procedimental e segurança jurídica

A perspectiva constitucional do processo não permite compreendê-lo senão em uma dimensão dialética, que, ao mesmo tempo em que aspira segurança, estabilidade e previsibilidade, exige que seus desdobramentos práticos produzam resultados na efetivação do direito material deduzido pelo jurisdicionado.

É clássica a visão de que a vinculação do juiz e das partes a ritos minuciosos e rígidos fixados na lei se relaciona com o valor da segurança jurídica e previsibilidade do sistema, além de representar uma forma de contenção do arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

Esse talvez seja o ponto fulcral das posturas resistentes à possibilidade de flexibilização procedimental e adaptação procedimental por iniciativa judicial sem previsão legal específica.

Contudo, a regularidade formal, embora seja indicativo do devido processo legal, não é seu componente exclusivo e nem o seu centro gravitacional. Se é fato que a forma e a previsibilidade do rito são fatores que atuam em prol da segurança jurídica, também é fato que o formalismo não é e nem deve se tornar um fim em si mesmo, mas, ao contrário, apenas se justifica e se legitima quando direcionado à finalidade de garantir e maximizar direitos fundamentais.

Não raras vezes, o rigor formalístico pode macular os fins do processo e obstruir a efetividade da tutela jurisdicional de tal maneira que, “em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz”¹⁶.

Não há colisão, senão aparente, entre a importância de um sistema de garantias formais e a necessidade de um sistema processual eficiente e funcional, revestido de plasticidade para se ajustar às necessidades das partes. O que se impõe é o necessário equacionamento entre os valores da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional.

O *due process of law* é ressignificado no marco do estado constitucional, passando a ser compreendido como direito ao “justo processo regulado na lei, mas em formas relativizáveis e variáveis à luz das situações observadas em cada caso”¹⁷, de modo que, sob o prisma constitucional, não há mais espaço para compreender segurança jurídica como fator legitimador da rigidez procedimental.

16 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em: 22 jun. 2020.

17 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 191.

DOCTRINA

Devido processo legal não se restringe à mera garantia de legalidade, mas antes, implica atendimento às exigências decorrentes dos direitos fundamentais processuais consagrados no texto constitucional brasileiro, o que abrange o direito a um procedimento adequado.

É preciso dar nova roupagem à noção de formalismo processual para adequá-lo às exigências contemporâneas de efetividade e eficiência da jurisdição. Ademais, em matéria de invalidades processuais, incide o princípio insculpido no art. 794 da CLT, de modo que não há que se falar em nulidade de ato processual colimado de vício se dele não resultar prejuízo à parte afetada pelo defeito processual.

Mais que um dever, a flexibilização do procedimento previsto abstratamente na lei com o fim de torná-lo apto para o competente manejo do caso, fazendo frente, assim, às exigências advindas da situação concreta, revela-se como uma imposição do direito à tutela justa, adequada, célere e eficaz, o que, ao contrário de vulnerar, atua em prol da otimização e efetivação do princípio do devido processo legal.

8 – Conclusão

No marco do Estado constitucional democrático, o direito de ação é compreendido como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, e não mais como simples direito ao processo e a um julgamento de mérito. Essa constatação implica a necessidade de uma mudança paradigmática atenta às diretrizes metodológicas irradiadas no contexto pós-positivista com sua âncora constitucional, inclinada às exigências de mitigação da rigidez dos procedimentos e da sua adequação pelo juiz para atender às exigências do caso concreto e a despeito de previsão legal específica.

Nesse desiderato, a ductilidade procedimental é exigência que se impõe, possibilitando ao magistrado adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto, com vistas a outorgar de modo eficiente e efetivo a tutela prometida pelo direito substancial e desde que observadas as garantias constitucionais do processo.

9 – Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOCTRINA

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 1.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 1, p. 68-81, abr. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: RT, 2020. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, jul./set. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: uma proposta de formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em: 22 jun. 2020.

OMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.

OMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LII, n. 3, 1998.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO Jr., Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Academia Brasileira de Processo Civil*, jun. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

Recebido em: 06/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

O LAUDO SOCIAL COMO PROVA DO VÍNCULO AFETIVO COM O FIM DE DEFINIR OS LIMITES SUBJETIVOS DA CONDENAÇÃO DO DANO MORAL REFLEXO NA ERA DA REFORMA TRABALHISTA

THE SOCIAL REPORT AS PROOF OF THE AFFECTIVE LINK IN ORDER TO DEFINE THE SUBJECTIVE LIMITS OF THE CONDEMNATION OF MORAL DAMAGE REFLECTED IN THE AGE OF LABOR REFORM

Barbara Bedin*

RESUMO: O objetivo deste artigo é construir um entendimento a respeito da importância do laudo social, fruto da Perícia de Núcleo Familiar, para comprovar o vínculo afetivo e embasar os limites subjetivos da condenação do dano moral reflexo. Defende-se, ainda, que nas relações trabalhistas, mesmo após a Reforma, persiste esse tipo de dano, bem como deve-se embasar tais pedidos, não só na Consolidação das Leis do Trabalho, como também no Código Civil e na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Moral. Dano em Ricochete. Laudo Social. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The objective of this article is to build an understanding of the importance of the social report, the result of the Expertise of the Family Nucleus, to prove the affective bond and to base the subjective limits of the condemnation of the moral damage reflex. It is also argued that, in labor relations, even after the Reform, this type of damage persists, as well as the basis for such requests, not only in the Consolidation of Labor laws, but also in the Civil Code and the Federal Constitution.

KEYWORDS: Moral Damage. Ricochet Damage. Social Report. Labor Reform.

1 – Introdução

Este artigo tem por objetivo formar um entendimento a respeito da utilização do laudo social¹ como meio de prova pericial e como elemento para definir os limites subjetivos da condenação, nos casos de danos morais reflexos² na Justiça do Trabalho, nos casos do evento acidente de trabalho.

* Doutora em Letras; mestre em Direito do Trabalho (USC); advogada.

1 Elaborado a partir da Perícia de Núcleo Familiar.

2 Utiliza-se também o termo ricochete para se referir ao dano reflexo, por afeição ou indireto.

Para a construção deste artigo, destaca-se o método de pesquisa dedutivo, no qual se baseia na lei geral para deduzir o caso concreto. A pesquisa documental (diretamente de leis e acórdãos) e a pesquisa bibliográfica são aplicadas como a técnica metodológica e o procedimento analítico é utilizado para análise, exploração e tratamento do material.

Inicialmente, se discorre sobre a interpretação do dano moral após a Lei nº 13.467/2017, também conhecida como Reforma Trabalhista. Analisa-se a constitucionalidade do art. 223-A da CLT e a existência do dano em ricochete.

Limitados esses pontos, verifica-se a possibilidade de realização de Perícia Social para identificar o núcleo familiar e seus laços com a vítima do infortúnio laboral para estabelecer o direito ao recebimento de indenização por danos morais pelo dano em ricochete.

O tópico que segue trata do dano moral após a Reforma Trabalhista. Em seguida, aborda-se o dano reflexo e sua interpretação frente ao art. 223-B da CLT e quem são os legitimados para pleitear esse dano. Por fim, destaca-se como o laudo social, documento elaborado a partir de uma perícia, contribui para provar o vínculo afetivo, com o fim de definir os limites subjetivos da condenação pelo dano moral reflexo.

2 – O dano moral sob a ótica trabalhista pós-reforma

O objetivo do artigo não é apresentar conceitos e aprofundar o tema da responsabilidade civil na seara trabalhista. Parte-se do entendimento de que se aplicam, nas relações de trabalho, as diretrizes da responsabilidade civil, matéria tratada pelo Direito Civil, com a função de regular a atribuição de responsabilidade em casos de danos.

Nesse sentido, no que diz respeito ao dano, trata-se da ação ou omissão praticada por alguém com dolo ou culpa em desconformidade com a ordem jurídica, prejudicando outrem³, ou seja, cometendo um ato ilícito. Reconhece-se a existência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, ambos podendo ser reivindicados quando se busca a reparação, desde que exista o nexo do ato do ofensor com a situação que gera o dever de indenizar.

Nas palavras de Rizzardo ([2005] 2007, p. 273), aqueles que sofreram os danos, por conta da violação de um direito, e que suportaram na própria alma e espírito, na sua sensibilidade, o sofrimento, a dor, a humilhação, a tristeza,

3 Nesse mesmo sentido, apresentam-se os pressupostos de Álvaro Villaça Azevedo (2003), Carlos Roberto Gonçalves (2003) e Rubens Limongi França (1978).

são legitimados a pleitear a indenização por danos morais na esfera cível e, portanto, na trabalhista também.

Além disso, admite-se que são legítimos para ingressar com ações indenizatórias aqueles sobre os quais refletem os acontecimentos, mas que não foram atingidos diretamente por eles, como, por exemplo, os pais, os filhos, o cônjuge ou companheiro que ficam viúvos⁴, conforme explicita Sebastião Geraldo de Oliveira (2014, p. 441):

“O acidente do trabalho, muitas vezes, produz danos reflexos ou em ricochete sobre terceiros, como mencionamos em diversas partes deste livro. Desse modo, a ação indenizatória pode ser ajuizada, em nome próprio, por qualquer outra pessoa que tenha sofrido danos materiais ou morais em razão do acidente ou doença ocupacional, tais como o cônjuge, os dependentes, familiares mais próximos ou mesmo alguém que convivia ou dependia do acidentado.”

Sob o viés civil e constitucional, deve-se identificar quais interesses são tão merecedores de tutela que a sua violação caracteriza a responsabilidade de reparação. Isso se justifica, porque, inicialmente, a responsabilidade civil somente protegia os direitos de propriedade e os direitos subjetivos patrimoniais.

No entanto, contemporaneamente, a dignidade da pessoa humana, como basilar de fundação do Estado Democrático de Direito, juntamente com outros princípios constitucionais, influenciam profundamente a organização normativa do dever de indenizar.

Com destaque na Carta Magna, a dignidade é considerada um valor supremo do constitucionalismo⁵, já que o diploma legal não protege somente a vida, mas a vida com dignidade. Assim, está posto um movimento de intervenção estatal aos interesses particulares, com o fim de atingir seu objetivo maior, qual seja, a proteção da coletividade.

4 São os chamados lesados indiretos (DINIZ, 2010, p. 85).

5 O Direito vive uma mudança de paradigma a partir do século XXI. Antes, os ramos do Direito eram divididos de forma bem distinta e identificada como público e privado sem interferência entre eles. O ramo do direito público regulava o interesse coletivo e a intervenção estatal e não interferia na esfera privada, como, por exemplo, a aquisição de bens. Atualmente, as esferas continuam autônomas, mas existe uma interdependência entre elas. Um exemplo disso é o CDC, que justamente trata da aquisição de bens, ou seja, matéria de cunho privatista, mas recebe a interferência estatal visando regular essas relações e proteger o particular. O interesse coletivo, ou seja, o interesse da sociedade é maior do que o interesse privado. Isso, porque os interesses particulares estão inseridos na coletividade e, assim, devem estar em consonância entre si. Dessa forma, a visão solidária e protetora da dignidade da pessoa humana, que é pilar da Constituição, interfere no Direito Civil, no que diz respeito à responsabilidade civil.

DOCTRINA

No entanto, a aplicabilidade de normas oriundas do Direito Civil, bem como a legitimidade para ingressar com as ações indenizatórias na seara trabalhista, passou a ser questionada com a promulgação da Lei nº 13.467/2017, que alterou (suprimindo ou modificando) diversos direitos laborais, inclusive no que diz respeito à reparação de danos.

A Reforma Trabalhista introduziu o Título II-A da CLT, no qual trata do dano extrapatrimonial, assim estabelecendo o art. 223-A: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

A Carta Magna é a norma hierarquicamente superior, que reflete uma construção histórica dos interesses da sociedade que ali foram explicitados e que dão o Norte para a elaboração de todas as outras normas. Já o art. 8º da CLT trata das lacunas da lei e em seu § 1º estabelece que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

Além disso, o Enunciado nº 5 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (ANAMATRA, 2017, n.p.), promovida pela Anamatra, apresenta a tese de inconstitucionalidade da aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, com a seguinte justificativa:

“A ESFERA MORAL DAS PESSOAS HUMANAS É CONTEÚDO DO VALOR DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CF) E, COMO TAL, NÃO PODE SOFRER RESTRIÇÃO À REPARAÇÃO AMPLA E INTEGRAL QUANDO VIOLADA, SENDO DEVER DO ESTADO A RESPECTIVA TUTELA NA OCORRÊNCIA DE ILICITUDES CAUSADORAS DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS. DEVEM SER APLICADAS TODAS AS NORMAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE POSSAM IMPRIMIR, NO CASO CONCRETO, A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 5º, V E X, DA CF). A INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 223-A DA CLT RESULTARIA EM TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO INJUSTO ÀS PESSOAS INSERIDAS NA RELAÇÃO LABORAL, COM INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 1º, III; 3º, IV; 5º, *CAPUT* E INCISOS V E X E 7º, *CAPUT*, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”

O art. 223-A pretende limitar as regras que regem os danos morais àquelas previstas na CLT. No entanto, essa restrição interpretativa não é possível, uma vez

que os danos morais também estão previstos na Constituição Federal e no Direito Civil, que, ao fim e ao cabo, são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho.

O inciso XXVIII do art. 7º da Constituição deve ser considerado na leitura do art. 5º, incisos V e X, do mesmo diploma legal, que explicita a responsabilidade do empregador, possibilitando a indenização ao empregado em caso de dolo ou culpa.

O dano moral na esfera trabalhista deve ter como ponto de partida os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, já que em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana está em evidência o valor social do trabalho. Isso abrange, como refere Oliveira ([2005] 2009, p. 215), a ordem econômica estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170), a ordem social ter como base o primado do trabalho (art. 193) e o princípio fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Os direitos dos trabalhadores, espécie do gênero de direitos fundamentais no âmbito do sistema jurídico brasileiro, reclamam uma leitura constitucional adequada, no que diz respeito à sua fundamentação, conteúdo e alcance (SARLET, 2014, p. 18-21). Serve, portanto, a Constituição Federal, como parâmetro para fundamentar e interpretar concepções de justiça e ordem de valores expressos, em especial no que concerne aos princípios e aos direitos fundamentais.

E os direitos fundamentais, em sua grande maioria, têm aplicação imediata aos particulares, uma vez que se dirigem ao Estado e abrangem todo o ordenamento jurídico. São reconhecidos por seus efeitos plenos, ou seja, trata-se do “efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações de direito privado”, conforme explica Nipperdey (2011, p. 59).

É a chamada constitucionalização do Direito Privado, tratando-se mais de uma questão valorativa do que, propriamente, uma questão de hierarquia, na qual se reconhecem os valores expressos na Constituição Federal como um dever de *informar* o sistema jurídico como um todo (MORAES, 2010, p. 112).

Adota-se, portanto, o entendimento de que referido artigo (art. 223-A da CLT) é inconstitucional por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput* e incisos V e X e 7º, *caput*, da Constituição Federal, devendo ser aplicada a legislação correlata, no que diz respeito ao dano moral na seara trabalhista⁶.

6 O Plenário do STF pautou para o dia 04.06.2020 a apreciação das ADIs 6.050, 6.069 e 6.082, que tratam a respeito da reforma trabalhista, especificamente sobre a lei que estabelece parâmetros para a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho.

3 – Dano em ricochete – interpretação do art. 223-B da CLT

O art. 223-B da CLT estabelece que: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Em um primeiro momento, da leitura desse artigo, interpreta-se pela impossibilidade de postular danos morais sofridos por terceiros (dano reflexo) e os danos morais coletivos, o que vem sendo alvo de críticas pela doutrina.

O dano em ricochete, também chamado de reflexo, é aquele em que terceiros postulam indenização pelo dano causado a si mesmos, por conta do acidente ou moléstia que vitimou seu ente querido. Trata-se de direito personalíssimo e autônomo dos familiares da vítima, tendo origem no evento que atingiu o empregado e, por esse motivo, é competência da Justiça do Trabalho apreciá-lo.

Em geral, as ações que postulam o dano reflexo são oriundas de eventos de acidente de trabalho com morte. No entanto, é possível que tal pedido seja feito em casos de sobrevivência das vítimas, conforme explica Sebastião Geraldo de Oliveira (2014, p. 441):

“As ações ajuizadas por pessoas diversas do acidentado aparecem, em maior número, nos casos de acidentes com óbito, quando os dependentes do falecido postulam, em nome próprio, o pagamento de pensão e/ou indenização por danos morais. Também é comum ocorrerem pedidos de reparação de danos morais ou materiais por outros intensamente atingidos pela invalidez total da vítima. Muitos acidentados tornam-se paraplégicos ou tetraplégicos e passam a depender de cuidados permanentes, até mesmo para a higiene pessoal e alimentação, causando, assim, danos reflexos sobre as pessoas mais próximas, em razão da mudança compulsória da rotina doméstica, sem falar nas repercussões emocionais.”

O dano em ricochete difere-se dos casos em que os sucessores, na condição de substitutos processuais, postulam o pagamento de indenização por danos causados ao familiar vitimado durante seu contrato de trabalho e que integrará seu patrimônio por força da herança, nos termos dos arts. 1.784 e seguintes do Código Civil.

Nesse caso, a legitimação ativa decorre do estabelecido no art. 12 combinado com o art. 943 do CC:

DOCTRINA

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

(...)

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.”

O Enunciado nº 7 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (ANAMATRA, 2017, n.p.), promovida pela Anamatra, defende a tese de que “o artigo 223-B da CLT, inserido pela Lei nº 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete)”.

No mesmo sentido, recente decisão do TST, a qual entende que o dano reflexo faz parte da esfera jurídica do familiar próximo, constituindo direito subjetivo próprio, de natureza personalíssima, cujo exercício compete a ele:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA INTERPOSTO POR TECIDOS DONA FRANCISCA LTDA. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO REFLEXO. EMPREGADA SOBREVIVENTE. LEGITIMIDADE. O dano reflexo ou ‘por ricochete’ é aquele que repercute no âmbito individual do familiar (violação a direito próprio e personalíssimo deste), de forma crucial, em razão do dano sofrido pela vítima direta. *A reivindicação não representa crédito do empregado, mas se insere na esfera jurídica do familiar próximo, constituindo direito subjetivo próprio, de natureza personalíssima, cujo exercício compete ao seu titular, diante de suas próprias e peculiares características.* A conduta pode atingir pessoas que não possuam relação de dependência econômica com a vítima ou até mesmo afastar, em linha de argumentação teórica, quem a possua (...) O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, registrou que, mesmo a empregada não falecendo, o acidente de trabalho por ela suportado pela trabalhadora ocasionou sofrimento às pessoas que lhes são próximas (pais, irmã, companheiro e filhos), ainda que diverso da saudade, tendo em vista que se mostra a todo instante e se renova a cada dia. Concluiu, assim, ser devida indenização por danos morais em ricochete. A decisão não ofende os preceitos pertinentes à matéria,

pelo contrário, está em consonância com precedentes desta Corte e do Superior.” (RR-157-42.2015.5.12.0016, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 29.11.2019) (Grifamos)

O autor Thiago Mira de Assumpção Rosado (2017, p. 266) defende a inconstitucionalidade da limitação da reparação civil apenas às vítimas diretas, reconhecendo a possibilidade de se pleitear o dano reflexo mesmo após a Reforma Trabalhista:

“Parece, ainda, ter a intenção, também claramente inconstitucional, de limitar a dita ‘reparação’ civil exclusivamente às vítimas diretas (como se excluísse o dano em ricochete, por exemplo, ou a própria legitimação de filhos, cônjuges, etc. postularem direitos próprios relativos a danos morais de um trabalhador já morto, tendo em vista a limitação, como titular, ao ofendido). Neste aspecto, contudo, a redação foi ainda mais infeliz, pois o texto constitucional em momento algum limita quem seriam os potenciais ofendidos e os que teriam direito à indenização por danos morais, como se infere da redação do art. 5º, incisos V e X, da CRFB/88.”

Conclui-se e adota-se o entendimento, portanto, no sentido de existir a possibilidade de reclamar o dano moral reflexo por terceiro que tem sua esfera privada atingida pelo acidente envolvendo o ente querido, mesmo após a promulgação da Lei nº 13.467/2017.

Ultrapassada essa discussão, passa-se a estudar os critérios utilizados para definir em sentença quais as pessoas próximas do acidentado terão direito a pleitear o dano reflexo.

4 – Os legitimados a pleitearem o dano reflexo

A legitimação ativa envolve, fundamentalmente, o questionamento de quem tem o título para postular tal direito que, ao fim e ao cabo, são aqueles que têm o legítimo interesse.

Certamente e sem sombra de dúvidas, o primeiro legitimado é a vítima, a qual tem o direito de ação por ter sofrido o dano, seja ele patrimonial ou moral. Porém, quando se trata de morte ou então de invalidez, por exemplo, excluindo o caso de postular o direito em nome do *de cuius*, questiona-se: quem é a pessoa diretamente atingida e legítima para ingressar com a ação reparatória?

No início dos anos 1900, nosso país discutia sua primeira legislação sobre acidentes de trabalho e suas reparações. Traziam-se as experiências dos países europeus e argumentava-se a impossibilidade de aplicação de determinadas

DOCTRINA

regras, já que onerariam muito o empregador. Ao mesmo tempo, reconhecia-se o surgimento de uma nova orientação econômico-jurídica e a necessidade de intervenção do Estado nas relações laborais com a criação de uma legislação especial frente às reivindicações dos operários.

Dali nasceu o Decreto nº 3.724, de janeiro de 1919, tratando sobre os acidentes de trabalho e estabelecendo, em seu art. 2º, a parte legítima para receber indenização (MORAES, [1919] 2009, p. 91): “O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo facto do trabalho, ou durante este, obriga o patrão a pagar uma indemnização ao operario, ou à sua família, exceptuados, apenas, os casos de força maior, ou dolo da victima, ou de extranhos”.

O art. 7º daquele Decreto previa, nos casos de acidente de trabalho com morte, a reparação pecuniária ao cônjuge sobrevivente e aos herdeiros necessários tratando-os como sucessores, na condição de substitutos processuais (MORAES, [1919] 2009, p. 104):

“Em caso de morte, a indemnização consistirá em uma somma igual ao salario de tres anos da victima, a qual será paga de uma vez à sua família, conjuge sobrevivente e herdeiros necessários, observadas as disposições do Codigo Civil sobre a ordem da vocação hereditária, e mais 100\$000 para as despesas de enterramento.

§ 1º O conjuge sobrevivente terá direito à metade da indemnização e os herdeiros necessários a outra metade, na conformidade do direito comum.

§ 2º Deixando a victima somente cônjuge ou somente herdeiros necessários, a indemnização será reduzida a uma somma igual ao salário de dois anos. A mesma redução terá lugar si o conjuge sobrevivente estiver divorciado por culpa sua ou estiver voluntariamente separado.

§ 3º Na falta de cônjuge, ou estando este divorciado por culpa sua ou voluntariamente separado, e não havendo herdeiros necessarios, si a victima deixar pessoa cuja subsistencia provesse, a essa pessoa deverá ser paga a indemnização, reduzida nesse caso a somma igual ao salario de um anno.”

Além disso, a intenção dos legisladores da época era, em breve, alterar a legislação adotando um sistema de pensionamento e oficializando os seguros operários, reconhecidamente como esforços da assistência social. (MORAES, [1919] 2009, p. 106).

DOCTRINA

Caio Mário da Silva Pereira (1993, p. 44) reconhece o dano em ricochete e assim o conceitua: “é reparável o dano reflexo ou em ricochete, dê*s* (*sic*) que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada”.

No entanto, para esse autor (PEREIRA, 1993, p. 44), têm legitimidade para ingressar com a ação de reparação de danos reflexos as pessoas que “se beneficiam da vítima”, ou seja, pessoas a quem a vítima prestava alimentos e que ficaram “privadas de socorro”.

O art. 948 do Código Civil assim estabelece:

“Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.”

Nesse artigo, o direito a indenização pelo dano moral reflexo se extrai da interpretação do *caput*, quando estabelece no que consiste a indenização “sem excluir outras reparações”, do inciso I, quando fala do “luto da família” e do inciso II, quando utiliza como critério de legitimidade ativa a dependência econômica.

Quando se trata de reparação de danos materiais, a identificação da legitimidade ativa pelo critério econômico é mais tranquila, uma vez que se utiliza como parâmetro o art. 16, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, o art. 1º da Lei nº 6.858/80, além de determinações judiciais para pagamento de pensão alimentícia, por exemplo.

Discute-se, no entanto, a utilização desse mesmo critério para determinar a legitimidade ativa no pedido de dano moral reflexo. Por se tratar de direito personalíssimo e autônomo dos familiares da vítima, originado no evento que a atingiu, entende-se que é possível incluir outras pessoas que não estejam relacionadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91 e até excluir as que estão, uma vez que o afeto e a convivência íntima com o empregado atingido podem reduzir ou alargar esses parâmetros.

Verifica-se uma tendência do Judiciário Trabalhista em observar não apenas os laços familiares e a presunção de dependência econômica decorrentes da consanguinidade, mas também, e principalmente, os laços afetivos, uma

DOCTRINA

vez que inexistia previsão específica na legislação civil brasileira sobre o rol de legitimados para postular indenização por danos morais.

Em 3 de junho de 2014, a 3ª Turma do STJ apreciou e proveu o Recurso Especial 1.405.456/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrigli, reconhecendo a presunção dos laços afetivos entre irmãos de vítima fatal de acidente de trânsito (BRASIL, 2019d).

No ano de 2016, a 3ª Turma do TST, no Processo 307-26.2012.5.04.0121 (RR), considerou a legitimidade da irmã maior de idade para postular dano moral reflexo, destacando que (BRASIL, 2019a):

“(…) ante a falta de previsão específica na legislação civil brasileira sobre o rol de legitimados para postular indenização por danos morais em caso de morte da vítima, doutrina e jurisprudência fixaram entendimento de que tais beneficiários poderão ser aqueles que compõem o núcleo familiar, ou seja, as pessoas que, de fato, mantinham vínculos de afeição, amizade e amor com a vítima – entre as quais, em princípio, se incluem os pais, filhos e irmãos menores. No tocante aos irmãos maiores, cabe a evidência de laço afetivo intenso, o que ficou demonstrado nos autos.”

Nesse mesmo sentido, julgou o TST o Agravo de Instrumento que negou seguimento ao Recurso de Revista 176500-69.2007.5.01.0341, da 3ª Turma, em que foi relatora a desembargadora convocada Vania Maria da Rocha Abensur (BRASIL, 2019b) e o Recurso de Revista 73000-51.2007.5.01.0061, da 7ª Turma, em que foi relator o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (BRASIL, 2019c).

Em 20 de junho de 2018, a 3ª Turma do TRT3 (BRASIL, 2019f) apreciou recurso e manteve a decisão de Primeiro Grau em processo de acidente de trabalho com morte, em que os sobrinhos da vítima postulavam o dano moral em ricochete. Nesse caso, aquela Turma entendeu que “o art. 12, parágrafo único, do Código Civil estabelece que qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau pode reclamar perdas e danos quanto a direitos da personalidade de pessoa falecida”.

Nesse caso, a afetividade é presumida e, por tratar-se de fato impeditivo do direito, cabe à reclamada o ônus de demonstrar a ausência de ligação afetiva entre a vítima e os sobrinhos.

Em 30 de maio de 2019, a 9ª Turma do TRT4 (BRASIL, 2019e), apreciando processo de acidente de trabalho que provocou graves lesões a empregado em decorrência de choque elétrico, manteve a decisão de Primeiro Grau que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais

em ricochete aos pais da vítima, dois irmãos e um casal de tios reconhecidos como “avós afetivos”.

Em seu voto, a Relatora Desembargadora Lucia Ehrenbrink destacou que o dano moral passível de indenização deve se restringir ao âmbito familiar próximo, contudo, a maior dificuldade é “conseguir formular um critério seguro para estabelecer essa delimitação” e que, naquela ação, os reclamantes eram as pessoas que conviviam diretamente com o acidentado.

Em 11 de junho de 2019, a 6ª Câmara do TRT12 (BRASIL, 2019g) negou provimento ao recurso em processo de acidente de trabalho com morte que condenou a empresa reclamada ao pagamento de indenização por danos morais.

Na decisão, a Desembargadora Lília Leonor Abreu entendeu que “o vínculo de afeição, amizade e amor com o irmão, vítima do acidente, é presumido”, mesmo que não residissem com o trabalhador falecido.

Se a efetiva existência do afeto e da convivência íntima entre a vítima e seus familiares ou outras pessoas forem questionadas na ação judicial, essa tese poderá ser comprovada (ou rechaçada) através de prova testemunhal, documental, registros fotográficos, pericial, entre outras.

A perícia técnica, nesses casos, mostra-se como uma prova adequada quando se põe “em xeque” a efetiva existência do afeto e da convivência íntima entre a vítima e seus familiares ou outras pessoas ditas próximas.

5 – A perícia técnica como prova de convivência íntima com a vítima

Admitindo-se a aplicação da Constituição Federal e do Direito Civil nos casos de dano moral em ricochete na Justiça do Trabalho, deve-se verificar quais são os limites subjetivos da condenação, quando se trata de identificar o núcleo familiar que tem direito a indenização por ter uma relação íntima (de afeto) com a vítima.

Partindo-se do pressuposto de que em uma ação judicial trabalhista os demais requisitos exigidos para existir a condenação no dano moral reflexo foram preenchidos e o Magistrado deve identificar os terceiros legitimados, a perícia técnica realizada através de um laudo social se apresenta como meio de prova eficaz para atingir tal fim.

A perícia apoia-se “numa declaração de ciência ou na afirmação de um juízo”. Trata-se da afirmação de um juízo “quando constitui parecer que auxilie o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa” (AMARAL, 1976, p. 334). Essa prova técnica pode ser requerida pelas partes ou determinada de

DOCTRINA

ofício pelo Magistrado, nos termos dos arts. 826, 827 e 769 da CLT e arts. 56 e 464 do CPC.

O art. 472 do CPC estabelece que a prova pericial poderá ser dispensada “quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

No entanto, por ser a prova uma garantia constitucional, parte da doutrina entende que ela somente poderá ser dispensada quando ambas as partes estiverem de acordo (TABOSA, 2004, p. 1.320).

Ao apresentar o laudo, o perito deverá observar os limites de sua designação, sendo defeso emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia, de acordo com o § 2º do art. 473 do CPC.

No caso da perícia social, ela pode ser elaborada por assistente social, que tem o objetivo de identificar como era o relacionamento da vítima com o grupo familiar, seja ele natural ou ampliado. Em entrevista, o perito poderá questionar os interessados sobre a história de vida da vítima, seus hábitos, lugares que frequentava, quem eram seus amigos, questões pertinentes à escola, aos aniversários, aos relacionamentos e, até mesmo, ao próprio trabalho.

O perito pode se valer de todos os meios lícitos ao desempenho de sua função, nos termos do § 3º do art. 473 do CPC, *in verbis*:

“§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.”

Dessa forma, poderá, ainda, verificar, através de visita domiciliar, em qual (ou quais) das residências há espaço com objetos pessoais do falecido e, se entender necessário, conversar com os vizinhos. Além disso, se a vítima não foi a óbito, ela também poderá ser entrevistada.

Nas visitas domiciliares, o perito tem condições de conhecer a realidade sociocultural dos envolvidos, a partir do seu contexto, do seu espaço de vivência. Situação essa diferente da entrevista realizada em uma sala na Justiça do Trabalho.

Seu relatório deverá apresentar os aspectos significativos levantados na entrevista e na visita (através de análise, constatação, descrição e interpretação da situação), considerando os fatos que, efetivamente, irão contribuir para es-

DOCTRINA

clarecer os aspectos relacionais dos familiares ou de pessoas apontadas como sendo próximas da vítima.

Se entender necessário, o perito poderá, ainda, apontar a necessidade de avaliação e complementação da perícia através de outros profissionais, como, por exemplo, os psicólogos.

Nessa perícia, poderá ser verificada, inclusive, a proximidade afetiva dos familiares entendidos como mais próximos, como pais e filhos, uma vez que o vínculo biológico não é premissa para a existência de afeto.

Esse entendimento já vem sendo aplicado, principalmente, no Direito de Família, em que pais que abandonaram material e emocionalmente os filhos têm seus pedidos de pensão alimentícia ou registro de seus nomes na certidão de nascimento negados por conta de sua ausência quando os filhos necessitavam de sua assistência.

Em 2014, a 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve decisão que julgou improcedente a ação de alimentos promovida pelo pai, com problemas de saúde e situação financeira precária, em desfavor dos filhos, dos quais havia perdido o contato há 30 anos.

Um trecho do voto do relator do processo, o Desembargador João Batista Góes Ulysséa, transcrito no *site* do IBDFAM (2019i) pontua esse entendimento:

“O autor nunca exerceu seu papel de pai, seja mediante prestações materiais, seja mediante apoio emocional. Nessa linha, segundo a sentença, a solidariedade familiar não pode ser invocada por aquele que nunca foi solidário com os filhos, tendo falhado em seus deveres de sustento, guarda e educação, deixando de prestar-lhes atenção e afeto.”

Nesse sentido, também foi a decisão do juiz titular da 16ª Vara de Família de Fortaleza, que negou o pedido de um idoso que ingressou na Justiça para receber pensão alimentícia dos três filhos. Na notícia (2019h), publicada no Tribunal de Justiça do Ceará, em 2016, ano do julgamento, o Magistrado explica:

“Não tendo o autor da causa sido pai de seus filhos para dar-lhes amor e afeição, e nem mesmo para auxiliar-lhes materialmente, quando da sua assistência os promovidos [filhos] ainda necessitavam, não se mostra justo, nem jurídico, que agora busque se valer da condição paterna apenas para impor-lhes obrigações.”

Em notícia veiculada no Tribunal de Justiça de São Paulo (2020), o Magistrado da 2ª Vara da Família e das Sucessões de São Carlos julgou improcedente ação proposta por pai biológico que pretendia anular o registro de

nascimento de sua filha para incluir seu nome no documento. A filha havia sido registrada pelo companheiro de sua mãe que, comprovadamente, atendeu todas as suas necessidades materiais e emocionais, estabelecendo forte vínculo de paternidade socioafetiva.

A vontade da filha, que prevaleceu sobre o vínculo genético, foi baseada em “laudos que demonstram que a jovem sempre teve no pai afetivo seu referencial paterno e que não deseja ver sua paternidade reconhecida pelo pai biológico”.

Dessa forma, sempre que houver discussão a respeito da existência de vínculo afetivo com a vítima, a perícia social se mostra como meio adequado de prova para atingir essa finalidade.

6 – Considerações finais

Este artigo mostra a preocupação com a necessidade de se utilizarem todos os meios de prova lícitos para comprovar os vínculos afetivos no caso de pedido de dano moral em ricochete.

Isso, porque as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista deram margem aos questionamentos a respeito da aplicação do Código Civil e a existência do dano moral em ricochete nas reclamações trabalhistas distribuídas depois do dia 11 de novembro de 2017, data em que entrou em vigor a Lei nº 13.467.

O artigo situa o dano moral em ricochete, pontuando as indagações que passaram a ser levantadas a respeito do tema, após a Reforma Trabalhista. A letra fria da lei trouxe, para alguns, o entendimento de que não se aplicaria mais a responsabilidade civil com fundamento no Código Civil, mas única e exclusivamente, baseando-se no Título II-A da CLT. E sendo assim, o instituto do dano reflexo não mais se aplicaria nas relações trabalhistas.

No entanto, nossa legislação deve ser lida/interpretada à luz da Constituição Federal, que traduz o cerne dos interesses de um Estado Democrático de Direito, como é o nosso caso.

As relações trabalhistas são consideradas direitos sociais fundamentais, previstos de forma expressa pela Carta Magna, concluindo-se, portanto, que o dano moral em ricochete precisa ser debatido e aplicado ao Direito do Trabalho, mesmo após a Reforma, porque ele persiste em nosso ordenamento jurídico.

Em sendo assim, a Perícia Social ou Perícia de Núcleo Familiar é instrumento hábil para comprovar as relações, quando são questionados os vínculos afetivos, inclusive de ascendentes e descendentes, para evitar que o interesse

da indenização do dano em ricochete seja apenas o valor a ser obtido e não o dano moral propriamente dito.

7 – Referências bibliográficas

AMARAL, M.-A. Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976. v. 4. n. 245.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.405.456/RJ*, 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 03.06.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201302315028&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 13 de nov. 2019d.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Justiça nega inclusão de nome do pai biológico em registro de nascimento*. 12 mar. 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60582&pagina=1>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. *Pai que abandonou os filhos não terá direito a receber pensão alimentícia*. 29 set. 2016. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/pai-que-abandonou-os-filhos-nao-tera-direito-a-receber-pensao-alimenticia>. Acesso em: 4 set. 2019h.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário 0012133-62.2017.5.03.0069*, 3ª Turma, Rel. Conv. Des. Danilo Siqueira de C. Faria, j. 20.06.2018. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0012133-62.2017.5.03.0069>>. Acesso em: 13 nov. 2019f.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário 0020633-46.2017.5.04.0601*, 9ª Turma, Relª Desª Lucia Ehrenbrink, j. 31.05.2019. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020633-46.2017.5.04.0601>. Acesso em: 13 nov. 2019e.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Recurso Ordinário 0000779-62.2017.5.12.0013*, 6ª Câmara, Relª Lília Leonor Abreu, j. 18.06.2019. Disponível em: <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00007796220175120013>. Acesso em: 13 nov. 2019g.

DOCTRINA

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento que negou seguimento ao Recurso de Revista 176500-69.2007.5.01.0341*, 3ª Turma, Relª Desª Conv. Vania Maria da Rocha Abensur, j. 17.09.2014. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=176500&digitoTst=69&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0341&consulta=Consultar>. Acesso em: 10 out. 2019b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 307-26.2012.5.04.0121*, Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 16.03.2016. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=307&digitoTst=26&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0121&consulta=Consultar>. Acesso em: 10 out. 2019a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 73000-51.2007.5.01.0061*, da 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 08.04.2014. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=73000&digitoTst=51&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0061&consulta=Consultar>. Acesso em: 10 out. 2019c.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Pai que abandonou filhos busca amparo após 30 anos mas tem apelo rejeitado na Justiça*. 25 jul. 2014. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/8229/Pai+que+abandonou+filhos+busca+amparo+ap%C3%B3s+30+anos+mas+tem+apelo+rejeitado+na+Justi%C3%A7a>. Acesso em: 4 set. 2019i.

MORAES, E. *Os acidentes no trabalho e sua reparação* (Edição fac-similada). São Paulo: LTr, [1919] 2009.

OLIVEIRA, S. G. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

PEREIRA, C.-M. S. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ROSADO, T. M. A. Tarifação do dano moral – o sofisma do progresso hermenêutico e constitucional. In: OLIVEIRA C. M., PINHEIRO I.; MIZIARA R. (Org.). *Reforma trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

TABOSA, F. G. *Código de Processo Civil interpretado*. In: MARCATO A.-C. São Paulo: Atlas, 2004.

Recebido em: 05/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE PROCEDURAL NEGOTIATION AS AN INSTRUMENT FOR THE LABOR PROCESS' EFFECTIVENESS IN PANDEMIC TIMES

Renata da Silva Santos*

Thais Miranda de Oliveira**

RESUMO: As restrições advindas das normas de prevenção e enfrentamento à Covid-19 modificaram substancialmente as relações de trabalho e os meios de condução dos processos, sobretudo na seara trabalhista. Em conformidade com os princípios constitucionais do processo e em atenção à peculiaridade do bem jurídico tutelado pela Justiça do Trabalho impõe-se, de forma ainda mais incisiva, o comando constitucional da duração razoável do processo, que também é um dos pilares do acesso à justiça. Sob esse enfoque, objetiva-se investigar se a utilização da negociação processual seria um instrumento capaz de conferir maior efetividade ao processo do trabalho no contexto da pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Efetividade. Negócio Jurídico Processual.

ABSTRACT: *The restrictions arising from the rules for preventing and coping with COVID-19 have substantially modified labor relations and the means of conducting processes, especially in the labor field. In accordance with the constitutional principles of the process and considering the peculiarity of the legal property protected by the Labor Court, the constitutional command of the reasonable duration of the process is even more incisively imposed, which is also one of the pillars of access to justice. Under this focus, the objective is to investigate whether the use of procedural negotiation would be an instrument capable of making the labor process more effective in the context of the pandemic.*

KEYWORDS: *Access to Justice. Effectiveness. Procedural Legal Business.*

1 – Apresentação

A Justiça do Trabalho, conforme a exposição de motivos do decreto que a instituiu, Decreto nº 1.237, de 2 de maio de 1939, surgiu como uma reação “contra a lentidão, a complexidade e o formalismo do processo

* *Graduada em Gestão de Recursos Humanos pelo CESVA; graduanda em Direito pela UFRRJ-ITR; servidora pública do TRT 1ª Região.*

** *Doutora em Direito PPGSD da UFF; mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora; mestre em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde; professora adjunta de Direito e Processo do Trabalho da UFRRJ-ITR; advogada.*

comum”, bem como da necessidade de criação de um processo ditado pela oralidade, pela concentração e pela simplicidade.

Nas lições de Valdete Souto Severo¹, o pressuposto da Justiça do Trabalho é justamente a facilitação do acesso à justiça àqueles que não têm espaço para deduzir suas pretensões na chamada “justiça comum”.

Destarte, sendo certo que o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem, e sendo as controvérsias e conflitos trabalhistas intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles².

Nessa linha, o processo do trabalho assume compromisso com a efetividade da prestação jurisdicional e prevê regras procedimentais que privilegiam concentração, informalidade e oralidade dos atos, sobretudo, em razão da singularidade do bem jurídico tutelado, o qual possui natureza alimentar.

Essa preocupação com a preservação das peculiaridades procedimentais do processo do trabalho e do seu compromisso central vem sendo constantemente demonstrada pelo Tribunal Superior do Trabalho e pode ser observada na Instrução Normativa nº 39, de 15 de março de 2016, a qual elencou diversos dispositivos advindos do CPC/2015, como inaplicáveis ao processo do trabalho, por incompatibilidade destes com as características processuais juslaboral.

Por outro lado, hodiernamente, o mundo atravessa a maior crise sanitária da história recente. Após os primeiros registros na China, em 2019, a Covid-19 tomou proporções mundiais e alterou consideravelmente as relações sociais por todo o mundo; essa crise tem impactos ainda imensuráveis, sendo as relações de trabalho um dos seus principais alvos.

Nessa seara, considerando o fato de ser o Brasil um país de dimensões continentais e partindo do pressuposto de que as políticas de enfrentamento e combate ao vírus são heterogêneas, pretende-se investigar sobre a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual ao processo do trabalho (arts. 190 e 191 do CPC/2015), como instrumento de adequação social e consequente efetividade da prestação jurisdicional no atual contexto, embora faça parte da Instrução Normativa nº 39 do TST a orientação de inaplicabilidade deste, por considerá-lo incompatível com o processo do trabalho.

Para tanto, faz-se necessária a correta compreensão do conceito de acesso à justiça, dos princípios que permeiam a negociação processual e do papel

1 MAIOR, Jorge Luiz SOUTO; SEVERO, Valdete Souto. *Resistência*: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 480 e 501-502.

2 PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 51.

do magistrado, que atuará como agente-colaborador, peça fundamental para que a cooperação e a boa-fé processual sejam estimuladas e que a prestação jurisdicional se dê adequadamente, respeitando as garantias fundamentais do processo, mas permitindo uma maior celeridade na solução do conflito.

2 – A efetividade do acesso à justiça por meio da negociação jurídica processual

O acesso à justiça trata-se de um direito fundamental que viabiliza a concretização de outros direitos. Portanto, a sua ausência compromete, em muitos casos, a realização de outras pretensões. Logo, é “certamente um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos”³.

Por essa razão, é primordial haver uma busca constante pela efetivação do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conforme ensina Ada Pellegrini⁴,

“A ideia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe⁵, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos e o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.”

A referida autora pondera, ainda, que uma tarefa com tais dimensões exige, antes de mais nada, uma nova postura mental.

Essa mesma ideia foi difundida no Brasil por Mauro Cappelletti e Garth, já na década de 1970, sendo externadas na obra *Acesso à Justiça*, que compõe

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1. p. 471

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 115.

5 Sugerimos a leitura de: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

o “Projeto Florença”, o qual implicou um novo paradigma epistemológico em especial para o estudo do direito processual.

Entretanto, verifica-se que décadas depois se mantém a preocupação de se tornar o acesso à justiça realidade. Logo, aqueles ensinamentos de décadas atrás permanecem extremamente úteis. Segundo os citados autores, a ordem jurídica e as respectivas instituições não de ser vistas não mais a partir da perspectiva do Estado, que administra a justiça, mas na perspectiva dos consumidores, ou seja, dos destinatários da justiça, de modo que a problemática não traz à tona apenas um programa de reformas, mas também um método de pensamento⁶.

Dessa forma, o desafio que se coloca para o Poder Judiciário na instrumentalização do direito ao acesso à justiça, sobretudo no contexto da pandemia, é o de, cumulativamente, promover a adequação do processo à realidade social enfrentada pelas partes integrantes do litígio, de modo a efetivar a prestação jurisdicional da forma mais acessível, sem deixar de contemplar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o de solucionar o litígio dentro de um prazo de duração processual razoável, cumprindo o escopo do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88.

Nesse viés, um possível instrumento processual existente no ordenamento jurídico e que unifica as características necessárias para o enfrentamento dos desafios acima mencionados é a chamada negociação processual, prevista nos arts. 190 e 191 do Código de Processo Civil de 2015, que será esmiuçada adiante.

2.1 – Princípios processuais e seus reflexos na negociação processual

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento jurídico pátrio passou a prever expressamente a possibilidade de negociação processual pelas partes, concedendo poder a elas para que possam interferir no procedimento a ser adotado no curso da demanda judicial, modificando, mediante consenso, as normas processuais a serem aplicadas.

A negociação processual, assim como o Direito Processual do Trabalho, enquanto ramo do Direito Processual, deve observar os princípios constitucionais do processo, tais como: imparcialidade do juiz; igualdade, contraditório e ampla defesa; publicidade; proibição das provas ilícitas; devido processo legal.

Nesse viés, é inegável que a atividade hermenêutica do juiz na função de fiscal da negociação processual submete-se ao princípio da interpretação

6 MELLO Jr., Adolpho C. de Andrade. *Processo judicial e efetividade da função*: algumas reflexões. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dee66654-436f-4e8e-a767-d7e29c869bb3&groupId=10136. Acesso em: 20 maio 2020.

conforme a Constituição, no seu duplo sentido, de impor que a norma infra-constitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo⁷.

Para J. J. Gomes Canotilho⁸,

“o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.”

Nessa seara, o magistrado ao conduzir o processo deve observar não só os princípios específicos do ramo sobre o qual exerce jurisdição, mas também deve estar alinhado aos princípios constitucionais inerentes ao processo.

Uma vez compreendido que a Constituição Federal, no Estado Constitucional de Direito, passou a ser vista como a bússola pela qual se lê todo o ordenamento jurídico⁹ e que irradia seus princípios sobre todos os ramos e institutos do Direito, passa-se à análise dos princípios inerentes à negociação processual.

Importa salientar que somente serão objeto de breve análise pelo presente artigo os princípios da cooperação, da boa-fé, lealdade e da duração razoável do processo, vez que os referidos princípios se relacionam diretamente com o enfrentamento da temática da negociação processual, sendo certo que, embora não contemplados explicitamente pelo presente, todos os princípios constitucionais do processo devem ser observados ao longo da negociação.

2.1.1 – Cooperação

O princípio da cooperação possui previsão expressa no art. 6º do CPC/2015, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Consagra-

7 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998. p. 52-53.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.226.

9 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 3.

se, portanto, a ideia de que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha a solução do litígio com efetividade e em tempo razoável.

Bruno Garcia Redondo¹⁰ conceitua cooperação como o dever de todos os sujeitos processuais de adotarem condutas, sempre de acordo com a boa-fé e a lealdade, que colaborem com eficiência e transparência da ação.

Como se nota, o postulado almeja a prestação jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável, observa-se, portanto, que o objetivo do princípio em comento é o de equalizar a prestação jurisdicional justa e efetiva e não somente o acesso aos tribunais. Outrossim, depreende-se da leitura do dispositivo legal supramencionado que o postulado da cooperação visa a efetivar, ainda, o princípio da duração razoável do processo.

Para Alexandre Câmara¹¹, esse princípio, cujo sustentáculo é o devido processo legal, o contraditório participativo e a ampla defesa, traça uma nova dinâmica comportamental para os personagens do processo.

No tocante à decisão de mérito justa, prevista na redação do art. 6º do CPC/2015, parte final, Humberto Dalla assenta que o processo justo é o que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e aos valores sociais¹².

Importante ressaltar que esse novo padrão comportamental que se exige das partes, de igual forma, se aplica ao magistrado. De acordo com o entendimento de Didier Jr.¹³, a figura do julgador distante, que atua como mero observador do litígio, é incompatível com a dialética processual moderna, devendo o magistrado buscar a condução cooperativa do processo.

Na mesma linha, Garcia Redondo¹⁴ expõe que a cooperação exige do juiz que exerça a posição de agente-colaborador no processo, de forma a participar ativamente do contraditório e do procedimento, afastando-se da posição de mero espectador.

10 REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 133, p. 9-14, abr. 2014.

11 DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 63-75, set./out. 2015.

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de novo Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1 a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VI, p. 61.

13 DIDIER Jr., Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, ano 36, v. 198, ago. 2011, p. 210.

14 REDONDO, *op. cit.*

Dessa forma, o principal anseio da cooperação processual, na visão de Michele Taruffo¹⁵, é uma atuação conjunta dos Magistrados, das partes e dos advogados, compartilhando a aspiração comum de uma justa e correta administração da justiça.

2.1.2 – Boa-fé e lealdade processual

A boa-fé objetiva há muito vem sendo objeto de enfrentamento pelos Tribunais Superiores e, como se extrai do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo de objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal¹⁶.

Tal princípio foi positivado pelo CPC/2015 no art. 5º, “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Nota-se, portanto, que a boa-fé e a lealdade processual constituem-se deveres das partes, trazendo o próprio diploma legal sanções para coibir exageros no desenvolvimento do processo.

É inegável que dentro da relação processual, na qual há conflito, as partes possuam interesses opostos, entretanto, conforme ensina Cândido Dinamarco¹⁷, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa desses interesses.

No contexto da pandemia, a boa-fé objetiva possui um relevante papel, exemplo disso é a controvérsia que se assentou no que tange à realização de audiências por videoconferência. Muito se discute sobre a possibilidade de contaminação das provas e de eventuais ruídos que supostamente estariam mais suscetíveis de ocorrer em uma audiência na qual as partes estariam em ambientes distintos.

Trata-se de uma preocupação que, em certa medida, mostra-se plausível, mas que não pode ser utilizada como impedimento de adoção de procedimentos adequados à excepcionalidade do momento, pois tal forma de pensar pressupõe a má-fé processual, que não deve ser a regra e, em última análise, sendo essa comprovada, deverá ensejar a aplicação das sanções previstas em lei, tal como ocorre na prática de atos presenciais.

15 TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos da lealdade processual. *Revista de Processo*, v. 177, nov. 2009, p. 153.

16 STJ, 3ª Turma, REsp 803.481/GO, Relª Minª Nancy Andrigli, j. 28.06.07, DJ 01.08.07, p. 462.

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

2.1.3 – Duração razoável do processo

Conforme elencado no art. 5º, LXXVIII, da CF, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Lembra-nos Mauro Schiavi que o princípio da duração razoável do processo não corresponde apenas à norma programática, devendo ser entendido como direito fundamental a nortear toda a atividade jurisdicional¹⁸.

Para o autor, tal princípio deve ser observado com maior rigor ainda no processo do trabalho, em razão das especificidades desse ramo do direito, destacando-se: a natureza alimentar da maioria das postulações, a hipossuficiência do trabalhador e a ideia de justiça social intrínseca à Justiça do Trabalho¹⁹.

Ressalta-se que para uma correta análise da duração razoável do processo deve se ponderar o volume de processos no órgão jurisdicional, a quantidade de magistrados e servidores, a complexidade da causa e o comportamento das partes envolvidas.

Por fim, sob o enfoque do juiz como partícipe do processo e, portanto, envolvido na demanda e colaborador da celeridade, corrobora-se com o entendimento trazido por Schiavi, segundo o qual deve haver um diálogo maior entre processo do trabalho e processo civil, haja vista a subsidiariedade desse, a fim de buscar aplicar no ambiente juslaboral, por meio de uma interpretação sistemática, os institutos benéficos da legislação processual civil que conferem maior celeridade e efetividade ao processo do trabalho²⁰.

2.2 – Negócio jurídico processual e sua notável utilidade em tempos de pandemia

Conforme já mencionado anteriormente, o diploma processual civilista de 2015 inovou ao trazer expressamente a possibilidade de negociação processual ampla pelas partes, autorizando que elas possam interferir no procedimento a ser realizado no curso da demanda judicial, modificando, mediante consenso, inclusive com a participação do magistrado, as normas processuais a serem aplicadas.

18 SCHIAVI, Mauro. *Nova leitura dos princípios do direito processual do trabalho*. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5779/1/Mauro%20Schiavi.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

Estabelece o art. 191 do CPC/2015 que: “De comum acordo o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática de atos processuais, quando for o caso”. Como se nota,

“a negociação processual tem por finalidade permitir às partes negociarem entre si, de forma a promoverem o ajuste procedimental que julgarem adequado, contribuindo assim para a celeridade e economia processual.”²¹

A inserção do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio viabiliza que as partes, juntamente com o magistrado, estabeleçam regras específicas para a realização dos atos processuais de determinada demanda, de forma a proporcionar maior adequação do processo à realidade dos envolvidos no litígio.

Observa-se que um dos pressupostos para a adequada negociação processual é o já abordado princípio da cooperação, vez que o consenso almejado pelo negócio jurídico processual pressupõe maior interação entre as partes e maior participação, com o escopo de ajustar o procedimento a ser adotado na solução do conflito.

Na seara trabalhista, o instituto em comento é reconhecidamente inaplicável, por força da Instrução Normativa nº 39 do TST, de 15 de março de 2016, que afastou no art. 2º, II, a aplicação da negociação processual ao processo do trabalho, conforme se observa a seguir:

“Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

(...)

II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual).”

Naquela ocasião, o fundamento sustentado por aqueles que contribuíram para a construção da referida norma interna trabalhista estava pautado na compreensão de que haveria uma incompatibilidade da norma com o processo do trabalho, sobretudo, considerando o viés protetivo do Direito do Trabalho.

Parece-nos que tal linha de pensamento parte do pressuposto de que há desigualdade entre as partes em lide, uma vez que a assimetria das partes na relação de emprego acaba sendo transportada para a relação processual²², o leva

21 OLIVEIRA, Thais Miranda de. Negócio jurídico processual. In: GAIO Jr., Antônio Pereira (Org.). *Direito processual em movimento*. Curitiba: CRV, 2016. v. 6. p. 163.

22 Para muitos magistrados do trabalho, o Princípio da Proteção não tem aplicação no ambiente processual, se limitando à relação de emprego. Essa constatação pode ser verificada na pesquisa de campo trazida

à tendência de considerar que a negociação processual será sempre prejudicial ao obreiro e, por essa razão, estaria justificada sua inaplicabilidade ao processo do trabalho.

Ocorre que, em que pese o *caput* do art. 190 preceitue negociação processual entre as partes, o parágrafo único do próprio dispositivo, a seguir colacionado, concede poderes ao magistrado para, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções celebradas entre as partes.

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único – De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (grifo nosso)

Nessa linha, nas hipóteses de apresentação de uma convenção excessivamente onerosa para uma das partes, o magistrado enquanto fiscal da negociação processual tem total liberdade e poderes para afastá-la, o que nos permite considerá-la possível também no ambiente processual trabalhista.

Conforme pontua Teresa Arruda Alvim²³, o art. 190 do CPC/2015 não pode ser lido como um “vale-tudo processual”; para a autora, o negócio jurídico processual não tem e não deve ter essa extensão, não sendo possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto.

Dessa forma, em que pese a liberdade conferida às partes, torna-se possível o controle da negociação por parte do magistrado e, nesse sentido, possível também a proteção da parte vulnerável do litígio.

na tese de doutorado intitulada: “Acesso à justiça no sistema judiciário laboral: uma pesquisa empírica sobre assistência jurídica integral e gratuita, gratuidade de justiça e *jus postulandi*” – PPGSD-UFF, defendida em dezembro de 2019, pela Doutora Thais Miranda de Oliveira, sob orientação do Doutor Cleber Francisco Alves, na qual magistrados declaram não reconhecer a assimetria das partes no campo processual, mas tão somente no campo do direito material, em especial quando o contrato de trabalho está vigendo.

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 356-357.

Sobretudo no contexto da pandemia, em que as medidas de enfrentamento à Covid-19 são distintas nos diversos Estados da Federação e onde é possível observar realidades distintas dentro mesmo Tribunal Regional do Trabalho e até mesmo dentro da mesma jurisdição, a negociação processual pode servir como um importante instrumento para viabilização da satisfação dos direitos, na medida em que permite aos envolvidos no litígio dispor sobre contagem de prazos, procedimento a ser adotado em audiências virtuais, produção de provas, número de testemunhas a serem ouvidas, dispensa ou não de depoimentos pessoais, e, desse modo, possibilitar a adequação do processo à realidade atual vivenciada pelos litigantes e evitar futuras alegações de nulidade, conferindo maior segurança jurídica.

Essa adequação processual vem sendo, inclusive, incentivada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que através do Ato Conjunto nº 6/2020 (art. 6º, § 3º, do CSJT) delegou aos magistrados a possibilidade de suspender a prática de atos processuais, bem como a fluência de prazos processuais, desde que o façam por decisão fundamentada. A referida autorização legal se apresenta nos seguintes termos:

“Art. 6º (...)

§ 3º O Juiz ou Desembargador Relator, de ofício ou atendendo a pedido das partes, poderá, fundamentadamente, suspender os prazos ou a prática dos atos processuais, no processo judicial, considerando o agravamento local ou regional da pandemia ou a precariedade de acesso de partes ou advogados aos meios virtuais de visualização dos autos.”

Observa-se que com essa medida o Órgão de cúpula da Justiça do Trabalho revela uma clara preocupação com eventuais infortúnios que possam afetar a realização de atos processuais durante a pandemia, bem como com a precariedade de acesso de advogados e partes aos meios virtuais.

Trata-se, portanto, de uma diretriz que não só autoriza a atuação do magistrado enquanto agente condutor do processo, mas que também estimula ações enquanto agente colaborador, cumprindo seu dever de participação ativa na solução do conflito, adotando condutas judiciais que lhe mostrem sensível à realidade das partes envolvidas no litígio, de forma a promover, por meio da conjugação desses fatores, a adequação do processo às peculiaridades da demanda.

Tal previsão de possibilidade de adequação procedimental autorizada aos magistrados e estabelecida para os tempos de pandemia em muito se aproxima das características que permeiam o instituto do negócio jurídico processual, o que faz com que pelo menos nesse momento de calamidade pública reconhe-

cida pelo Estado²⁴ a realização do negócio jurídico processual na Justiça do Trabalho possa ser admitida.

No que tange à adequação procedimental, cabe uma importante ressalva, no sentido de haver por parte não só do magistrado, mas também das partes envolvidas na lide, em especial seus advogados, a preocupação de promoverem as adequações procedimentais sempre em observância dos direitos fundamentais, os quais jamais podem ser extirpados. Pois, conforme alerta Mauro Cappelletti, o maior perigo que levamos em relação a essa discussão é o risco de que procedimentos ditos “modernos e eficientes” abandonem as garantias fundamentais do processo²⁵.

Portanto, mediante cautelosa análise caso a caso, com o escopo de identificar se a composição firmada entre as partes não abandona as garantias fundamentais do processo, mas vislumbrando o desenvolver do processo mesmo em tempos de pandemia, tem-se o negócio jurídico processual como um instrumento de grande utilidade para o alcance da satisfação do direito, por meio da via jurídica processual.

3 – Considerações finais

As circunstâncias restritivas advindas das medidas de saúde impostas para o combate à pandemia da Covid-19 trouxeram à comunidade jurídica uma nova forma de enxergar e de atuar nos processos judiciais. O Judiciário, a advocacia e os jurisdicionados se viram diante de uma revolução tecnológica forçada, e, felizmente, a Justiça do Trabalho se encontrou até bastante preparada para recebê-la.

Se, por um lado, não se pode ignorar a existência de barreiras de inclusão tecnológica enfrentada por algumas partes e advogados, lado outro, não se pode privar aqueles que possuem meios para prosseguir com suas demandas, que, ressalta-se, possuem natureza alimentar e devem tramitar com prazo de duração razoável.

Nesse contexto, impõe-se aos magistrados o desafio de conscientizar partes e advogados da importância de sua participação cooperativa para o regular prosseguimento do feito, ainda que de forma eletrônica.

24 Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconhece o estado de calamidade pública vivenciado no país.

25 MELLO Jr., Adolpho C. de Andrade. *Processo judicial e efetividade da função*: algumas reflexões. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dee66654-436f-4e8e-a767-d7e29c869bb3&groupId=10136. Acesso em: 20 maio 2020.

DOCTRINA

E para tal, são necessárias medidas de estímulo à solução consensual do conflito, à cooperação e à boa-fé processual. Nesse viés, insere-se a negociação processual como um importante instrumento proporcionador de efetividade processual, contribuindo, assim, para a solução dos conflitos em lide.

Essa preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional vem sendo demonstrada pela própria Justiça do Trabalho, que editou o Ato Conjunto nº 6, de 2020, atribuindo poderes aos magistrados para, de acordo com a realidade local de sua jurisdição, inclusive quanto ao nível de acesso das partes aos meios telemáticos, suspender a realização de atos processuais e a contagem de prazos. Tal medida demonstra o reconhecimento por parte de tal esfera judicial, do relevante papel do magistrado para que sejam adotadas medidas adequadas às realidades vivenciais, evitando o prejuízo de procedimentos padronizados em um país de dimensão continental e que vive circunstâncias calamitosas distintas em todo território nacional, no contexto da pandemia.

Nessa mesma perspectiva, oportuno se tornam os dizeres de Eduardo Novoa Monreal, que deixa claro que o direito não pode gerar dificuldades de vida para a sociedade, o que ocorre, segundo o referido autor, quando se evidencia a separação entre as próprias leis da realidade social²⁶. A expressão “separação” é utilizada pelo aludido autor no sentido de distanciamento, já que, nesse caso, a lei não estaria se ajustando à realidade de determinada sociedade.

Portanto, a legislação precisa se ajustar ao ambiente social, e para isso é primordial que se conheça a realidade de determinada sociedade, pois assim se compreenderão os seus anseios, o que permite atendê-la naquilo que couber ao Direito e este é justamente o papel possível de se cumprir por meio do negócio jurídico processual, uma vez que, para o magistrado, as partes e seus advogados, no contexto da pandemia, circunstância em que se necessita solucionar conflitos, mesmo diante das dificuldades impostas à aplicação do sistema jurídico padrão, o ajuste de regras procedimentais se torna uma via pertinente.

Diante dessa breve reflexão, revela-se extremamente urgente e necessária uma análise mais profunda da redação da Instrução Normativa nº 39 do TST, no que concerne à inaplicabilidade dos arts. 190 e 191 do CPC/2015 ao processo do trabalho, com o escopo de verificar se a negativa genérica a toda e qualquer convenção processual necessariamente representaria a forma mais protetiva e efetiva para o obreiro, ou se a análise casuística seria o método mais razoável,

26 MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

sobretudo, com a participação do magistrado como fiscal da negociação, sendo essa última, no nosso entender, a melhor medida para o momento.

Há que se considerar que em qualquer tempo, “Justiça tardia é injustiça qualificada e manifesta”²⁷. Portanto, a fim de se evitar injustiças, compreendemos que o negócio jurídico processual, enquanto relevante instrumento proporcionador da adequação do procedimento à realidade das partes envolvidas no processo, pode em muito contribuir para a solução dos conflitos juslaborais, notadamente, levando em consideração o contexto atual da pandemia. Isso, porque ele confere uma duração razoável do processo, possibilitando a efetividade processual, o que resulta na concretização do acesso à justiça, e, uma vez que todos esses princípios constitucionais são alcançados, eles proporcionam a realização de infinitos outros direitos, em especial aqueles Direitos Fundamentais Sociais que estão sob a tutela da Justiça do Trabalho.

4 – Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Livraria e Editora Jurídica Senador, 2000.

DIDIER Jr., Fredie. Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, ano 36, v. 198, ago. 2011.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 63-75, set./out. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

27 OLIVEIRA, Rui Barbosa de. *Oração aos moços*. Discurso de paraninfo da turma de Direito de 1920 da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Largo do São Francisco. São Paulo, mar. de 1921.

DOCTRINA

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. II.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz SOUTO; SEVERO, Valdete Souto. *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

MELLO Jr., Adolpho C. de Andrade. *Processo judicial e efetividade da função: algumas reflexões*. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dee66654-436f-4e8e-a767-d7e29c869bb3&groupId=10136. Acesso em: 20 maio 2020.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de. *Oração aos moços*. Discurso de paraninfo da turma de Direito de 1920 da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Largo do São Francisco. São Paulo, mar. 1921.

OLIVEIRA, Thais Miranda de. Negócio jurídico processual. In: GAIO Jr., Antônio Pereira (Org.). *Direito processual em movimento*. Curitiba: CRV, 2016. v. 6.

PASCO, Mario. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de novo Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1 a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VI.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 133, p. 9-14, abr. 2014.

SCHIAVI, Mauro. *Nova leitura dos princípios do direito processual do trabalho*. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5779/1/Mauro%20Schiavi.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos da lealdade processual. *Revista de Processo*, v. 177, nov. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

Recebido em: 03/07/2020

Aprovado em: 31/08/2020

Notas e Comentários

COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA NACIONAL DE RESGATE DA MEMÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – CGMNAC-JT

O CGMNac-JT foi instituído, em 2011, no âmbito do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Ato Conjunto nº 37/2011 – TST.CSJT.GP), com o objetivo de auxiliar o Presidente do TST e do CSJT, bem como a Comissão de Documentação do TST, na coordenação das atividades do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho.

Este Comitê Gestor, coordenado pelo Presidente da Comissão de Documentação, Ministro Mauricio Godinho Delgado, e integrado por cinco representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho das cinco regiões do País, reuniu-se em agosto de 2020, por videoconferência.

Considerando a importância de uma coordenação centralizada para o desenvolvimento e acompanhamento dos projetos e ações nacionais de resgate da memória da Justiça do Trabalho, várias ações foram realizadas ou estão em fase de concretização: criação do Memorial Virtual da Justiça do Trabalho; regulamentação dos instrumentos de gestão documental e destinação final de documentos arquivados no âmbito da Justiça do Trabalho; acompanhamento da meta estratégica número 21, que verifica os índices de preservação de documentos históricos nos TRTs; estudo de tecnologias para viabilizar a realização de visitas virtuais aos memoriais da Justiça do Trabalho; criação do Tesouro da Justiça do Trabalho; cooperação com TRTs para implantação de centros de memória.

EVENTOS COMEMORATIVOS DA SEMANA DA MEMÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Seminário Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História

Para celebrar a Semana da Memória da Justiça do Trabalho (21 a 25 de setembro de 2020), a Comissão de Documentação do TST, em parceria com o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Assessores e Servidores do TST, promoveu o seminário telepresencial *Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História*.

O evento, transmitido ao vivo no canal do TST no *YouTube*, contou com diversos especialistas, como professores doutores da UnB, Unicamp, UFMG, UFF,

NOTAS E COMENTÁRIOS

UFRJ e UFPE, e ministros do TST. Foram abordados temas relevantes no campo da história e da memória do trabalho e da Justiça do Trabalho e sua importância histórica para a construção da cidadania e os desafios pós-pandemia da Covid-19.

O seminário *Trabalho e Justiça do Trabalho: Memória e História* está acessível por meio dos endereços eletrônicos:

<https://www.youtube.com/watch?v=Go20MA1r9Sg> (manhã)

https://www.youtube.com/watch?v=0BZ0R_iSv9E (tarde)

Exposição *Pandemias e Relações de Trabalho*

A exposição virtual comemorativa da Semana da Memória da Justiça do Trabalho *Pandemias e Relações de Trabalho* apresenta um panorama histórico de surtos pandêmicos ocorridos nos séculos XIV, XX e XXI. Especificamente enfatiza a Peste Negra e a Gripe Espanhola, dadas as similitudes entre as medidas adotadas na época, entre elas o isolamento social, enfatizando seus reflexos no mundo do trabalho.

O objetivo da exposição é propor a reflexão do contexto pandêmico atual, especialmente no que concerne às relações de trabalho, a partir de outros eventos pandêmicos vivenciados pela humanidade.

A exposição pode ser visitada virtualmente por meio do endereço eletrônico:

http://www.tst.jus.br/web/guest/memoriaviva/-/asset_publisher/LGQDwoJD0LV2/content/id/26695913

