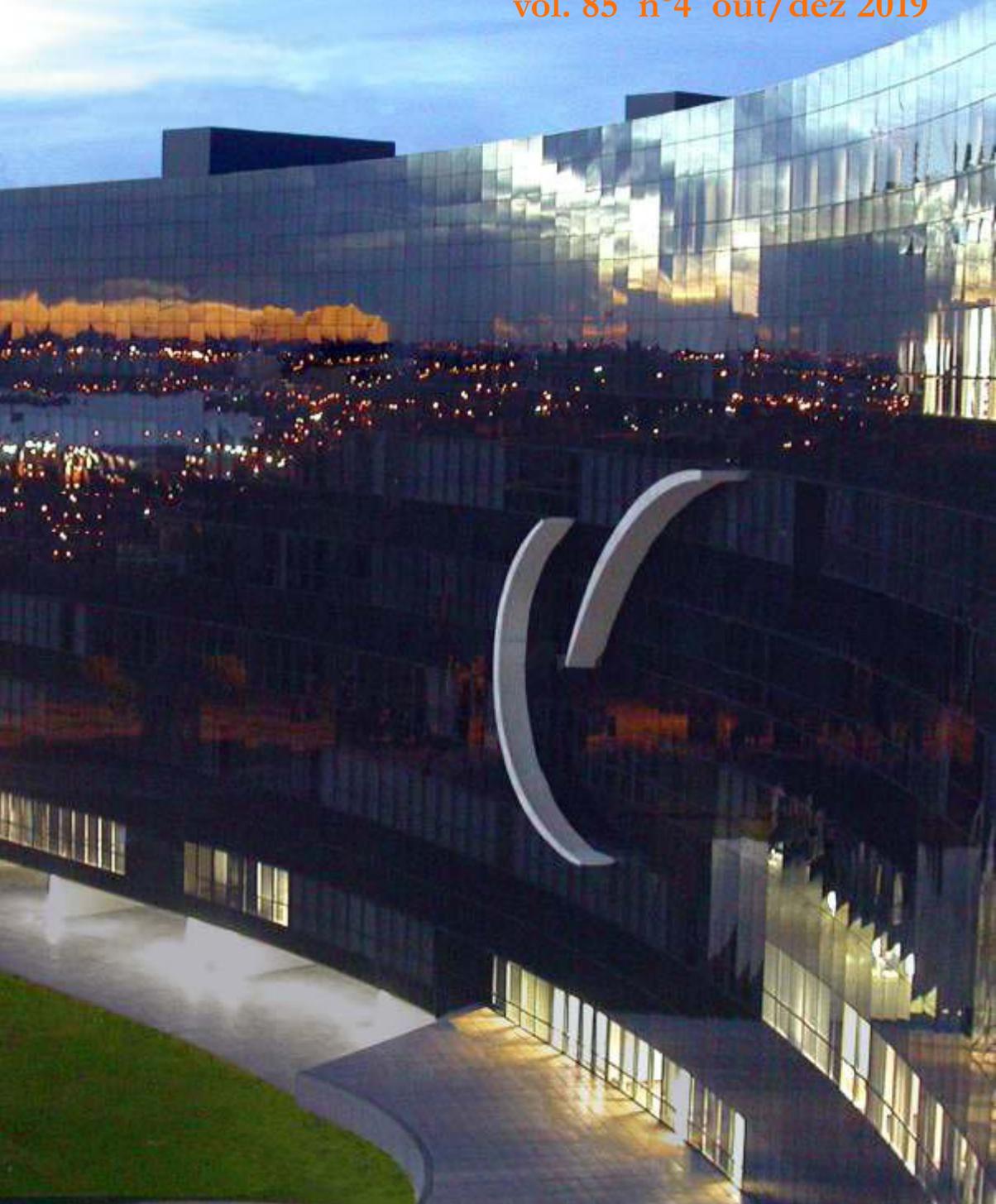


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 85 nº4 out/dez 2019



---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Conselho Editorial  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (*presidente*)  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann (*suplente*)  
*Comissão de Documentação*

**Ano 85 – nº 4 – out. a dez. – 2019**

**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:** Virgínia Ramos Veríssimo

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

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

**Editoração Eletrônica:** LexMagister

**Tiragem:** 700 exemplares

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

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Setor de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

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

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

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

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

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

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
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**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
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**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
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**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Lelio Bentes Corrêa, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Emmanoel Pereira  
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 Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Presidente

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

## **Oitava Turma**

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



João Batista Brito Pereira (Presidente)



Renato de Lacerda Paiva (Vice-Presidente)



Lelio Bentes Corrêa (Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva Martins Filho



Maria Cristina Peduzzi



Emmanoel Pereira



Aloysio Corrêa da Veiga



Luiz Philippe Vieira de Mello Filho



Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira



Dora Maria da Costa



Guilherme Augusto Caputo Bastos



Márcio Eurico Vitral Amaro



Walmir Oliveira da Costa



Maurício Godinho Delgado



Kátia Magalhães Arruda



Augusto César Leite de Carvalho



José Roberto Freire Pimenta



Delaíde Alves Miranda Arantes



Hugo Carlos Scheuermann



Alexandre de Souza Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas Brandão



Douglas Alencar Rodrigues



Maria Helena Mallmann



Breno Medeiros



Alexandre Luiz Ramos



Luiz José Dezena da Silva



Evandro Pereira Valadão Lopes



# Sumário

Editorial.....	15
1. O futuro das relações entre empregado e empregador <i>The future of employee-employer relations</i> <i>Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Ester Gitelman</i> .....	19
2. A crise do Estado de bem-estar social e a flexibilização das leis trabalhistas <i>The crisis of the Welfare State and the flexibility of labor laws</i> <i>Paulo Sérgio João e Natália Biondi Gaggini Robles</i> .....	33
3. Os desafios da suspensão nacional em matéria de precedentes trabalhistas: negociado x legislado, e direitos sociais em tempos de “jurisdição 4.0” <i>The challenges of national suspension on labor precedents: negotiated vs. legislated, and social rights in “jurisdiction 4.0” times</i> <i>Roberta Ferme Sivoletta</i> .....	52
4. Conciliações coletivas trabalhistas: a experiência do juízo de conciliação do TRT-BA <i>Global labour agreements: practices of conciliation in the labour court of Bahia</i> <i>Jéferson Alves Silva Muricy e Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i> .....	63
5. Quarta revolução industrial e o futuro do trabalho <i>Fourth industrial revolution and the future of labor</i> <i>Marcelo Nogueira de Almeida Costa e Marcella Pagani</i> .....	80
6. A efetividade dos direitos fundamentais de personalidade nas relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias <i>The effectiveness of fundamental personality rights in working relations that involve sanitary barriers</i> <i>Maria Carolina Lopes Teles e Ulisses Borges Resende</i> .....	100
7. Precarização e Direito do Trabalho: <i>Quid novi?</i> <i>Precarious working conditions and labor law: Quid novi?</i> <i>Rosane Gauriau</i> .....	116
8. A saúde e segurança do trabalho e os impactos mais comuns dos acidentes de trabalho <i>Safety and health at work and the most common impacts of work accidents</i> <i>Thiago Mendonça de Castro</i> .....	138

9. Reforma trabalhista: a equiparação salarial à luz dos princípios da igualdade e da não discriminação <i>Labor reform: salary equipment in the light of the principles of equality and non-discriminations</i> <i>Thaís Cláudia D'Afonseca e Maria Antonieta Fernandes</i> .....	153
10. Reflexos da declaração de direitos de liberdade econômica nas convenções coletivas de trabalho <i>Reflections of the declaration of economic freedom rights on collective labor conventions</i> <i>Tacianny Mayara Silva Machado</i> .....	168
11. Caracterização do teletrabalho no ordenamento pátrio e aplicação da norma no teletrabalho transnacional e no teletrabalho transregional <i>Characterizing telework in homeland regulation and application of standard in transnational telework and transregional telework</i> <i>Priscila Freire da Silva Cezario</i> .....	185
12. Mandado de segurança coletivo na Justiça do Trabalho <i>Collective safety committee on Work Justice</i> <i>Suely Ester Gitelman e Fernanda Donata de Souza</i> .....	202
13. Da precarização da relação de trabalho através da prática do <i>dumping</i> social <i>The precarisation of the work relationship through the practice of social dumping</i> <i>Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira</i> ...	220
14. A licença-paternidade sob a ótica feminista <i>The parity license under the feminist optical</i> <i>Angelo Antonio Cabral e Késley Karinne Souza de Oliveira</i> .....	253
15. Da substituição sindical: aspectos processuais e extrajudiciais <i>Trade union replacement: procedural and extrajudicial aspects</i> <i>Bruna Casimiro Siciliani</i> .....	266

## Editorial

Avançam as novas reformas trabalhista e sindical e discutem-se judicial e academicamente as mudanças passadas e futuras. A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* constitui foro privilegiado dos debates doutrinários em torno delas, pela veiculação de estudos e artigos de seus Ministros, além de autores consagrados ou debutantes, tanto integrantes dos quadros da Magistratura e do Ministério Público, quanto da Advocacia.

Além das questões relativas às Leis ns. 13.429/2017 (terceirização) e 13.467/2017 (reforma trabalhista), a novel Lei nº 13.874/2019 (liberdade econômica) trouxe interessantes aspectos diretamente ligados à seara trabalhista, merecendo análise e discussão, como são os casos do princípio da boa-fé como exegético das relações trabalhistas (art. 1º, §§ 1º e 2º), o princípio da subsidiariedade na intervenção do Estado no domínio econômico (art. 2º, III), abrangendo, naturalmente, o Estado-Juiz, como também as normas sobre a CTPS eletrônica e o cartão de ponto apenas para empresas com mais de 20 empregados, podendo ser adotado o ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual ou coletivo (art. 15), além do arsenal de normas revogadas da CLT sobre a CTPS (art. 19, V).

Assim, os artigos deste último número de 2019 de nossa Revista abrangem variadíssimo espectro de temas comentando tais alterações legislativas, desde os reflexos da lei da liberdade econômica na negociação coletiva (Dr<sup>a</sup> Tacianny Machado), passando por questões específicas da reforma trabalhista de 2017, como a equiparação salarial (Dr<sup>as</sup> Thais D' Afonseca e Maria Antonieta Fernandes) e teletrabalho (Dr<sup>a</sup> Priscila Cezario), até estudos mais amplos sobre a 4ª revolução industrial e o futuro do Direito do Trabalho (Drs. Marcella Pagani e Marcelo Nogueira).

Renomados mestres do Direito do Trabalho ofertaram suas contribuições à presente edição da *Revista do TST*, entre os quais se destacam o Ministro aposentado da Corte, Prof. Pedro Paulo Teixeira Manus (*O futuro das relações entre empregado e empregador*), o Dr. Paulo Sérgio João (*A crise do Estado de Bem-Estar Social e a flexibilização das leis trabalhistas*) e o Dr. Ulisses Borges de Resende (*A efetividade dos direitos fundamentais de personalidade nas relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias*), todos em coautoria.

De se destacar também a participação de ilustres magistrados, trazendo suas experiências concretas em campos como a conciliação coletiva trabalhista (Drs. Murilo Carvalho e Jefferson Muricy) e a fixação dos precedentes jurisprudenciais na temática do negociado x legislado (Dr<sup>a</sup> Roberta Ferme).

Temas de Direito Processual não faltaram, incluindo o mandado de segurança coletivo (Dr<sup>as</sup> Fernanda Donata e Suely Gitelman) e a substituição sindical (Dr<sup>a</sup> Bruna Siciliani), assim como questões mais polêmicas ligadas às várias formas de precarização das relações de trabalho, abrangidas por artigos dos Drs. Rocco Antonio Nelson, Walkyria Rocha Teixeira e Rosane Gauriau, além de aspectos específicos relacionados à saúde do trabalhador (artigos dos Drs. Thiago de Castro e Salus Henrique Ferro).

O fato de dois dos membros da Comissão da Revista (Min. Ives Gandra Martins e Alexandre Agra Belmonte) integrarem o Grupo de Altos Estudos de Direito do Trabalho do Ministério da Economia (instituído em setembro de 2019), junto com outros insignes juristas como o Min. Douglas Alencar Rodrigues, encarregado de ofertar propostas de aprofundamento na reforma trabalhista e sindical, a serem enviadas ao Congresso Nacional em 2020, é sinal emblemático da estreita ligação do mundo acadêmico com o da produção legislativa, como embaixador desta, fazendo também esperar futuras discussões em torno das propostas, sendo a *Revista do TST* campo aberto para isso.

A edição da recente Medida Provisória nº 905/2019, tratando do “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”, que institui novo regime laboral para o 1º emprego de jovens entre 18 e 29 anos, na modalidade de prazo determinado, com possibilidade de conversão para o regime celetista quando ultrapassado o período de 24 meses, provavelmente figurará como tema de estudos e artigos num próximo número de nossa Revista, inclusive quanto a alterações que promoveu na própria CLT em sua parte final (trabalho aos domingos, jornada de 8 horas para o bancário que não trabalha exclusivamente como caixa, natureza não salarial do vale-alimentação, disciplina das gorjetas, liberdade sindical, fiscalização do trabalho, atualização dos créditos judiciais trabalhistas pelo IPCA-E, participação nos lucros e prêmios).

Assim, que este número de nossa *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* seja semente de novos estudos, artigos e análises, debates e discussões, a partir das abordagens aqui formuladas, sabendo-se que a metodologia adotada para recepção e seleção de textos, calcada em edital público e tríplex exame, tem trazido ao periódico elevado número de artigos e permitido manter um elevado nível para a publicação. Esperamos que assim continue.

Brasília, novembro de 2019.

*Ives Gandra da Silva Martins Filho*

Ministro do TST e Presidente da Comissão da Revista

---

**Doutrina**

---



# O FUTURO DAS RELAÇÕES ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR

## *THE FUTURE OF EMPLOYEE-EMPLOYER RELATIONS*

Pedro Paulo Teixeira Manus\*  
Suely Ester Gitelman\*\*

**RESUMO:** O artigo aborda as novas formas de prestação de serviços através das plataformas digitais em contraste com as leis trabalhistas atuais que não conseguem abranger tais inovações. O requisito da subordinação, do modo como a doutrina e a jurisprudência a define, não é mais adequada às inovações nas relações de trabalho, sendo necessário um conceito amplo e que proteja tais trabalhadores nas esferas trabalhista e previdenciária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Subordinação. Empregado. Autônomo. Plataformas Digitais.

**ABSTRACT:** *The article discusses the new ways of providing services through digital platforms in contrast to current labor laws that are unable to cover such innovations. The requirement of subordination, the way in which doctrine and jurisprudence defines it, is no longer appropriate to innovations in work relations, and it is necessary to have a broad concept that protects such workers in the labor and social security spheres.*

**KEYWORDS:** *Subordination. Employee. Autonomous. Digital Platforms.*

### Introdução

**A** Lei nº 13.467/2017 já está em vigor há quase dois anos e muito se criticou, no seu advento, se os direitos dos empregados foram mitigados ou suprimidos, ou, ainda, a forma pela qual a referida Lei, de forma rápida, sorrateira e açodada entrou no ordenamento jurídico brasileiro, alterando substancialmente e inserindo pontos importantes da septuagenária Consolidação das Leis do Trabalho.

Mas esta discussão política, social e sempre acalorada já perdeu seu objeto. Isto porque em pouquíssimo tempo vislumbramos novas formas de prestação de serviços via plataformas digitais que não encontram respaldo na legislação trabalhista brasileira, deixando à mercê da lei estes prestadores de

---

\* *Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho; diretor da Faculdade de Direito da PUC-SP; mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP; doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP.*

\*\* *Advogada militante; professora da graduação e pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da PUC-SP; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP.*

serviços que mais e mais proliferam e já tomaram conta do dia a dia dos grandes centros urbanos mundiais e também do Brasil.

A rapidez, muitas vezes desencadeada pelo alarmante número de desempregados no Brasil, da proliferação das novas formas de prestação de serviços não pode mais ser relegada a segundo plano, exigindo dos operadores do Direito do Trabalho soluções urgentes que abarquem tomadores e prestadores de serviços que estão totalmente descobertos de qualquer proteção trabalhista e previdenciária.

Os entregadores de comida e de toda sorte de produtos, os motoristas por aplicativos, a prestação de serviços via *crowdsourcing* e *crowdworking*, entre outros, é a resposta da tecnologia às formas atuais de viver em sociedade, de forma rápida, compartilhada, ligada na “internet” e que não tem volta.

Se antes discutíamos se a Reforma Trabalhista era ou não legítima, agora criticamos a falta de visão dos legisladores em proteger as novas formas de prestação de serviços, que hoje são precárias do ponto de vista de amparo trabalhista e previdenciário.

Não cogitamos viver sem nossos *smartphones* e seus engenhosos aplicativos, que tanto facilitam nosso dia a dia.

A sociedade abraçou de uma vez as novas formas de prestação de serviços, seja como prestador, seja como consumidor das mesmas, mas não existem dispositivos legais que efetivamente protejam essas inovações nas relações jurídicas existentes, estando inseridas numa zona cinzenta entre o trabalho subordinado caracterizado como vínculo empregatício e o trabalho autônomo, ambos disciplinados pela CLT.

Nosso artigo tem o objetivo de revolver estas relações que estão nos causando desconforto pela forma rápida com que ingressaram em nova vida, mas também pela precariedade a que os prestadores de tais serviços estão desenvolvendo suas atividades.

### **1 – A natureza do vínculo entre empregado e empregador**

O Direito do Trabalho como ramo autônomo no ordenamento jurídico passou a existir pela necessidade reconhecida de proteção ao empregado, diante de possíveis excessos praticados pelo empregador no exercício de seu poder de comando, já que aquele é a parte mais fraca na relação de emprego, objetivando equilibrar esta mesma relação, que consideramos uma modalidade de contrato.

## DOCTRINA

Ainda que a relação entre empregado e empregador tenha natureza contratual, é nítida a diferença de posições que ambos se encontram, na medida em que o tomador de serviços dirige a prestação pessoal de serviços do prestador, criando uma relação de subordinação deste último em relação ao empregador. E diante do desequilíbrio em que se encontram as partes, a fim de disciplinar esta relação, o Estado intervém, impondo limites à atividade disciplinar do empregador no exercício de seu poder de comando.

Deste modo foi se firmando o Direito do Trabalho e, particularmente, a noção de contrato individual de trabalho, cuja característica principal é a subordinação jurídica do empregado ao empregador, que o assalaria, dirige e fiscaliza a prestação pessoal de serviços.

É importante ressaltar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 3º, apenas refere a dependência do empregado em relação ao empregador, não cogitando da expressão “subordinação”. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência, de forma unânime, consagraram a ideia de que esta dependência se expressa pela *subordinação hierárquica*.

Para que se configure o contrato de trabalho pode não haver dependência econômica do empregado ao empregador, mas é essencial a existência da *subordinação jurídica*, que se dá em relação à pessoa do empregado, pois este será sempre a pessoa física, sob pena de não se estar à frente de um contrato de trabalho.

Diante do poder de comando do empregador, passou-se a limitar a possibilidade de alterações contratuais válidas, já que se reconheceu, por igual, a limitação da livre manifestação de vontade do empregado na vigência do contrato de trabalho, assim considerado o modelo clássico de contrato de trabalho.

Tal modelo contratual e sua interpretação passaram a ser aplicados às relações de trabalho subordinado nas variadas atividades, a despeito das transformações que o mundo experimentou, e sem considerar as modificações ocorridas no panorama empresarial, a evolução da escolarização dos empregados, e seu acesso a todas as informações.

Mas situações diversas necessitam enquadramento jurídico igualmente diverso, sob pena de evidente divórcio entre a realidade e a tentativa de solução jurídica, com absoluta impossibilidade de harmonização dos interesses dos atores sociais, ocasionando a falência da pretendida proteção, pela sua inadequação à realidade a que se destina.

Assistimos nestes tempos uma constante inquietação de setores ligados aos trabalhadores, aos empregadores e ao governo, no que diz respeito a posturas

inadequadas no enquadramento jurídico das relações decorrentes do trabalho. Uns tentam ignorar o ordenamento jurídico, buscando estabelecer regras que agridem o Direito do Trabalho, aumentando o lucro por meios inidôneos e que visivelmente prejudicam os empregados. Como reação a tais procedimentos irregulares outros tentam enquadrar todo tipo de prestação de serviços no modelo clássico do contrato individual de trabalho, o que também não se harmoniza com as regras estabelecidas pelo Direito do Trabalho, causando insegurança, o que é a antítese de sua finalidade.

O ordenamento jurídico empresta proteção tanto aos empregados quanto aos trabalhadores autônomos, sendo essencial à melhor convivência social o reconhecimento das diferenças fáticas e jurídicas nas diversas formas de prestação de serviços, a nada servindo a vã tentativa de reconhecer a existência de vínculo de emprego quando este não se configura, o que atenta, afinal, contra a segurança que empregados e empregadores almejam.

O tradicional contrato individual de trabalho, disciplinado pela CLT, tem inteira aplicação às relações de trabalho que se desenvolvem com as mesmas características básicas do modo convencional de prestação de serviço subordinado. Porém, as mudanças nas estruturas empresariais, em constante evolução, produzem novos modelos de trabalho que não se enquadram no modelo tradicional de que falamos.

O Direito do Trabalho deve reconhecer tais mudanças e apresentar soluções jurídicas próprias para cada nova realidade contratual, pela impossibilidade do modelo tradicional atender as novas exigências.

A propósito, Amauri Mascaro Nascimento afirma que é necessário conceber um sistema contratual diferenciado, pois o modelo anterior atendia a um tipo de trabalho em tempo integral, no estabelecimento do empregador, e sob sua fiscalização. Continua dizendo que não há fundamento fático nem jurídico para aplicar a realidades diversas um modelo contratual inadequado. É preciso que o direito se atualize, disciplinando corretamente as novas realidades<sup>1</sup>.

O autor supracitado ainda afirma que não há como pretender enquadrar esta multiplicidade de relações de trabalho num único modelo de contrato individual, pois este se destina a uma situação flagrantemente diversa das demais. Traz o professor interessante panorama de outros países, demonstrando o tratamento diverso atualmente, o que igualmente no Brasil começa a ocorrer, mas com previsíveis resistências. Assim, diante da realidade múltipla não cabe

---

1 *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 412 e segs.

falar em um único contrato de trabalho, sendo correto referir-se a contratos de trabalho, no plural, dada a diversidade de situações entre nós e nos outros países<sup>2</sup>.

Enquanto os variados modelos de contrato de trabalho com vínculo de subordinação, não obstante diversos entre si, guardam maior proximidade com o contrato individual de trabalho tradicional, rompe com o modelo tradicional o contrato de trabalho sem vínculo de emprego.

## 2 – O contrato individual de trabalho e suas características

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. E o art. 3º do mesmo diploma afirma que se considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

As características que compõem o contrato individual de trabalho resultam da conjugação dos elementos descritos pelos dois dispositivos legais acima transcritos, pois o contrato existe uma vez que se caracterize a relação de emprego, à luz do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. E a relação de emprego se verifica quando estão presentes os elementos em questão.

Significa dizer, portanto, que só há contrato de trabalho quando uma pessoa física for admitida para prestar serviços a outra pessoa física ou jurídica, de forma contínua e não eventual, a título oneroso e, ainda, que a prestação seja dirigida pelo tomador de serviços, gerando subordinação do empregado ao empregador.

Doutrina e jurisprudência compreendem a subordinação que caracteriza o contrato de trabalho como a “subordinação jurídica”, em oposição à dependência econômica, que pode ou não ocorrer no contrato e trabalho.

Reconhecem a doutrina nacional e estrangeira que as modificações no modo de produção foram determinando mudanças no modo de prestar serviços, no local desta prestação e no próprio vínculo que se estabelece entre prestador e tomador de serviços.

É importante lembrar que o Direito não molda o comportamento da sociedade, mas, ao contrário, ele deve ser o espelho desta mesma sociedade, em

---

2 *Op. cit.*, p. 413.

um dado momento histórico, para que as pessoas cumpram a lei como expressão do comportamento social desejado.

Com efeito, a lei não tem o poder de mudar as relações entre os sujeitos e, se assim pretender, está fadada ao seu próprio descumprimento. Ao contrário, quando a sociedade altera seus valores, cumpre ao legislador alterar o comando legal, adequando-o a estes novos valores, para que a nova disciplina legal, que passe a refletir os anseios e o comportamento médio da sociedade, alcance sucesso na regulação da vida social.

Assim, podemos afirmar que a distinção fundamental entre o trabalho do empregado e do prestador de serviços autônomos reside na existência obrigatória de subordinação jurídica quando se trata de contrato de trabalho, e na autonomia na prestação quando se trata de prestador de serviços autônomos, como a própria denominação está a indicar.

Porém, na medida em que as relações econômicas vão se sofisticando, tornando mais complexa a estrutura empresarial, a subordinação hierárquica do empregado em relação ao empregador igualmente sofre constantes modificações e, quanto mais especializada for a atividade do empregado mais tênue se torna a subordinação em relação ao empregador, mas ainda assim sua presença é essencial para a caracterização do contrato de trabalho.

A evolução das relações econômicas e a globalização, que provocam o estreitamento das fronteiras e acirram a competição entre as várias empresas, produzem modificações no processo produtivo e refletem nas formas de prestação de serviços, alterando os contornos do contrato de trabalho. É preciso analisar estas mudanças no plano econômico e organizacional e seus reflexos nas relações de trabalho, a fim de constatar se estamos diante de um contrato de trabalho ou de outra figura jurídica semelhante, mas distinta. Lembremos que só há contrato individual de trabalho quando estão presentes todos os requisitos que o caracterizam.

Não obstante, na medida em que se modificam as relações entre prestadores e tomadores de serviço e por força da evolução tecnológica, algumas destas características vão se modificando e ganhando contornos distintos.

Assim, a relação que se estabelece entre os prestadores e tomadores de serviços vai sofrendo modificações e é possível estabelecer gradação na intensidade da subordinação existente nesta relação entre prestador e tomador de serviços, o que pode indicar a existência de contrato individual de trabalho – com grau mais ou menos acentuado de subordinação jurídica – ou inexistência

## DOCTRINA

de contrato individual de trabalho – por se tratar de outro tipo de contrato, afim ao contrato de trabalho, mas dele distinto.

Se não há ingerência do empregador na prestação de serviços, mas apenas na apropriação por este do produto de trabalho do prestador, estaremos diante de uma figura distinta do contrato de trabalho, pois para sua caracterização é essencial a subordinação jurídica. Isto porque, ou o prestador de serviços coloca sua força de trabalho a serviço do tomador e, neste caso, submete-se às regras empresariais, com maior ou menor intensidade, ou apenas vende o produto de seu trabalho, que se harmonizará com a atividade empresarial.

No primeiro caso estaremos diante de contrato de trabalho e, no segundo, estaremos diante de trabalho autônomo, não se cogitando de subordinação estrutural, mas de mero vínculo com a estrutura empresarial.

Há de se distinguir entre o *vínculo estrutural*, que todos que concorrem direta ou indiretamente para a atividade empresarial têm, sem que se caracterize contrato de trabalho, do fenômeno da subordinação jurídica, que é próprio do contrato de trabalho.

Entretanto, constatamos uma nova forma de subordinação que vem solucionando parte de problemas de reconhecimento de vínculo empregatício, a chamada *subordinação estrutural*, ou seja, se o trabalhador é parte essencial no desenvolvimento do negócio ou faz parte da cadeia produtiva, entende-se pelo reconhecimento de vínculo<sup>3</sup>.

Na doutrina portuguesa, afirma Pedro Romano Martinez que para distinguir a condição do empregado do prestador autônomo de serviços a subordinação técnico-jurídica, que caracteriza o contrato de trabalho, compõe-se de três elementos, a saber: *alienabilidade do produto de seu trabalho, dever de obediência e sujeição ao poder disciplinar*. É a presença destes três elementos que permite distinguir o trabalho subordinado do trabalho independente. Arremata o autor que numa situação de trabalho autônomo o prestador de serviços não aliena sua atividade (sua força de trabalho), pois trabalha por sua conta e poderá, de acordo com o avençado, alienar o resultado do seu trabalho, o que é diverso<sup>4</sup>.

Há unanimidade na doutrina nacional e estrangeira com respeito à subordinação jurídica, como elemento essencial à configuração do contrato individual de trabalho. Discute-se, contudo, dentro do tema da subordinação, como

---

3 Entendimento encontrado em julgados trabalhistas que reconheceram vínculo de emprego entre o aplicativo Uber e o motorista.

4 *Direito do trabalho*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 169.

a mesma se revela nas diferentes atividades desenvolvidas pelos empregados aos empregadores, a fim de configurar-se o contrato de trabalho.

De igual modo, revela a jurisprudência brasileira entendimento uniforme no sentido de que é necessária a demonstração da subordinação hierárquica, ainda que atenuada, para reconhecer a existência de contrato de trabalho.

Só há contrato de trabalho quando o trabalho envolve prestação com subordinação hierárquica, nada tendo a ver com o simples fato do produto do trabalho ser apropriado pela empresa.

Diante do considerável avanço tecnológico que experimentamos e das mudanças na vida em sociedade, criou-se a figura da subordinação objetiva, com o abrandamento do poder de comando do empregador, mas que exige a inserção do empregado na atividade empresarial, caracterizando-se o vínculo de subordinação e, portanto, a existência do contrato de trabalho.

### **3 – A proteção constitucional ao trabalho e a livre iniciativa**

O art. 1º da Constituição Federal afirma que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo um Estado Democrático, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e o pluralismo político.

Daí resulta que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamentos da nossa República, o que os coloca em patamar de princípios fundamentais, como denomina o próprio Título I da Carta Constitucional.

Tal significa que tanto a norma constitucional quanto a norma legal prestigiam enfaticamente tanto a atividade profissional desenvolvida por cidadãos e cidadãos, quanto prestigia com a mesma ênfase a atividade empresarial, dado que esta é essencial para a criação e manutenção de empregos. Sem empresa não há empregos, e sem este não há trabalho, o que impossibilita a vida digna, a que todos têm direito.

Assim, a Constituição Federal, em atenção ao valor social do trabalho, cuida dos direitos sociais, em seus arts. 6º a 11. E, de igual forma, atenta ao valor social da livre iniciativa, cuida da atividade econômica em seus arts. 170 e seguintes.

Resulta do texto constitucional, portanto, que há uma estreita relação entre capital e trabalho, merecendo ambos do legislador o cuidado dispensado,

## DOCTRINA

como forma de assegurar o bem comum e a vida social próspera e digna, dada a estreita relação e dependência que há entre ambos.

É evidente, como resulta da constatação da própria realidade, que não obstante trabalho e empreendimento tenham igual importância social, estão a merecer tratamentos específicos, dada sua postura distinta no plano socioeconômico.

Com efeito, é necessária a proteção dispensada pelo legislador ao empregado, quer em relação ao empresário, quer em relação ao próprio Estado, dada sua incapacidade de negociação em plano igual, a fim de evitar a deterioração das condições de trabalho. A empresa necessita proteção do Estado no sentido da estabilização de suas relações econômico-sociais, para poder desenvolver a contento seu empreendimento. Mormente no seu relacionamento com os prestadores de serviços necessita o tomador de serviços regras claras e perenes de tratamento diverso a cada tipo de prestador, para poder competir no mercado e respeitar os direitos assegurados a cada tipo de prestador, segundo seu regime de trabalho.

Entretanto, atualmente, o mundo globalizado, e nele nosso país, está composto por pequenas e médias empresas. E tais empresas são voláteis, ou seja, não existe mais a mentalidade de nossos pais e avós de que o primeiro emprego seria “para sempre”.

E estas empresas estão surgindo e se multiplicando através dos aplicativos. Segundo André Gonçalves Zipperer, tais plataformas digitais reúnem pessoas, ativos e dados, criando formas inteiramente novas de construir e compartilhar bens e serviços, derrubando barreiras para que empresas e indivíduos criem riqueza, alterando ambientes pessoais e profissionais<sup>5</sup>.

O Estado precisa proteger o empregado, como parte mais vulnerável na relação de emprego. Todavia faz-se necessário, da mesma forma, que o Estado assegure ao empregador a estabilidade jurídica e econômica para desenvolver sua atividade, quer diante do interesse social na manutenção da empresa saudável, quer sob a ótica do próprio empregado, pois sem empresa não há postos de trabalho, o que acarreta o desaparecimento do emprego e da subsistência familiar.

---

5 *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. São Paulo: LTr, 2019. p. 41.

#### 4 – O trabalho lícito prestado por pessoa física sem vínculo empregatício

Como já vimos, desde a origem do Direito do Trabalho, convivem com o contrato individual de trabalho outras atividades desenvolvidas por pessoas físicas, em que está ausente a subordinação hierárquica, e, portanto, inexistente o contrato de trabalho, pois é pacífico que só há vínculo de emprego quando o trabalho prestado por pessoa física resulta em subordinação jurídica do prestador ao tomador de serviços.

Não obstante a generalidade do trabalho de trato continuado, prestado por pessoas físicas, configure contrato individual de trabalho, há determinadas atividades que o ordinário é o trabalho autônomo, sendo extraordinário o trabalho subordinado, em decorrência da própria natureza da atividade. Assim, a simples prova documental em juízo do trabalho sem vínculo de subordinação prevalece na sua avaliação, salvo hipóteses em que seja provado que a realidade da prestação de serviços foi diversa da situação formal, prevalecendo o denominado contrato realidade.

Mas para que assim se conclua em juízo é essencial que em regular instrução de sentença a prova a ser produzida pelo prestador de serviços deixe evidente que ainda que formalmente presente uma relação autônoma, na prática ocorreu trabalho subordinado.

Quando se cogita do universo das denominadas profissões liberais, como advogados, médicos, odontólogos, psicólogos, representantes comerciais, corretores de imóveis, profissionais dedicados ao comércio em geral, exemplificativamente, estamos diante de atividades profissionais cujo traço característico é a autonomia na prestação de serviços, uma vez atendidos os requisitos formais para o seu regular desempenho.

A constitucionalidade e legalidade da regulamentação da atividade pelo próprio órgão fiscalizador da categoria, como a Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, funda-se no reconhecimento pelo legislador constitucional do princípio da autonomia privada coletiva, ou *autonomia negocial das partes*, denominação preferida pelo professor Amauri Mascaro Nascimento que se traduz no reconhecimento pelo Estado de que determinados grupos sociais possam autorregulamentar suas atividades, estabelecendo regras aplicáveis aos integrantes destes mesmos grupos<sup>6</sup>.

Este fenômeno dá-se igualmente com as organizações sindicais e sua prerrogativa de celebrar acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI,

6 *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 303 e segs.

da Constituição Federal), que criam normas aplicáveis de modo imperativo a todos os integrantes do grupo representado pelos acordantes ou convenentes, e que são fontes de produção de regulamentação jurídica, no dizer de Amauri Mascaro Nascimento<sup>7</sup>.

Outrossim, o requisito “subordinação”, tanto jurídica quanto hierárquica ou até mesmo a estrutural, amplamente debatido anteriormente, não se enquadra mais nos moldes dos novos meios de prestação de serviços.

Estamos numa zona cinzenta entre o trabalhador autônomo e o vínculo empregatício. Precisamos de um conceito que abarque este novo “trabalhador independente”. A parassubordinação, reconhecida no Direito italiano não vigora no Brasil.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

“O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.”<sup>8</sup>

Conforme José Pastore, muitos trabalhadores fazem um verdadeiro ziguezague entre atividades cobertas e não cobertas pelas proteções asseguradas pelo direito do trabalho convencional<sup>9</sup>.

Por isso, é urgente a criação de mecanismos legislativos que abarquem tais formas de contratação e prestação de mão de obra que se encontram atualmente no limbo trabalhista e previdenciário.

### **5 – O futuro das relações entre prestadores e tomadores de serviços**

Como vimos, evidencia-se a coexistência do trabalho do empregado, mediante subordinação hierárquica, com outros tantos tipos de trabalho prestados com autonomia, que não significam contrato de trabalho, nem configuram trabalho irregular, como à primeira vista possa parecer a alguns. O fator

---

7 *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

8 *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 413.

9 O trabalho do futuro e o futuro do direito. *Revista LTr*, v. 83, p. 908, ago. 2019.

determinante para a caracterização do contrato individual de trabalho são as condições reais em que o trabalho é prestado.

E na medida em que o fenômeno da globalização vai acirrando a competição entre as empresas, as condições de trabalho vão se modificando, desaparecendo em muitos casos as características essenciais ao contrato de trabalho, configurando-se outras formas de trabalho, com autonomia em sua prestação.

Assistimos um movimento nos vários países ocidentais de modificação das relações de trabalho, com sensível diminuição da proteção ao empregado, o que resulta das novas leis aprovadas nos diversos países.

Tom Goodwin, citado por André Gonçalves Zipperer, em 2015 escreveu que:

“O Uber, maior empresa de táxis do mundo, não possui sequer um veículo. O Facebook, o proprietário de mídia mais popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. Alibaba, o varejista mais valioso, não possui estoques. O Airbnb, maior provedor de hospedagens do mundo, não possui sequer um imóvel.”<sup>10</sup>

O que queremos dizer: que o Direito do Trabalho precisa se adaptar a esta nova realidade de perfis de trabalho e formas de trabalhar.

Entre nós, a Lei nº 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, traz várias e importantes modificações tanto nas relações individuais quanto coletivas de trabalho, o que resulta em novas perspectivas para o Direito do Trabalho daqui para frente. Ao mesmo tempo em que a lei deixa evidente a prevalência do negociado sobre o legislado, torna facultativa a contribuição sindical, que é a principal receita dos sindicatos, o que, na prática, significa dificultar muito a ação sindical.

Os sindicatos são uma importante ferramenta para integrar as novas formas de prestação de serviços na realidade trabalhista brasileira, na medida em que podem inserir tais trabalhadores na realidade das empresas.

Conforme reflexão de Nelson Mannrich: “Ora, a necessária adaptação às novas exigências não impõe um modelo novo, para além do tradicional contrato de trabalho, se desapareceu a tradicional subordinação?”<sup>11</sup>.

---

10 Disponível em: <<https://telechcrunch.com/2015/03/03in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface>>. *Apud op. cit.*, p. 42.

11 Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr*, v. 81, p. 1.297, nov. 2017.

E o mesmo autor cita Alain Supiot, cuja noção de estado profissional das pessoas é construída sob o pressuposto de que a vida laboral vai além do trabalho subordinado, abrangendo sua própria formação<sup>12</sup>.

O que queremos concluir é que precisamos de segurança jurídica para trabalhadores, empregadores, sindicalistas e empresários. As novas formas de prestação de serviços estão aí e vieram para ficar, sendo que a flexibilidade que nos impõem é positiva para os trabalhadores e para a sociedade como um todo, criando meios de auferir ganho econômico e combater o desemprego.

Entretanto, precisamos de meios hábeis para proteger tais trabalhadores, inserindo-os sob o manto das proteções trabalhista e previdenciária, onde todos saem ganhando.

### 6 – Conclusão

A Lei nº 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, perdeu uma grande oportunidade de abarcar na legislação trabalhista as novas formas de prestação de serviços através das plataformas digitais.

As inovações nesta área correm a passos largos, motivadas, por um lado, pela ampla recepção da sociedade às facilidades que tais aplicativos trazem ao nosso dia a dia e, por outro, ao desemprego galopante que assola o país.

Entretanto, o conceito de subordinação tratado pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista, e que é um requisito essencial para a configuração ou não da relação de emprego, não mais se submete aos padrões de prestação de serviços vislumbrados atualmente, sendo necessário um novo padrão.

A parassubordinação, vigente no Direito italiano, é um meio caminho para que seja satisfeita esta zona cinzenta, inserida entre o empregado subordinado e o autônomo, mas não é aplicada no Brasil.

Outrossim, é premente que tais formas de prestação de serviços sejam reconhecidas, como meio de trazer segurança jurídica à sociedade e, principalmente, garantir direitos trabalhistas e previdenciários mínimos a estes prestadores de serviços.

### Referências bibliográficas

GOODWIN, Tom. Disponível em: <<https://telechcrunch.com/2015/03/03in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface>> *apud* ZIPPERER, André Gon-

12 Au-delà de l'emploi. Paris: Flammarion, 1999, p. 87-90, *apud op. cit.*, p. 1.297.

## DOCTRINA

çalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. São Paulo: LTr, 2019.

MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr*, v. 81, p. 1.287-1.300, nov. 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASTORE, José. O trabalho do futuro e o futuro do direito. *Revista LTr*, v. 83, p. 908-919, ago. 2019.

SUPIOT, Alan. Au-delà de l'emploi. Paris: Flammarion, 1999, p. 87-90 *apud* MANNRICH, Nelson. Futuro do direito do trabalho, no Brasil e no mundo. *Revista LTr*, v. 81, p. 1.287-1.300, nov. 2017.

ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. São Paulo: LTr, 2019.

Recebido em: 13/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

## *THE CRISIS OF THE WELFARE STATE AND THE FLEXIBILITY OF LABOR LAWS*

Paulo Sérgio João\*

Natália Biondi Gaggini Robles\*\*

RESUMO: Com a evolução desordenada do Estado de bem-estar social e a crescente política paternalista assistencialista, veio a crise do Estado de bem-estar social, que tem forte impacto no Regime Geral de Previdência Social, que acumula um *deficit* crescente. O artigo pretende analisar os fundamentos, os princípios e os objetivos da seguridade social, especificamente da previdência social, a fim de entender algumas causas do *deficit* previdenciário intrinsecamente ligado ao Direito do Trabalho, bem como qual seria o impacto da flexibilização das leis trabalhistas no âmbito previdenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Bem-Estar Social. Previdência. Reforma Trabalhista.

*ABSTRACT: With a disorderly evolution of the welfare state and a growing political welfare, a crisis of the Welfare State has emerged, which has a strong impact without a general social security system, which accumulates a growing deficit. This article intends to obtain the foundations, principles and objectives of social security, social security, the identification of some causes of the deficit of decisions intrinsically superior to the Labor Law, as well as the impact of the flexibility of the laws. in the social security sector.*

*KEYWORDS: Welfare State. Social Security. Reform of Employment Protection Legislation (Labor Reform).*

### Introdução

O Estado de bem-estar social, impulsionado após a Segunda Guerra Mundial pelas noções de cidadania e pelas pressões dos sindicatos trabalhistas por melhores condições, rompeu com a lógica liberal e tomou para si a responsabilidade pela proteção social e econômica.

Seguindo essa linha, a Constituição Federal de 1988 erigiu o sistema de seguridade social, composto pela assistência social, pela saúde e pela previdência social.

---

\* *Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998); mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1985); mestre em Direito Social – Université Catholique de Louvain, Bélgica (1981).*

\*\* *Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; especialista em Direito Público (2010) e em Direito e Processo do Trabalho (2011) pela UNIDERP.*

## DOCTRINA

O conceito de seguridade social constitui grande avanço no processo de redemocratização da sociedade brasileira, em fins dos anos 1970. Culminou na Constituinte, ainda que tenha se mantido restrita à previdência, à saúde e à assistência social. Assim, iniciou-se maior socialização da política, por meio dos mecanismos de gestão e controle social com participação popular, viabilizando-se a implementação cotidiana das políticas de seguridade que se politizaram mais.

Apontou-se também para uma alocação mais democrática dos recursos públicos, a partir do orçamento da seguridade social, na perspectiva de ampliação da cobertura, visando à universalidade do acesso a direitos sociais legalmente definidos.

Nesse contexto, emerge o princípio da solidariedade social, que conclama a necessidade de contribuição coparticipada da sociedade para o sustento de seus cidadãos. No sistema previdenciário brasileiro há o chamado sistema de repartição, em que as pessoas contribuem compulsoriamente para o bem de toda a coletividade.

No entanto, este modelo de seguridade social supõe o pleno emprego garantido pela intervenção estatal na economia como condição de eficiência do Estado de bem-estar social, assim como que o Estado assumisse a maior parte dos custos do sistema, já que o assistencialismo e a saúde são prestados de forma gratuita.

Assim, diante da crise econômica mundial, do desemprego, do trabalho informal crescentes, bem como do envelhecimento da população e dos sistemas, há um *deficit* previdenciário sem precedentes.

A análise deste artigo tem por finalidade o estudo dos iniciais impactos previdenciários trazidos pela Reforma Trabalhista, bem como pelo trabalho informal. Não há aqui a pretensão de esgotar o tema, principalmente diante do exíguo prazo transcorrido desde a promulgação e vigência da Lei nº 13.467/2017.

### **1 – Breve histórico da seguridade social no plano internacional**

As primeiras manifestações pela busca de proteção social originam-se na Grécia e em Roma, revelando-se por meio de grupos nos quais os próprios trabalhadores cuidavam da sua proteção, conhecidos como sociedade de socorros mútuos.

Esses grupos constituíam uma espécie de fundo, um monte comum, que os protegia contra riscos como doença, velhice, invalidez e morte. Quando

## DOCTRINA

qualquer um deles fosse alcançado por um desses riscos, poderia se socorrer daquele monte comunitário para manutenção própria e/ou de sua família.

Nesse período, identificam-se entidades civis, motivadas por fins religiosos ou caritativos, que forneciam assistência aos necessitados, tais quais as Santas Casas de Misericórdia.

A assistência privada representa os primórdios da proteção social, uma forma de autoproteção, que constitui a pré-história da Previdência Social.

A Lei dos Pobres (*Poor Relief Act*) de 1601, constitui-se no primeiro enfrentamento do Estado na questão social, dando início à assistência pública, com a assunção pelo Estado de medidas de contenção do fenômeno da miséria.

Trata-se do marco da criação da assistência social por meio da regulamentação da instituição de auxílios e socorros públicos aos necessitados (ARAÚJO, 2006).

O seguro social surge apenas em 1883, na Alemanha, onde Otto Von Bismark, também conhecido como *Chanceler de Ferro*, instituiu direitos sociais aos trabalhadores, como o seguro-doença baseado nos moldes do seguro privado. Essa iniciativa legislativa decorreu de uma série de fatores externos, como a Revolução Industrial, o surgimento do socialismo e o movimento operário, então existentes na Europa.

Também a Igreja Católica, pelas mãos do Papa Leão XIII, publicou a *Encíclica Rerum Novarum*, em 15 de maio de 1891, em que conclama a sociedade para o bem-estar social fundado nos princípios da Igreja, contra as ideias socialistas propagadas na época e com forte penetração, especialmente na classe operária.

As Leis de Bismark prescreveram, nas atividades industriais em que ocorriam acidentes do trabalho, a obrigatoriedade de contratação, em favor dos trabalhadores, de seguros que os protegessem de fatores futuros, incertos e indesejáveis, denominados “riscos sociais”.

Assim, quando o trabalhador fosse alcançado por algum risco social, como doença, velhice, invalidez, morte, estaria protegido pelo Seguro Social.

Tais leis foram pioneiras na criação da previdência social pelo mundo, objetivando evitar as tensões existentes na classe operária devido à crise industrial.

O Estado funcionava como verdadeiro arrecadador das contribuições exigidas compulsoriamente dos participantes do sistema securitário, nascendo-se assim, a prestação previdenciária como direito público subjetivo do segurado.

## DOCTRINA

Até então, os planos de seguro social obedeciam ao sistema bismarckiano, ou seja, o sistema era de capitalização, somente mediante contribuição de empregadores e empregados em poupança compulsória que protegia apenas os assalariados contribuintes.

Embora houvesse imposição estatal, inexistia a noção de solidariedade social, uma vez que não havia a participação da totalidade dos indivíduos, seja como contribuintes, seja como potenciais beneficiários (PEREIRA DE CASTRO, 2010).

O modelo alemão rapidamente expandiu pela Europa e pelo mundo, num fenômeno de internacionalização e universalização que ganhou grande impulso com a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, em 1919.

Apesar de as primeiras leis previdenciárias terem origem alemã, a primeira Constituição a mencionar o seguro social foi a do México de 1917, seguida da Constituição de Weimar de 1919, que traz vários dispositivos relativos à previdência.

Em 1935, surge nos Estados Unidos da América o *Social Security Act*, que instituiu o modelo de proteção social norte-americano e introduziu pela primeira vez em um diploma legal a expressão Seguridade Social. Quando a lei entrou em vigor, em 1940, mais da metade dos trabalhadores era coberta. Formou-se aí o arcabouço teórico do *New Deal*. Todavia, o seguro distancia-se da ideia atual de seguridade, por tratar-se de seguro social, a qual atende de forma mais ampla às demandas sociais da classe trabalhadora.

Mas, foi apenas em 1942, noutro contexto econômico e político, especificamente em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, que é formulado o Plano Beveridge, na Inglaterra, com críticas ao modelo bismarckiano e proposta de instituição do *Welfare State*, a responsabilidade estatal deixa de ser apenas pelo seguro social, mas também pela saúde e assistência social.

Foi assim concebido o Sistema de Seguridade Social, modelo mais ambicioso do que o do Seguro Social, pois se constituía, em apertada síntese, na junção do Seguro Social e de certas prestações assistenciais.

No sistema beveridgiano, os direitos têm caráter universal, sendo destinados a todos os cidadãos incondicionalmente ou submetidos a condições de recursos, mas objetivando a garantir o mínimo social a todos em condições de necessidade. O financiamento é proveniente dos impostos fiscais, e a gestão é pública, estatal.

## DOCTRINA

O modelo bismarckiano visava à proteção dos trabalhadores em momentos de riscos sociais que os expunham à ausência de trabalho; já o modelo beveridgiano tinha por objetivo principal a luta contra a pobreza.

No contexto histórico, após a Segunda Guerra Mundial, o denominado Estado do bem-estar instaurou o sistema de universalização de proteção com base na forte noção de cidadania, busca pela justiça social e erradicação das desigualdades por meio da valorização do trabalho.

As diferenças desses modelos provocaram o surgimento e instituição de diferentes modelos de seguridade social nos países capitalistas, com variações determinadas pelas diferentes relações estabelecidas entre o Estado e as classes sociais em cada país. As políticas existentes e que constituem os sistemas de seguridade social em diversos países apresentam as características dos dois modelos, com maior ou menor intensidade.

### **2 – O Plano Beveridge**

Com origem na Inglaterra, em 1941, por determinação do governo britânico que constituiu uma comissão interministerial de seguro social e serviços afins, presidida por William Beveridge (1879-1963), surgiu o Plano Beveridge, com o objetivo de trazer alternativas para os problemas de reconstrução no período pós-guerra.

O Plano foi o primeiro estudo minucioso e amplo do seguro social e serviços conexos, questionando a proteção restrita aos empregados e pregando a universalidade da proteção.

Diferentemente do modelo bismarckiano, o beveridgiano tem concepção mais ampla, pois visa à universalidade de atendimento, isto é, a tudo e a todos, com financiamento por meio de impostos arrecadados de toda a sociedade, percebendo-se claramente que a solidariedade é mais forte neste modelo. A universalidade estende o seguro social a todos os trabalhadores, não só empregados.

Além disso, o financiamento distancia-se da técnica de capitalização, com a repartição simples, trazendo evidente enfraquecimento do aspecto atuarial do sistema protetivo.

As prestações pagas pelo sistema são desvinculadas da real remuneração do trabalhador, ao contrário do sistema bismarckiano, no qual a prestação é relacionada à cotização.

O Plano Beveridge influenciou os sistemas de seguridade social trazendo a ideia da compulsoriedade e da igualdade de proteção social. Todas as pessoas

participam do sistema protetivo, de forma equânime, garantindo-se aos necessitados o mínimo existencial.

A fonte de custeio do sistema é tríplice, ou seja, participam Estado, empresas e trabalhadores.

O Plano instituiu a unificação do seguro de acidente do trabalho com o seguro social. Embora pudessem existir vantagens no sistema privado e autônomo de seguro de acidentes, as desvantagens superavam, mormente as decorrentes dos intermináveis litígios entre empregadores e trabalhadores, a falta de apoio ao acidentado e insegurança do regime privado, que pode falir.

Houve ainda a unificação do seguro e da assistência social em um único ministério, vez que presente a similitude de ações entre seguro e assistência social, sendo antagônica a manutenção de suas estruturas em paralelo para o atendimento da população.

Uma terceira unificação implementada foi a das contribuições, de modo a propiciar aos beneficiários a solicitação de qualquer benefício.

Na seguridade social, a saúde não mais está vinculada ao contexto previdenciário e de assistência social, sob pena de comprometimento do órgão responsável pela administração, já que esta possui amplo espectro em atendimento.

Nesse sistema contributivo há a revogação das isenções com o fim de garantir a entrada de recursos suficientes para a manutenção do sistema securitário.

Pode-se dizer que os princípios mais relevantes trazidos por Beveridge são: inovação total do trabalho, com rompimento de conceitos passados; ampliação da relevância do seguro social como fator de evolução social; cooperação entre o indivíduo e o Estado, pois as pessoas que se utilizam do sistema protetivo são as principais interessadas e, por isso, devem sempre participar da administração deste e da formulação de novas estratégias sociais; novas idades para a aposentadoria, em virtude do aumento generalizado da expectativa de vida; plano de alcance universal, atendendo a toda a sociedade e protegê-la contra todo tipo de infortúnio, daí a ideia de proteção do berço ao túmulo (*social security from the cradle to the grave*); assistência social completando as lacunas do seguro social, atendendo parcelas excluídas da sociedade.

### **3 – A seguridade social no Brasil**

No Brasil, a evolução da proteção social seguiu do mesmo modo como se deu no plano internacional – origem privada e voluntária com intervenção estatal crescente.

## DOCTRINA

Foi a Constituição Política do Império, outorgada em 1824, que prescreve que cabia ao Estado a prestação dos socorros públicos. Entretanto, não prescrevia quais seriam esses socorros, não definia a forma de financiamento e tampouco estabelecia direitos subjetivos aos cidadãos. Era norma jurídica de eficácia mínima.

No âmbito das políticas sociais, a seguridade social surgiu como uma das mais expressivas instituições, formada a partir do processo de industrialização e do nascimento das classes de trabalhadores.

A seguridade social, juridicamente organizada pelo Estado, amoldou-se para o enfrentamento das contingências sociais, promovendo, nesse sentido, a elevação dos níveis de bem-estar, baseada em ações solidárias e justas entre os membros de uma dada coletividade nacional.

O Sistema Nacional da Seguridade Social foi criado pela Constituição Federal de 1988 e envolve a previdência social, a assistência social e a saúde pública, de responsabilidade do Estado e de toda a sociedade, através de um conjunto integrado de ações.

Em todos os sistemas de seguridade social, cuja estruturação foi adotada com precisão pelo modelo brasileiro no art. 194 da Constituição Federal de 1988, a cobertura dos infortúnios opera, essencialmente, por meio de serviços vinculados à saúde, à qualificação ou requalificação profissional e aos benefícios pecuniários.

No contexto histórico, após o advento da Segunda Guerra Mundial, o denominado Estado do bem-estar social instaurou o sistema de universalização de proteção com base na forte noção de cidadania.

Enquanto direito humano fundamental, a seguridade social e o próprio direito previdenciário encontram-se instrumentalizados pelo princípio da proteção, norte do direito do trabalho, uma vez que ressalta o direito de todo trabalhador ser protegido pelo Estado diante de determinada contingência.

No mesmo cenário, o princípio da solidariedade social, eleito como um dos objetivos permanentes da sociedade brasileira, conclama a necessidade de contribuição coparticipada da sociedade para o sustento de seus cidadãos.

A solidariedade, no sistema previdenciário brasileiro, se passa entre as gerações, ou seja, as contribuições atuais servem para o custeio dos benefícios pagos atualmente. Trata-se do chamado sistema de repartição, em que as pessoas contribuem para o bem de toda a coletividade, prestam contribuição ao sistema e, a sociedade, como um todo, vai usufruir de benefícios trazidos pela lei.

## DOCTRINA

Tal fato impede a adoção do sistema de capitalização pura, o que justifica a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois os trabalhadores custeiam em razão da cotização individual ser necessária para a manutenção de toda a rede protetiva, e não para a tutela do indivíduo, isoladamente considerado. Assim, o mais afortunado deve contribuir com mais, tendo em vista a escassez de recursos e contribuições de outros.

A seguridade social no Brasil divide-se em dois subsistemas, o contributivo (previdência social) e o não contributivo (saúde e assistência social). Na previdência social, conforme explanado acima, por tratar-se de sistema contributivo, apenas têm acesso aqueles que contribuem, seja de forma real ou presumida. Contrariamente, a saúde, promovida pelo sistema único de saúde (SUS) é prestada gratuitamente a todos. A assistência social, por sua vez, é garantida apenas aos necessitados, também de forma gratuita.

A seguridade social no Brasil possui a tríplice forma de custeio. A atual Constituição não prevê expressamente tal princípio, o qual se originou com a Constituição de 1934, de acordo com a proposta apresentada por Beveridge. A atual normatização constitucional é mais abrangente que outrora, ocorrendo a possibilidade da diversidade da base de financiamento, sendo a fonte tríplice somente um dos seus componentes. O custeio tríplice envolve contribuições de trabalhadores, das empresas e do próprio governo.

Compreende-se por fonte de custeio os meios econômicos e, principalmente, financeiros obtidos e destinados à concessão e à manutenção das prestações previdenciárias.

O sistema de financiamento dos benefícios previdenciários diz respeito, exclusivamente, às contribuições sociais dos trabalhadores e das empresas, incidentes sobre a folha de pagamento (art. 195, I, *a* e II, da Constituição Federal de 1988 e arts. 10 e 16 a 27 da Lei nº 8.212/91).

Pode-se chamá-las de previdenciárias, uma vez que se destinam, exclusivamente, ao custeio dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o inciso XI do art. 167 da Constituição veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições previdenciárias para despesas que não sejam relacionadas aos benefícios do regime previdenciário.

Constitui exceção, já que, como regra geral, no momento da entrada do recurso no sistema, não se faz distinção em que área será aplicado, sendo destinada em favor da seguridade social como um todo.

### 4 – Crise do Estado de bem-estar social

O modelo de Estado de bem-estar social, amplamente conhecido por sua denominação em inglês, *Welfare State*, surgiu após a Segunda Guerra Mundial, sendo intimamente relacionado ao processo de industrialização e os consequentes problemas sociais daí advindos.

O Estado passou a prestar inúmeros serviços sociais. No Brasil, as políticas assistencialistas foram fortemente introduzidas no âmbito do governo ditatorial de Getúlio Vargas (1930-1945). Paralelamente, o Estado de bem-estar social passou a intervir fortemente na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas com o fim de reduzir as desigualdades sociais e gerar riquezas materiais.

No entanto, com o crescimento desordenado dos sistemas protetivos, há a crise do Estado de bem-estar social, com o retorno aos modelos bismarckianos de seguro social, haja vista seu maior comprometimento com o equilíbrio financeiro atuarial.

Alguns países inclusive têm adotado um sistema complementar de previdência compulsório. São, em verdade, Estados que adotavam o esquema Beveridgeano de proteção social, mas acabaram por migrar, em parte, para o sistema bismarckiano, mantendo o geral como o valor mínimo assegurado a todos.

São inúmeras as justificativas para o *deficit* previdenciário, isto é, diferença entre o que se arrecada e o que se paga a título de benefícios. A título de exemplo, tem-se o envelhecimento da população, a crise econômica, o aumento da economia informal e as fraudes contra o sistema previdenciário.

Com o passar dos anos, a quantidade de trabalhadores ativos que sustentam a previdência social e os segurados beneficiários, em sua maioria aposentados, foi gradativamente se alterando, de forma que os contribuintes são praticamente em igual número que os beneficiários. Trata-se do fenômeno da pirâmide inversa: muitas pessoas fruindo benefícios, poucas contribuindo para o sistema.

Esta inversão entre os que trabalham para o custeio do sistema previdenciário e beneficiários deu-se devido ao aumento da expectativa de vida média do brasileiro em 10 anos da segunda metade do último século para os dias atuais. Somado a isso, a taxa de natalidade continua decrescendo, o que, por si só, resulta num aumento da população mais idosa e aposentada comparada à população jovem e ativa.

## DOCTRINA

Acrescente-se que as crises econômicas e o alto índice de desemprego fazem com que o número de contribuintes reduza ainda mais a arrecadação do sistema e coloque em risco a preservação do modelo de proteção previdenciária pelo Estado.

Quanto maior o número de pessoas trabalhando em atividades geradoras de rendas, maior será o volume de arrecadação do Poder Público, via receitas derivadas, sendo menores os gastos com o setor de seguridade social, uma vez que menos cidadãos terão que se valer do assistencialismo social.

### 5 – A Reforma Trabalhista

As normas celetistas, originalmente, contêm duas características marcantes: a finalidade de proteção individual do trabalhador e uma forte carga de imperatividade, normas que, *a priori*, não podem ser derogadas, mesmo que por vontade do próprio trabalhador.

O Direito do Trabalho, assim como o Direito de modo geral, surge na sociedade justamente com o intuito de regular a vida social e garantir a segurança na organização social.

No entanto, com a era da globalização e tecnologia, potencializa-se o desenvolvimento da sociedade e das mudanças, não só do mercado de trabalho, como da mentalidade das pessoas. Não se pode mais presumir que todos os empregados são hipossuficientes, ou ainda, mais longe, que o sonho de todos é ter uma carteira de trabalho assinada.

Em tempos de mudança, principalmente num cenário de crise econômica, é inevitável que surjam novas formas de entrega de trabalho, e deve a legislação acompanhar a realidade de tais mudanças.

Caminhando lado a lado com as novas formas de trabalho, temos o trabalho informal, reflexo não só da falta de fiscalização estatal, mas também da política pública de engessamento da legislação trabalhista, limitadora de flexibilização e de adequação nas relações de trabalho.

Os dados do Fundo Monetário Internacional (FMI)<sup>1</sup> são relevantes para a compreensão da rigidez e inadequação da política pública.

Em relação à taxa de desemprego, em 2010 ela se encontrava em 6,74%; em 2011, 5,98%; em 2012, 7,03%; em 2013, 7,21%, em 2014, 6,79%; em 2015, 8,31%; em 2016, 11,26%; e em 2017, 12,77%. Em consequência, um dos prin-

---

1 Dados disponíveis em: <<http://data.imf.org/?sk=4C514D48-B6BA-49ED-8AB9-52B0C1A0179B>>.

cipais indicadores da crise econômica, o câmbio do dólar, teve um crescimento incessante. Em 2010, o dólar equivalia a R\$ 1,69; em 2015, R\$ 3,90; em 2016, R\$ 3,26; em 2017, R\$ 3,31; em 2018, R\$ 3,87.

Percebe-se que quanto maior o peso estatal sobre a sociedade, principalmente sobre os empregadores, menor a liberdade econômica e, em consequência, maior a taxa de desemprego, o que ocasiona, invariavelmente, crise econômica.

A expansão do Estado de bem-estar social passou ameaçada, uma vez que a elevada a carga tributária, com o fito da manutenção das políticas assistencialistas, impediu a lucratividade e o consequente desempenho do setor privado.

Tais mudanças geraram a discussão sobre a flexibilização das protetivas normas trabalhistas. Tal qual se deu, conforme tratado no capítulo anterior, com a crise do Estado de bem-estar social que vigorou em boa parte do século XX, com a concepção solidária de proteção do ser humano. A exemplo da crise do *Welfare State* iniciada na década de 1960 pelo mundo, tem-se a substituição da estabilidade no emprego pelo regime do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço (FGTS), conforme Lei nº 5.107, de 1966.

Com a internacionalização da economia, a concepção de Estado burocrático não é mais viável, sendo imprescindível a modernização das normas jurídicas de forma a abarcar as novas relações entre o trabalhador e as empresas.

Nesse modelo de globalização, o Direito deverá ser capaz de regular situações mesmo que não as tenha previsto e, para tanto, cada vez mais as formas rígidas de controle pensadas para a relação comum de empregado e empregador serão um impasse para a livre iniciativa e a liberdade de trabalho.

Foi neste contexto de intensa recessão, com um mercado de trabalho guiado por regras rígidas de Estado paternalista que impõem uma série de deveres e onera sobremaneira os salários, que encontrou a polêmica da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista.

Dentre elas, alterou o critério utilizado para deferimento de justiça gratuita, determinou a cobrança de honorários advocatícios e periciais em caso de sucumbência, estabeleceu teto às custas, determinou a cobrança de custas judiciais àqueles que derem causa ao arquivamento de ações devido ao não comparecimento injustificado à audiência, alterou a natureza de algumas verbas, tais como prêmios, ajuda de custo e auxílio-alimentação. A Reforma também trouxe previsão legal para novas formas de trabalho, como o teletrabalho, a terceirização e o trabalho intermitente, e determinou que os termos negociados prevaleçam sobre o legislado.

## DOCTRINA

Algumas alterações trazidas pela legislação, tais como a prevalência dos termos negociados sobre o legislado e a disciplina sobre o teletrabalho e a terceirização, analisadas conjuntamente, possuem a tendência de flexibilizar o mercado de trabalho brasileiro, por meio da redução da rigidez normativa trabalhista.

Economicamente, convém ressaltar que alguma rigidez se faz necessária, vez que aumenta a previsibilidade e traz uma segurança jurídica. No entanto, não pode a legislação ser engessada de tal forma a ponto de afetar a eficiência do mercado de trabalho e reduzir o bem-estar dos indivíduos.

A valorização da negociação coletiva, trazida pela Lei nº 13.467, de 2017, é uma tendência mundial e extremamente necessária quando se trata de um país com dimensões continentais como o Brasil. Não há como uma mesma legislação refletir, ao mesmo tempo, as disparidades econômicas de São Paulo e de Rondônia, por exemplo.

A negociação coletiva, especialmente os acordos coletivos de trabalho, possibilita que as diferentes realidades econômicas e sociais sejam observadas e disciplinadas de forma específica, trazendo maior segurança jurídica às partes e alavancando a economia.

No entanto, sem adentrar nas discussões políticas, foram tímidas as inovações trazidas pela Lei nº 13.467, de 2017, pouco dispendo acerca das novas formas de trabalho, tratando apenas de alguns temas como o teletrabalho ou *home office*, o trabalho intermitente, o profissional autônomo exclusivo e o contrato de trabalho sob jornada 12 horas de trabalho x 36 horas de descanso.

O teletrabalho, previsto nos arts. 75-A a 75-E da nova Lei, trata-se de prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que não se constituam como trabalho externo. É necessária previsão expressa no contrato individual de trabalho com a discriminação das atividades. Essa modalidade de contratação está fora do controle de jornada por expressa previsão legal.

O contrato de trabalho intermitente é instituto completamente novo trazido pela Reforma Trabalhista, e não tinha previsão legal na redação original da CLT, vindo previsto no art. 452-A. Trata-se de uma das mais polêmicas figuras trazidas. Há previsão de que deve este contrato ser celebrado por escrito, contendo especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. Trata-se de prestação de serviços, com subordinação, não contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade.

O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes. Ademais, a oferta do trabalho deve ser apresentada pelo empregador ao menos três dias antes do início do contrato. Já o empregado terá um dia útil para responder se aceita ou não a proposta.

O profissional autônomo exclusivo também foi uma das novidades questionadas, por ser a forma de trabalho com mais semelhanças com a relação típica de emprego, aproximando-se do falso autônomo da legislação espanhola.

O art. 3º da CLT (que não foi alterado pela Reforma Trabalhista) define como requisitos para um profissional ser considerado empregado: a habitualidade, a subordinação e o salário. Embora não esteja elencada entre os requisitos, a “exclusividade” do profissional também era uma das evidências aceitas pela Justiça do Trabalho como comprovação do vínculo empregatício.

Com a Lei nº 13.467, de 2017, as empresas podem contratar autônomos e, ainda que haja relação de exclusividade e continuidade, não precisará ocorrer a assinatura da Carteira de Trabalho, ficando assim os trabalhadores desassistidos dos direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Agora o elemento “exclusividade” perderá força na hora da comprovação do vínculo empregatício judicialmente, de forma que outros critérios deverão ser usados, como a subordinação.

Com a legalização da jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, que na redação original da CLT só seria possível mediante convenção coletiva de trabalho, com base no que dispõe o art. 59-A, passou a ser facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno.

Importante ressaltar que em quaisquer dessas hipóteses a fraude, ou qualquer outra nulidade na contratação, será punida e, uma vez verificados os requisitos da qualidade de empregado, deverá ser declarado o vínculo.

### **6 – Reflexos previdenciários da Reforma Trabalhista**

Também como reflexo do menor intervencionismo estatal, a Lei nº 13.467, de 2017 que, conforme visto acima, alterou profundamente a legisla-

## DOCTRINA

ção trabalhista, trouxe reflexos no âmbito do direito previdenciário, ao alterar a Lei do Custeio (Lei nº 8.212, de 1991), excluindo hipóteses de incidência de contribuições previdenciárias sobre verbas habitualmente pagas.

O art. 457, § 2º, da CLT, alterado pela novel legislação, exclui da base de incidência previdenciária e de reflexos trabalhistas, os valores pagos a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, diária para viagem, prêmios e abonos, abandonando a ideia frequente de que os rendimentos frutos do trabalho assalariado teriam natureza salarial e, portanto, seriam incluídos na base do salário de contribuição<sup>2</sup>.

Conforme analisado anteriormente, a seguridade social é financiada pelo sistema tripartite, por meio do qual contribuem toda a sociedade, direta e indiretamente, mediante recursos provenientes do Estado e contribuições sociais provenientes das empresas, do trabalhador e demais segurados.

A contribuição sob responsabilidade do empregador, cuja alíquota é de 20% (vinte por cento), tem como base de cálculo o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas à pessoa física que lhe preste serviços, mesmo que sem vínculo empregatício.

A contribuição social sobre diversas verbas pagas ao empregado é alvo de constante disputa na Justiça do Trabalho no que tange à incidência de contribuição social. Empregadores buscam a natureza indenizatória das verbas, para reduzir o valor dos encargos previdenciários; empregados, almejam justamente a inclusão na base de cálculo das contribuições para aumentar o valor do futuro benefício previdenciário.

A Reforma Trabalhista pontuou de modo específico verbas que não constituem base de cálculo para incidência de reflexos trabalhistas e previdenciários, tais como ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abono, previstas no § 2º do art. 457 da CLT:

“A exclusão da ajuda de custo como base de cálculo antes se limitava às diárias para viagem superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do salário do empregado.”

O auxílio-alimentação apenas possuía natureza indenizatória quando decorrente de negociação coletiva com custeio parcial do empregado ou quando paga sob os ditames do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). Com

---

2 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, art. 457, § 2º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>.

a alteração, mesmo que gratuito o fornecimento ou sem inscrição da empresa no PAT, a verba não terá natureza salarial.

Os prêmios, crescentemente utilizados pelas empresas como incentivo no aumento da produtividade e redução do absenteísmo, quando pagos com habitualidade, para a jurisprudência majoritária, eram tidos como salário, gerando reflexos trabalhistas e previdenciários. A Reforma Trabalhista, neste sentido não inovou porque o prêmio previamente contratado e condicionado continua na base do salário de contribuição. O que fez a Reforma Trabalhista foi considerar que o prêmio, concedido a empregado em razão de desempenho além do ordinário, fica afastado da natureza salarial.

Tais alterações relativas à natureza salarial resultaram na desoneração dos encargos trabalhistas, já que para as empresas inexistente limite máximo de salário de contribuição, servindo de base de cálculo o valor total da remuneração.

Para o empregado, a consequência é a redução do valor do salário de contribuição para aqueles que recebem menos que o teto e, como corolário, redução do valor do benefício previdenciário, vez que para este utiliza-se de uma média aritmética simples, que corresponde a 80% dos maiores salários de contribuição, corrigidos monetariamente desde julho de 1994 (implementação do Plano Real).

Há ainda uma consequência para a previdência social como um todo, uma vez que há a redução da fonte de custeio atual, sendo mais um ponto de impacto no cenário de *deficit* previdenciário.

### **7 – Trabalho informal e a crise da previdência**

Um dos objetivos da Reforma Trabalhista com tais inovações foi o de diminuir a informalidade no mercado de trabalho, permitindo que os prestadores de serviços, antes não regulados pela CLT, passem a ter acesso aos direitos trabalhistas e previdenciários.

Os trabalhadores informais são aqueles que não estão protegidos pela previdência social, vez que essa só tem campo de aplicação para o trabalho formal, empregado ou não. Esses não segurados da previdência social podem ser os desempregados, os autônomos não contribuintes, os assalariados sem carteira assinada e os empregadores não contribuintes. Muitos desses não contribuem devido à elevada carga tributária. A título de exemplo, o autônomo deve se filiar ao Regime Geral de Previdência Social como contribuinte individual, sendo a alíquota deste de 20% do salário de contribuição.

## DOCTRINA

O modelo brasileiro de proteção previdenciária não partiu do reconhecimento universal enquanto direito de todos os trabalhadores, e não se restringe a afirmação apenas aos trabalhadores informais, podem-se acrescentar aqui os rurais e domésticos, que, a título de exemplo, foram inseridos paulatinamente aos segmentos da força de trabalho ativa.

No entanto, a Lei nº 13.467, de 2017, ainda não trouxe os resultados prometidos, mormente no tocante ao índice de desemprego.

Num cenário de crise, é crescente o número de trabalhadores informais, considerados como problema econômico e social, mormente porque quanto mais restritivo o acesso à previdência social, maior a demanda por benefícios assistenciais.

A própria política assistencialista atual desestimula o recolhimento das contribuições previdenciárias, isso porque qualquer trabalhador informal que não conseguir prover sua renda e não tenha contribuído para a previdência, poderá se “aposentar”. A Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 1993 – base dos serviços assistenciais prestados pelo governo à população em situação de pobreza e vulnerabilidade social no Brasil – autoriza que o idoso que comprove renda mensal *per capita* na sua estrutura familiar inferior a 1/4 (um quarto) de salário mínimo, poderá requerer benefício de prestação continuada, sendo desnecessário que os indivíduos ou famílias tenham contribuído com a previdência social.

Tal permissivo é contraditório ao princípio da solidariedade acima analisado e que justifica a própria previdência social, aumentando o *deficit* fiscal crescente.

Tanto é que, no Brasil, o crescente contingente de trabalhadores que atuam em atividades informais, nos termos dos registros oficiais, constitui ameaça de redução da base de financiamento da seguridade social, mormente se considerarmos o reduzido número da população com potencial de ser contribuinte.

A escassez de empregos gera um excedente de mão de obra, que busca novas formas de trabalho para o sustento próprio e da família. Observa-se que um dos fundamentos que sustenta o trabalho informal não seria o lucro em si, mas, sim, a sobrevivência.

No entanto, convém ressaltar que parte dos trabalhadores informais estaria desprotegida pela legislação, e, por tal motivo, excluída dos benefícios decorrentes da relação de emprego típica. O excesso de regulamentação e a insistente dicotomia da legislação trabalhista que possui apenas os extremos da proteção e desproteção, limita a capacidade das pequenas empresas e

## DOCTRINA

trabalhadores informais em cumprir as regras trabalhistas e previdenciárias. Explica-se: o direito do trabalho no Brasil possui, em sua essência, apenas o vasto rol de direitos daqueles empregados típicos (aqui incluídos os análogos, tais como o avulso, doméstico, etc.) e o autônomo. Assim, discute-se apenas se existe vínculo ou não.

A Reforma Trabalhista perdeu a oportunidade de criar categoria intermediária de proteção, tal qual existe em outros países. Muitos dos trabalhadores informais consideram-se empreendedores e não querem perder a liberdade dos trabalhadores autônomos. No entanto, gostariam de ter algumas proteções da legislação trabalhista e previdenciária.

A flexibilização da legislação trabalhista, mormente em se tratando de micro e pequenas empresas, além de trazer maior geração de empregos, retiraria esses trabalhadores da zona da informalidade.

Importante se ter em mente que são as empresas que garantem a recolocação das pessoas no mercado de trabalho. Se as empresas tiverem a saúde financeira tão afetada a ponto de precisarem fechar suas portas, como se observou nos últimos anos, a recolocação no mercado de trabalho nunca será satisfatória.

Para tanto, necessária a flexibilização, ao menos para os pequenos empreendedores, com o fito de desonerá-los, a fim de que possam continuar suas atividades e empregar mais, recompondo o mercado de trabalho. Assim, a livre iniciativa deixa de ser mitigada e passa a ser respeitada como a fonte de empregos que sempre foi. Os beneficiados seriam não apenas os trabalhadores informais, mas a sociedade como um todo, pois haveria um aquecimento da economia, maior segurança jurídica aos empresários e aumento da base de financiamento da seguridade social.

### Conclusão

O Estado de bem-estar social ou *Welfare State*, importante conquista que agrega a valorização da pessoa humana e do trabalho, além da busca pela justiça social e erradicação das desigualdades, foi adotado no que tange à seguridade social de forma expressa pela Constituição de 1988.

O Sistema Nacional da Seguridade Social envolve a previdência social, a assistência social e a saúde pública, de responsabilidade do Estado e de toda a sociedade, através de um conjunto integrado de ações.

A seguridade social no Brasil possui dois subsistemas, o contributivo (previdência social) e o não contributivo (saúde e assistência social). Tal modelo

## DOCTRINA

supõe o pleno emprego garantido pela intervenção estatal na economia como condição de eficiência do Estado de bem-estar social, bem como que o Estado assumisse a maior parte dos custos do sistema, já que o assistencialismo e a saúde são prestados de forma gratuita.

No entanto, com o crescimento desordenado dos sistemas protetivos, principalmente das políticas assistencialistas gratuitas, houve a elevação da carga tributária, reduzindo drasticamente o desempenho do setor privado e aumentando o desemprego. Houve, assim, a crise do Estado de bem-estar social e o retorno aos modelos bismarckianos de seguro social, haja vista seu maior comprometimento com o equilíbrio financeiro atuarial.

No Brasil, são várias as justificativas para o *deficit* previdenciário, tais como envelhecimento da população (fenômeno da pirâmide inversa), a crise econômica, o aumento da economia informal, a redução da base que compõe os salários de contribuição e as fraudes contra o sistema previdenciário.

Em tempos de crise econômica, globalização e inovações tecnológicas, surgem as novas formas de trabalho, bem como cresce o trabalho informal, fruto da falta de fiscalização estatal, da descrença no sistema de previdência social atual e do engessamento dos direitos dos empregados e dos empregadores.

Com a internacionalização da economia, a concepção de Estado burocrático não é mais viável, sendo imprescindível a modernização das normas jurídicas de forma a abarcar as novas relações entre o trabalhador e as empresas.

A Lei nº 13.467, de 2017, apesar de alterar mais de 100 (cem) artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, trouxe tímidas inovações acerca das novas formas de trabalho, não sendo capaz de retirar os trabalhadores da informalidade, fazendo com que estes passem a custear a previdência social, como trabalhadores ativos que são.

Além de aumentar a arrecadação previdenciária, a Reforma Trabalhista reduziu a fonte de custeio ao excluir da base de incidência previdenciária e de reflexos trabalhistas, os valores pagos a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, diária para viagem, prêmios e abonos.

O excesso de regulamentação e a insistente dicotomia da legislação trabalhista, que possui apenas os extremos da proteção e desproteção, limita a capacidade das pequenas empresas e trabalhadores informais em cumprir as regras trabalhistas e previdenciárias.

Somada a isso, a incongruência do sistema assistencialista que permite o recebimento de benefícios de prestação continuada sem qualquer contra-

## DOCTRINA

partida, além de contraditório ao princípio da solidariedade que justifica a própria previdência social, aumenta o *deficit* fiscal crescente ao desestimular a contribuição dos trabalhadores informais.

Necessário não apenas lidar com o envelhecimento da população, mas também atentar-se para o modelo atual da previdência social com o fim de incluir segurados, o que ampliaria não apenas a base de financiamento da seguridade social, como reduziria os gastos com a assistência social.

Desta feita, apesar dos fundamentos para a crise do sistema previdenciário, a redução das políticas assistencialistas gratuitas, bem como a flexibilização das leis trabalhistas, ao menos para os micro e pequenos empresários, propiciaria um aquecimento da economia por meio da valorização da segurança jurídica e da livre iniciativa. Assim, haveria a redução das desigualdades e injustiças sociais e a erradicação da pobreza, beneficiando-se a sociedade como um todo, eis que haveria um aumento da base de financiamento da seguridade social.

### Referências bibliográficas

ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9311>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O Estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Panorama geral da reforma trabalhista – Aspectos de direito processual/material. *Revista Eletrônica Reforma Trabalhista II do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 7, n. 63, nov. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# OS DESAFIOS DA SUSPENSÃO NACIONAL EM MATÉRIA DE PRECEDENTES TRABALHISTAS: NEGOCIADO X LEGISLADO, E DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE “JURISDIÇÃO 4.0”

## *THE CHALLENGES OF NATIONAL SUSPENSION ON LABOR PRECEDENTS: NEGOTIATED VS. LEGISLATED, AND SOCIAL RIGHTS IN “JURISDICTION 4.0” TIMES*

**Roberta Ferme Sivoiella\***

**RESUMO:** O presente artigo busca elucidar as questões referentes à suspensão nacional em matérias submetidas à sistemática de repercussão geral, com ênfase nas peculiaridades do processo do trabalho. Busca-se, a partir das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, esclarecer a aplicação do instituto em casos concretos, em especial a discussão que permeia o Tema nº 1.046, afeto ao debate “negociado x legislado”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo do Trabalho. Suspensão Nacional. Precedentes. Tema nº 1.046.

**ABSTRACT:** *This article seeks to elucidate the questions regarding the national suspension in matters submitted to the precedent system, with emphasis on the peculiarities of the labor process. Based on recent decisions of the Federal Supreme Court, the aim is to clarify the application of the institute in specific cases, especially by analyzing the discussion that permeates the theme 1.046, affecting the “negotiated x legislated” discussion.*

**KEYWORDS:** *Labour Process. National Suspension. Precedents. Theme no. 1,046.*

### **1 – Velocidade, “arremesso” e decisões judiciais**

Conforme Surdak já antecipou em uma de suas obras<sup>1</sup> ao caracterizar a chamada “Revolução 4.0”, o intenso e veloz uso de dados levou à constatação de que hoje é a informação, e não o capital, o fundamento da riqueza. Não é a toa que, para um lado ou outro da história, a precisão e clareza das informações é dado importantíssimo à garantia de que os resultados colimados serão atingidos.

---

\* *Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro); mestre em Direitos Sociais pela Universidad Castilla La Mancha-UCLM; doutoranda em Direito Processual na UERJ; especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho; juíza titular da 2ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, atualmente juíza auxiliar da Vice-Presidência do TST; professora de Direito Processual e Coletivo do Trabalho.*

1 SURDAK, Christopher. *A revolução digital: os 12 segredos para prosperar na era da tecnologia*. São Paulo: DVS, 2018. 378 p. ISBN 978-8582891797.

E assim o é no âmbito jurídico, em que as novas sistemáticas processuais vêm gerando intensas dúvidas, mormente no campo trabalhista, em que, conforme já anunciado em artigo anterior em coautoria com o colega Rodrigo Trindade<sup>2</sup>, as questões do direito do trabalho passaram a protagonizar importantes debates na Corte Constitucional nos últimos três anos.

O mesmo autor, no entanto, classifica como *jerk* o suposto “arremesso” que a economia dará, caso seguida a premissa que envolve toda a tônica da nova economia GIG. Vale lembrar, contudo, que o termo em inglês possui sentido dúbio. E, da mesma forma em que o arremesso, em seu sentido da física, gera propulsão em sentido contrário, a falta de controle das informações em suas ditas precisão e clareza, podem levar a resultados diametralmente opostos ao pretendido.

Na tentativa de tentar minorar tais efeitos, e em virtude toda a celeuma que envolveu a discussão acerca da suspensão nacional em sede de repercussão geral, seguem as seguintes considerações, meramente descritivas, acerca do posicionamento recente do Supremo sobre a matéria.

### **2 – Suspensão nacional, sobrestamento, suspensão processual, efeito suspensivo: pequenas diferenças conceituais, grandes repercussões na aplicação**

A suspensão processual já é velha conhecida do Código de Processo Civil de 1973, e subsistiu em suas várias hipóteses no Código Processual de 2015, como os exemplos contidos nos seus arts. 313, 315 e 921. No campo da sistemática de repercussão geral, contudo, assume contornos específicos, e que não se confundem com aqueles advindos das demais espécies de suspensão.

De início, cabe lembrar que o recurso extraordinário não possui, em regra, *efeito suspensivo*, o qual é exceção, cujo requerimento deve ser dirigido ao Tribunal Superior respectivo, e será analisado pelo relator, ou pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, conforme as hipóteses elencadas no art. 1.029, § 5º, do CPC. Tal suspensividade, logicamente, somente gera efeitos no processo específico em que concedida, conforme exame que pode levar em conta, por exemplo, requisitos como o *periculum in mora*, e o *fumus boni iuri* atinente a forte probabilidade de êxito do apelo.

O referido efeito suspensivo não se confunde, contudo, com o *sobrestamento do recurso extraordinário* previsto no art. 1.030, III, do CPC, que

---

2 Trata-se do artigo de autoria de: SIVOLELLA, Roberta Ferme; TRINDADE, Rodrigo. O direito do trabalho atual: de “démodé” ao protagonismo político e judiciário. *Revista de Direito: Processo e Trabalho*, São Paulo, Paixão, p. 9-31.

significa a impossibilidade de análise acerca da sua admissibilidade até o pronunciamento final do STF acerca da matéria submetida à sistemática da repercussão geral, sem que tal providência determine efeito suspensivo amplo ao recurso, tampouco ao processo em si.

A suspensão nacional, por sua vez, imprime efeito suspensivo amplo *a todos os processos que versam sobre a mesma matéria para a qual foi reconhecida a repercussão geral pelo Supremo*. Isso porque, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC, “*reconhecida a repercussão geral*, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de *todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*”.

A veemência do verbo “determinará” constante do citado § 5º fez surgir o debate acerca da obrigatoriedade ou não da suspensão nacional por parte do relator. Na sessão de julgamento de 07.06.2017, contudo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, por maioria, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la” (RE 966.177 RG-QO/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01.02.2019).

Ainda assim, a relação expressa no comando normativo entre o *reconhecimento da repercussão geral* e o objeto da suspensão nacional (a *questão* constitucional que será submetida à Plenária sob a sistemática da repercussão geral) torna clara a conclusão de que a abrangência da suspensão *não* pode ser, a princípio, *mais* ou *menos* extensa do que a própria abrangência da matéria fixada como abrangida no Tema. Eis o primeiro arremesso jurídico a se pontuar: a abrangência da suspensão nacional, salvo expressa ressalva pelo relator, guarda identidade estrita com a abrangência da matéria para a qual foi reconhecida a repercussão geral.

Mas, como se identificar o tema para o qual foi reconhecida a repercussão geral?

### **3 – O julgamento do caso concreto e a fixação da tese: premissas fáticas?**

A resposta à pergunta acima poderia parecer óbvia, na medida em que a matéria submetida à sistemática de repercussão geral normalmente vem expressa no próprio sítio eletrônico do Supremo. Contudo, o questionamento se mostra

relevante em se tratando de matérias para as quais há grande carga fática capaz de alterar os contornos do debate jurídico.

O direito do trabalho, essencialmente fático na grande maioria de seus conflitos, faz surgir uma maior necessidade de esclarecimentos acerca do elemento vinculante do precedente em sede de repercussão geral. A resposta à questão posta aqui seria simples: se encontra nos limites da questão constitucional submetida à análise do Supremo, na qual os elementos fáticos somente teriam o condão de restringi-la ou direcioná-la caso fossem capazes de alterar o enfoque normativo do debate travado. Explico com alguns exemplos concretos.

O *Tema de Repercussão Geral nº 497* inicialmente identificou a matéria abarcada pela sistemática de repercussão geral como atinente especificamente à *controvérsia acerca da necessidade de o tomador dos serviços ter conhecimento acerca da gravidez, no caso de rompimento do vínculo empregatício por iniciativa dele próprio, para o pagamento da indenização prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal*. Desconsiderando o elemento fático que inicialmente identificou o tema (e que expressamente constou em sua descrição no ementário de temas de repercussão geral do Supremo), a tese posteriormente fixada acabou por alargar os contornos da matéria envolvida, para afirmar o *requisito biológico da gravidez pré-existente à dispensa arbitrária como única condição para a aquisição da estabilidade provisória* (“A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”)<sup>3</sup>. Isto porque a *questão constitucional* identificada, qual seja

3 “DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu art. 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do art. 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente à dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável, quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da

verificar o que determina o art. 10, inciso II, do ADCT a título de requisito(s) para a obtenção da estabilidade, é matéria que não sofreria qualquer alteração em seus contornos pelo elemento fático inicialmente considerado (desconhecimento do empregador acerca do estado gravídico da empregada). Contudo, caso naquele primeiro momento houvesse determinação de suspensão nacional, por certo estaria atrelada a tal premissa fática, pois expressa na limitação da abrangência da tese.

Situação diversa ocorreu, por exemplo, nos Temas ns. 131 e 152 do STF.

No primeiro caso, o recurso extraordinário levado à análise do Supremo invocava violação aos arts. 41 e 173 da Constituição Federal, à luz da natureza jurídica *sui generis* dos Correios. A questão abarcada pela repercussão geral, no julgamento de 06.11.08, assim restou identificada: “DIREITO DO TRABALHO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DISPENSA IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. ITEM II DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247 DA SBDI-1 DO TST. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (fl. 256 do RE 589.998/PI). Discutiasse, portanto, se, pelo fato específico de serem concedidas certas prerrogativas da Fazenda Pública ECT, tal situação teria o condão de alterar os contornos da aplicação do art. 173 da Constituição Federal de 1988, e trazer a exigência de motivação da dispensa àquela empresa. Tanto assim, que nos debates que permearam o julgamento do mérito do tema, invocou-se a ADPF 46, atinente à Lei nº 6.538/78, específica aos Correios<sup>4</sup>. Tem-se, portanto, que, nesse caso, a inobservância das premissas fáticas que *expressamente limitaram o contorno da matéria no primeiro julgamento no Supremo*, quando reconhecida a repercussão geral, irremediavelmente alteraria o debate constitucional suscitado. Justamente por tal motivo, o Ministro Luís Roberto Barroso deu parcial provimento aos embargos declaratórios interpostos após o alargamento da tese, entendendo que sua extensão a empresas outras que não os Correios, já que o acórdão impugnado havia cuidado “especificamente da demissão de empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, apontando a singularidade de que ela tem

---

garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade no art. 227 do Texto Constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: ‘A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa’.” (RE 629.053, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o Ac. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, Acórdão Eletrônico, Repercussão Geral, Mérito, DJe-040 26.02.2019, publ. 27.02.2019)

4 RE 598.889/PI, DJe 12.09.2013.

um regime jurídico especial, porque desfruta de imunidade tributária recíproca e paga as suas dívidas mediante precatório”<sup>5</sup>.

No segundo caso (Tema nº 152), a questão constitucional colocada a debate foi expressamente delimitada como “renúncia genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária”. A invocação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, aqui, estava atrelada à alegada violação ao art. 5º, XXXVI, do mesmo diploma constitucional, afeto ao ato jurídico perfeito que permearia especificamente a circunstância fática da adesão ao plano de demissão voluntária. Também aqui, o alargamento da abrangência do tema fora dos contornos da premissa fática do caso concreto alteraria o debate constitucional suscitado, conclusão que foi adotada pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso. Ao despachar nos autos do Recurso Extraordinário 895.759/PE, em 09.05.2016, o Ministro afastou a invocação de prevenção em virtude de suposta identidade da matéria discutida no Tema nº 152 com aquela envolvendo validade de norma coletiva para outras situações não atinentes à eficácia liberatória do plano de dispensa imotivada.

Eis aqui, o segundo arremesso jurídico a se ter em mente: *nem sempre* a premissa fática que permeia o caso concreto terá o condão de delimitar a matéria submetida à sistemática de repercussão geral. Tal conclusão tem especial relevância, conforme já visto, à interpretação a ser dada aos contornos da suspensão nacional.

---

5 “DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADOS DA ECT. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO ALCANCE DA REPERCUSSÃO GERAL. ADERÊNCIA AOS ELEMENTOS DO CASO CONCRETO EXAMINADO. 1. No julgamento do RE 589.998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da *tese* jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/73 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. 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 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/PI, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 05.12.2018)

#### 4 – A norma coletiva: validade, interpretação e direitos sociais

O caso do Tema nº 152 do STF reflete bem a origem dos debates acerca da “validade da norma coletiva que restringe direito não garantido na Constituição”. Mesmo após a decisão do Ministro Barroso nos autos do RE 895.759/PE, e da clara constatação de que este último não se tratava de precedente de natureza vinculante (o que foi confirmado, à unanimidade, pelas duas Turmas do Supremo no julgamento do ARE 1.108.899/PR Agr, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 04.04.2018, DJe 02.05.2018; e no ARE 1.143.909 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 31.08.2018, DJe-194 17.09.2018), a suposta maior extensão da tese fixada continuou a ser invocada em diversos recursos extraordinários, a ponto de provocar a manifestação do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, em 01.04.2019.

Alguns dias após a citada sessão, mais precisamente no dia 12.04.2019, o ARE 1.121.633, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi levado ao plenário virtual, sob o tombamento como Tema nº 1.046 do STF, atinente à “validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente”. Em julgamento eletrônico, o STF decidiu, em votação encerrada em 02.05.2019, por unanimidade, que *há matéria constitucional e há repercussão geral* envolvida e, por maioria simples (6x5), que *não* se trata de reafirmação de jurisprudência na hipótese. Assim, a maioria do STF considerou que a questão tal como exposta no Tema nº 1.046 não refletia a jurisprudência até então firmada pelo Supremo que considerava as situações que envolviam a validade de norma coletiva relativa a direitos infraconstitucionais como atinentes à matéria que não alcançava envergadura constitucional, ora aplicando o óbice da Súmula nº 279 do STF (“para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), ora a Súmula nº 454 do STF (“Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”). Por outro lado, ao afastar a tese de reafirmação de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acabou por ratificar, em certa medida, os fundamentos que supostamente ampliavam o alcance do Tema nº 152 do STF (eficácia liberatória do PDI).

Nada obstante as peculiaridades das discussões que antecederam a criação do tema, o fato é que o reconhecimento da existência de repercussão geral, com base essencialmente em possível violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, foi objeto de votação virtual pela composição Plena do STF, que, concluindo pela necessidade de revisão do posicionamento anterior, optou por criar tema de repercussão geral novo. Citou para tanto os Temas ns. 762 e 357 do STF, uma vez que espelhavam o antecedente entendimento acerca

## DOCTRINA

da natureza infraconstitucional do debate acerca da validade da norma coletiva que versa sobre direito não previsto na Constituição.

Em decisão publicada em 01.08.2019, o Ministro Gilmar Mendes, relator do citado Tema nº 1.046, determinou a suspensão nacional dos processos envolvendo a mesma matéria.

A dúvida que foi levantada, e que chegou à SBDI-1 em Questão de Ordem dirimida na sessão encerrada em 10.10.2019 nos autos do E-RR-819-71.2017.5.10.0022 refere-se, justamente, à abrangência da matéria versada pelo Tema nº 1.046, e, via de consequência, à abrangência da suspensão nacional determinada nos autos do citado *leading case*, bem como à vinculação entre o debate constitucional travado e as premissas fáticas do caso concreto. Em apertada votação naquela Subseção de Dissídios Individuais do TST, a maioria seguiu o voto divergente, que concluiu, ante os expressos contornos da matéria indicados pelo acórdão em repercussão geral, pela não adstrição do Tema nº 1.046 às hipóteses dos Temas ns. 357 e 762, citados unicamente como indicação dos temas anteriormente existentes, e que refletiam jurisprudência anterior do Supremo em relação à ausência de natureza constitucional do debate em torno da validade da norma coletiva.

Cabe ressaltar, a fim de ilustrar a questão, que os temas citados em revisão de tese pelo Supremo no acórdão que reconheceu a repercussão geral no Tema nº 1.046 se referem, respectivamente, a “validade da redução do intervalo intrajornada e da majoração da jornada em turnos ininterruptos de revezamento por meio de norma coletiva” (AI 825.675, DJe 25.03.2011) e “validade de norma coletiva de trabalho que fixa limite ao pagamento de horas *in itinere* inferior à metade do que seria devido em relação ao tempo efetivamente gasto pelo trabalhador no trajeto até o local do serviço” (RE 820.729, DJe 03.10.2014). O STF, contudo, em reclamações constitucionais envolvendo o Tema nº 1.046, tem determinado a suspensão de processos que envolvem situações outras previstas em norma coletiva além daquelas especificamente indicadas nos Temas ns. 357 e 762, em cumulação de pedidos. Como exemplo, as Reclamações 36.993/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 27.09.2019, 36.664/RJ, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 12.09.2019, e 36.890/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 20.09.2019.

O próprio relator do ARE 1.121.633, Ministro Gilmar Mendes, identificou a matéria debatida no Tema nº 1.046 ao fundamento invocado pelo Ministro Barroso no julgamento do Tema nº 152, acerca da validade da norma coletiva sob o prisma do art. 7º, XXVI, da CF/88. Assim, ao que parece, acabou por

indicar a abrangência do Tema nº 1.046 como não adstrita às matérias debatidas nos Temas ns. 762 e 357 do STF.

Eis o terceiro arremesso jurídico: há que se realizar uma análise percuciente acerca dos fundamentos utilizados nas decisões judiciais para que se possam aferir seus reais efeitos.

### **5 – Novamente na Revolução 4.0: velocidade das notícias e necessidade de atenção à realidade dos acontecimentos**

Após o aludido julgamento do E-RR-819-71.2017.5.10.0022, uma série de notícias passou rapidamente a circular pelos meios telemáticos. Indicações genéricas de que o Tribunal Superior do Trabalho teria determinado a suspensão de “todos os processos que tratam de normas coletivas”, ou mesmo percentuais, sem indicação de fonte, de travancamento de processos gerados pela decisão proferida na questão de ordem foram imediatamente divulgados.

Nada obstante a necessária e fundada preocupação com o futuro do direito do trabalho e – com mais razão – dos impactos de qualquer determinação que enseje a maior delonga de processos que versam sobre parcelas de caráter alimentar, alguns esclarecimentos acerca dos possíveis efeitos da decisão do TST (digo possíveis, pois pautadas nos debates transmitidos, ainda sem acórdão publicado) fazem-se necessários.

Em primeiro lugar, não parece ter se verificado nas falas dos Ministros na sessão do dia 10.10.2019 qualquer determinação de suspensão de processos que versem, largamente e em qualquer prisma, sobre direitos previstos em normas coletivas. Foi ressaltado nas conclusões do voto vencedor lido naquela sessão, inclusive, que as hipóteses que efetivamente tratam de *interpretação*, e não da *validade* das normas coletivas, não estariam abarcadas pela suspensão nacional determinada. Assim, hipóteses em que a norma coletiva, apesar de considerada válida, seja interpretada como não aplicável a determinado caso concreto, parecem extrapolar os limites da matéria abarcada no Tema nº 1.046 de modo que tais processos, portanto, não estariam abrangidos pela suspensão determinada.

Por outro lado, tal suspensão, nos termos da decisão do Supremo em interpretação debatida pela SBDI-1 do TST, somente abrangeria direitos *de origem não constitucional*, premissa muito relevante a se ter em conta, em se tratando de ramo do direito que envolve, na sua quase totalidade de debates, situações de alguma forma relacionadas a direitos sociais fundamentais. Nesse ponto, também não há dúvidas acerca do posicionamento do STF no mesmo sentido.

## DOCTRINA

Os dois aspectos salientados acima são de crucial relevância, a fim de não se desvirtuar a abrangência da suspensão nacional determinada pelo próprio STF, e são o que basta para afastar alguns dos dados alarmantes veiculados acerca da repercussão da decisão da SBDI-1 do TST. Até porque, para fins de identificar a matéria abarcada por cada processo, no caso da classificação dos pedidos formulados, sabe-se que nem sempre corresponde à realidade do processo, não guardando a precisão necessária em face da cumulação de pedidos que é característica às lides trabalhistas. De outra parte, a abordagem da controvérsia por meio das decisões proferidas ao longo do processo pode vir alterar, também, a conclusão acerca da aplicação ou não do Tema nº 1.046 do STF ao caso concreto. É o caso da hipótese em que, por exemplo, não tendo sido debatida na decisão a validade da norma coletiva, considera-se que não é aplicável à situação dos autos, em clara interpretação das cláusulas da transação.

Em relação à adoção de medidas para abrandar os possíveis impactos gerados pela suspensão nacional nos processos trabalhistas, questiona-se a possibilidade de realização de determinados atos em ações que envolvem matéria de suspensão nacional. Nesse ponto, há decisões do STF anteriores ao Código de Processo Civil, fincadas no art. 328 do RISTF. Em tais situações, foram excepcionados os processos que se encontravam em fase instrutória ou em fase de execução definitiva (decorrente de sentença com trânsito em julgado). Nesse sentido: RE 626.307 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.09.2010), RE 591.797 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.09.2010), RE 632.212-ED (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10.08.2011), e RE 590.415/SC (Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 04.10.2012).

Em relação à possibilidade de cisão dos pedidos e prosseguimento do feito em relação aos demais pedidos não abarcados no tema com determinação de suspensão nacional, tal questão, afeta à peculiaridade de alta carga fática e cumulação de pedidos frequente no processo do trabalho, ainda não foi levada especificamente ao crivo do Supremo. Contudo, as decisões do STF em reclamações constitucionais recentes, inclusive aquelas aqui já mencionadas envolvendo o Tema nº 1.046, têm determinado a suspensão do processo em sua totalidade, ainda que existentes pedidos em cumulação que não envolvem a matéria em suspensão. Eis o último arremesso jurídico a ser alcançado: coadunar as peculiaridades do processo do trabalho com um sistema de precedentes que se volta em sua construção, precipuamente, a outros ramos processuais é desafio que se impõe.

## 6 – Conclusão

Diante de todo o exposto, algumas conclusões iniciais acerca da suspensão nacional determinada em sede de repercussão geral podem ser pontuadas:

a) a suspensão nacional do art. 1.035, § 5º, do CPC não é automática, mas depende da análise do Ministro relator, caso a caso;

b) a matéria abarcada pela suspensão nacional em determinado tema de repercussão geral guarda relação com os contornos do próprio tema, fixados pelo acórdão que reconheceu o caráter constitucional da matéria;

c) as premissas fáticas do caso concreto podem ou não restringir a matéria abarcada pelo tema de repercussão geral e, portanto, pela suspensão nacional porventura determinada. O que vai determinar tal condição é a sua relação com o debate constitucional envolvido;

d) a matéria objeto da repercussão geral, expressa na ementa do acórdão em repercussão geral do ARE 1.121.633/GO (Tema nº 1.046 do STF), publicada no DJe de 23.05.2019, é atinente à *validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista não garantido na Constituição*, não envolvendo, contudo, situações de interpretação da transação coletiva sem discussão acerca de sua validade, tampouco situações que abordem direitos sociais de supedâneo constitucional.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 589.998 ED/PI*, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 05.12.2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *RE 598.889/PI*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 12.09.2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *RE 629.053*, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 10.10.2018, DJe 27.02.2019.

SIVOLELLA, Roberta Ferme; TRINDADE, Rodrigo. O direito do trabalho atual: de “démodé” ao protagonismo político e judiciário. *Revista de Direito: Processo e Trabalho*, São Paulo, Paixão, p. 9-31.

SURDAK, Christopher. *A revolução digital: os 12 segredos para prosperar na era da tecnologia*. São Paulo: DVS, 2018. 378 p. ISBN 978-8582891797.

Recebido em: 15/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# CONCILIAÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS: A EXPERIÊNCIA DO JUÍZO DE CONCILIAÇÃO DO TRT-BA

## *GLOBAL LABOUR AGREEMENTS: PRACTICES OF CONCILIATION IN THE LABOUR COURT OF BAHIA*

Jéferson Alves Silva Muricy\*

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira\*\*

**RESUMO:** O texto apresenta práticas de conciliação numa perspectiva da tutela coletiva. Inicia discutindo a importância da tutela coletiva no cenário de conflitos de massa. Apresenta a ideia e as diretrizes da conciliação global praticada no Tribunal do Trabalho da Bahia e o procedimento de formação de um acordo global, citando também os resultados do Juízo de Conciliação de Segunda Instância – JC2. Aborda um caso específico de um acordo global, discorrendo sobre as circunstâncias concretas e a dimensão de êxito da conciliação para, ao final, apresentar algumas conclusões sobre a conciliação coletiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela Coletiva. Conciliação Trabalhista. Acordo Global. Juízo de Conciliação.

*ABSTRACT: This paper presents practices of conciliation from a perspective of collective protection. It begins by discussing the importance of collective protection in the case of group conflict. It presents the idea and guidelines for global conciliation practiced in the Labour Court of Bahia and the process of reaching a global agreement, whilst also citing the results from the Court of Conciliation of Second Instance – JC2. It addresses a specific case of a global agreement, developing on the specific circumstances and the level of success of the conciliation, in order to end by presenting conclusions regarding collective conciliation.*

**KEYWORDS:** Collective Protection. Labor Conciliation. Global Agreement. Conciliation Court.

### Introdução

**N**a busca pela efetividade da prestação jurisdicional, todos os modelos processuais têm fomentado os meios alternativos à típica solução autoritativa adjudicada da sentença. No campo do processo comum,

---

\* Desembargador federal do trabalho; coordenador do JC2/CEJUSC2 do TRT; especialista em Direito Processual Civil; ex-defensor público e ex-procurador do Ministério Público do Trabalho.

\*\* Juiz do trabalho na Bahia; juiz auxiliar do JC2/CEJUSC2 do TRT5; professor adjunto da UFBA; especialista e mestre em Direito pela UFBA; doutor em Direito pela UFPR; membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.

a lei processual vigente concede evidente destaque às formas negociais para autocomposição dos litígios ao desenhar a estrutura e a dinâmica que conformam uma verdadeira política pública de promoção da solução consensual.

No campo trabalhista, a conciliação sempre foi o paradigma do modelo processual adotado, haja vista que, por exigência legal, deve ser impositivamente tentada em pelo menos duas oportunidades no procedimento trabalhista ordinário, além de estar sempre franqueada a qualquer momento (art. 764 da CLT). Por essas razões a autocomposição veio a obter na doutrina e na jurisprudência a qualificação de princípio do Direito Processual do Trabalho. Nesse aspecto histórico, a CLT inaugurou na tradição processual a conciliação como mecanismo sistêmico de solução consensual do conflito trabalhista.

Justamente pelo papel princípio e pela imperatividade no itinerário processual, é a área trabalhista com os melhores índices de conciliação do Poder Judiciário brasileiro. Segundo a edição de 2018 do relatório “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o índice nacional médio de conciliação é de 25% na Justiça do Trabalho, 18% na Justiça Estadual e 10% na Justiça Federal (CNJ, 2018, p. 138).

Apesar do considerável índice de conciliação, a solução consensual trabalhista vem sendo estudada e, sobretudo, promovida na dimensão do conflito individual, quando muitos dos litígios são originados coletivamente por circunstâncias ou decisões empresariais. Com o objetivo de enfrentar a raiz coletiva que gera tradicionalmente demandas individuais, identificam-se práticas de “conciliação coletiva”, o que permitiu, na semana da conciliação de maio de 2019, que o TRT-BA alcançasse 3.334 acordos no montante quase de 100 milhões de reais (notícia do *site* do TRT).

Na perspectiva de reflexão sobre práticas de conciliação coletiva, este texto inicia introduzindo o debate sobre a importância da tutela coletiva no cenário de conflitos de massa. Adiante, apresenta a ideia e as diretrizes da conciliação global para, no momento seguinte, discorrer sobre o procedimento de formação de um acordo global, citando também os resultados do Juízo de Conciliação de Segunda Instância – JC2 e sua pragmática de conciliação coletivizada. Elegendo um caso específico de um acordo global, discorre sobre as circunstâncias concretas e a dimensão de êxito da conciliação. Ao final, apresenta algumas conclusões sobre a conciliação coletiva.

## 1 – A coletivização do processo e a necessidade de coletivizar a conciliação

Independentemente do controvertido debate da modernidade, pós-modernidade (HARVEY, 2006) e suas intrincadas análises, é inescapável a premissa de que se vive numa sociedade de massas, marcada pela urbanização crescente, pela complexificação dos vínculos societários, pela diversificação dos modos de existência, de sociabilidade, de produção de bens e serviços, pelo adensamento das assimetrias, na qual as relações sociais e jurídicas são cada vez mais e mais marcantemente relações multitudinárias. Nos marcos desta sociedade aberta e plural, da qual emergem teias de relações sociais e jurídicas de incontáveis matizes, regradas por uma grande multiplicidade de padrões ordenadores e de cujo modelo de reprodução surgem as mais variadas demandas por bens, direitos e serviços. Os conflitos são produzidos em escala industrial, de modo que os litígios trazidos ao Judiciário são cada vez mais conflitos de massa<sup>1</sup>.

Apesar do relevo e alcance da tutela coletiva, quase não se fala e pouco se escreve sobre a coletivização da conciliação. Conquanto não esteja imune a muitas perplexidades, a tutela coletiva já está bem delimitada nas suas matrizes teóricas e está coberta por vasta literatura especializada em textos de autores na processualística nacional, a exemplo de Antonio Gidi, Rodolfo Mancuso, Ada Pellegrini Grinover, Teori Zavascki, além de muitos outros. Essa bibliografia aprofunda-se em temas como o da tutela de urgência, nos debates da competência territorial, nos efeitos territoriais da decisão e praticamente exaure o debate sobre a coisa julgada e a litispendência. Todavia, reina o mais absoluto silêncio acerca do tratamento coletivo da prática da conciliação.

O estoque processual brasileiro atual é o maior indicativo da escala industrial de produção de litígios. No Justiça em Números do CNJ, de 2018 (2019, p. 197), apurou-se que existem mais 80,1 milhões de processos na Justiça brasileira. Deste estoque processual, cerca de 29,1 milhões são de novos processos, ajuizados somente em 2017, com uma taxa de congestionamento líquida de 67,9%.

---

1 Há muito tempo atrás, José Carlos Barbosa Moreira elucidava que o cenário da tutela coletiva é justamente a natureza de conflitos em massas: “Realmente, as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e por que não, processo de massa?” (Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, 2010, p. 363).

Extrai-se disto que o Poder Judiciário recebe milhões de novos processos e não consegue julgá-los todos no mesmo ano, de tal maneira que, apesar dos esforços expendidos, o acervo de processos não julgados é assombroso. Este quadro de “milhões” é o maior sintoma da noção de “conflitos de massa”, o que reforça a importância e a urgência da consolidação de uma cultura de coletivização do modelo processual.

Nesta altura, é preciso frisar que a tutela coletiva transcende à mera somatória ou acumulação de ações individuais. A noção da tutela coletiva vai além da acumulação subjetiva de ações idênticas ou semelhantes para alcançar a dimensão social que esta junção de ações individuais representa<sup>2</sup>.

Como exemplo desta massificação de conflitos e das demandas por eles geradas, percebe-se que a insuficiência ou a interrupção do fornecimento de energia elétrica em certo bairro pode consolidar violação a direitos de uma multidão de consumidores, cristalizar demandas repetitivas e retratar, sob o aspecto processual, a dimensão coletiva ou massiva de lides. Salvo se ocorresse o agrupamento de diversos moradores vizinhos, esse conflito de massa seria enfrentado no “varejo” das dezenas ou centenas de ações individuais com, igualmente, diversas e provavelmente opostas decisões judiciais sobre os mesmos fatos, em flagrante situação de insegurança jurídica e instabilidade social.

Transposto para o Direito do Trabalho, tome-se como exemplo a despedida em massa de mil trabalhadores advinda do fechamento da empresa por crise econômica. Tal circunstância ensejaria, na dinâmica tradicional do individualismo processual, a propositura de centenas de reclamações trabalhistas individuais, com centenas de pedidos de tutela antecipada para fins de FGTS e seguro-desemprego, milhares de audiências com talvez alguns milhares de depoimentos de partes e testemunhas. Ao fim da fase cognitiva, o resultado seria uma quantidade enorme de decisões conflitantes ou díspares que, além de mobilizar uma massa imensa de esforço humano e de recursos materiais para sua produção, poderia gerar, para a sociedade, a sensação de que o Judiciário trata situações iguais de modo aleatório, independente e autônomo, tal qual uma “loteria”.

Justamente contra esse congestionamento das ações individuais idênticas e com os olhos na segurança jurídica, a tutela coletiva se apresenta como modelo processual para solução “coletiva” – com o perdão da redundância – de proble-

---

2 Com isso, o modelo da tutela coletiva revoluciona a concepção individualista de “legitimidade”. José Roberto Freire Pimenta (2009, p. 12) elucida que: “(...) poderão ser submetidos à cognição individual apenas por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica, para a defesa dos direitos ou interesses daquele conjunto de sujeitos interessados na satisfação daquele mesmo direito material controvertido, sem que todos eles devam estar pessoalmente presentes no processo”.

mas coletivos. Tratar de modo uniforme as demandas coletivas e, sobretudo, em um único processo representa a maximização da eficiência e efetividade do sistema processual. É esta a mudança de paradigma dos operadores do direito que se faz urgente, sobretudo sob o prisma da efetividade do direito e seu sistema judicial.

Nesta trilha, as ações coletivas apresentam, quando manejadas adequadamente, a diretriz da eficiência. Por serem ações “sem rosto” evitam, especialmente no Direito do Trabalho, o temor em acionar judicialmente certa pessoa, haja vista que a ação coletiva é capaz de proteger contra perseguições individualizadas e, assim, são aptas a enfrentar os problemas de massa. A tutela coletiva assegura meios fáceis e simples de “comparecimento a juízo”, via apresentação, representação ou mesmo delegação. Viabilizam a promoção de ações de pequeno valor, pois agrupados em quantidade. Por fim, garantem a unicidade de decisões sobre as mesmas matérias, realizando-se os princípios de segurança e igualdade jurídica.

O Direito do Trabalho desde sua gênese assumiu a perspectiva de “coletivização”, sobretudo, por meio da atuação sindical como substituto processual da categoria. Na própria CLT e na legislação correlata identificam-se modelos de ações atreladas à atuação coletiva. São amostras: a ação de cumprimento (art. 872, parágrafo único, da CLT) que reclama a efetivação de vantagens coletivas em favor de um agrupamento de trabalhadores; a substituição processual para cobrança dos adicionais de periculosidade e insalubridade (art. 195, § 2º, da CLT); e o dissídio coletivo (arts. 856 *usque* 875 da CLT). Aqui, convém frisar que o dissídio coletivo foi a primeira ação tipicamente coletiva prevista no ordenamento processual brasileiro.

A despeito do histórico e perfil coletivo, o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho na forma contemporânea que vêm sendo tratados, sobretudo nas decisões da Justiça do Trabalho, têm priorizado as reclamações trabalhistas individuais e até obstaculizado a ação coletiva. A dimensão coletiva, tanto nos modelos de gestão do fordismo e toyotismo, é o traço constitutivo do conflito trabalhista<sup>3</sup>. Apesar das transformações por que passam o mundo e nosso país, a cultura das ações coletivas é incipiente no Direito Processual do Trabalho brasileiro. Luiz Renault (2009, p. 56) tenta explicar:

---

3 No particular, o próprio Direito do Trabalho pode ser concebido sob o ângulo coletivo da “gestão do trabalho”, conforme arremate de José Roberto Freire Pimenta (2009, p. 26): “Se tais direitos trabalhistas, rotineiramente objeto de numerosas e repetitivas reclamações trabalhistas individuais (descumpridos, pelo mesmo empregador ou tomador dos serviços e decorrentes de origem em comum, configurando típico exemplo de direitos individuais homogêneos) possuem, na verdade, estatura e função constitucionais, devem, por isso, ser beneficiados por autêntico exemplo de uma tutela jurisdicional diferenciada pela via metaindividual (...)”.

“A resposta não é fácil, dependente que é de uma gama de fatores, que podem ser resumidos apertadamente da seguinte forma: a) fissura legislativa; b) cultura do demandismo individual, prevalente nos últimos anos, fruto de legislações individualistas; c) formalismo exagerado dos institutos processuais; d) vantagens econômicas para alguns grandes descumpridores da legislação trabalhista; e) falta de receptividade de novos instrumentos processuais pelos operadores do Direito – advogados, procuradores e juízes.”

A metodologia de avaliação da eficiência das Varas do Trabalho e das outras unidades do Judiciário, centrada na contagem unitária de processos, independentemente dos conteúdos temáticos ou da natureza coletiva destes, estimula e conspira para que os Juízes coloquem a tutela coletiva em um plano posterior e secundário em relação às ações individuais, quando deveria ocorrer o contrário. Os modelos de gestão focados em critérios simplesmente quantitativos, como os que dominam os órgãos de controle do Judiciário, produzem uma “corrida” produtivista que privilegia a aritmética da soma das unidades isoladas e estimula a priorização da pleora de ações individuais, quando poderia, com menos processos e mais aprofundamento meritório, enfrentar os mesmos litígios de massa em processos coletivos. A situação atual indica que o modelo de gestão quantitativa no Judiciário prejudica sobremaneira a tutela coletiva.

Além disso, é preciso rememorar a pretérita tradição hermenêutica trabalhista de restrição do manejo da tutela coletiva, sintetizada na antiga Súmula nº 310 do TST. Felizmente, o Supremo Tribunal fixou sua jurisprudência assegurando ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias (RE 210.029, Min. Joaquim Barbosa, 12.06.06), redirecionando a jurisprudência nacional para colocar o sindicato como ente legítimo para a defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes.

## 2 – A conciliação “global” como tutela coletiva da conciliação

A conciliação, tradicionalmente pensada e praticada na dimensão individual do conflito, é compreendida como um processo negocial e cooperativo para solução tópica do conflito existente em regra entre dois sujeitos com a intervenção de um terceiro equidistante<sup>4</sup>. Na sua dimensão coletiva, entretanto,

---

4 Nesta linha, Flávio Cooper (p. 105-106) define a conciliação como “Promoção de entendimento para a conclusão de ajustes, compromissos, contratos, tratados, convênios a fim de produzir efeitos jurídicos entre os interessados ou partes conflitantes, abrange os institutos da transação, da conciliação, da mediação, e até da orientação administrativa, existindo na modalidade direta (autônoma) ou indireta (heterônoma), nesta última quando interveniente um terceiro (Estado-juiz)”.

## DOCTRINA

a autocomposição tem como alvo possibilitar a negociação em procedimento único e integrado entre uma empresa ou um grupo destas, em regra sem acervo patrimonial e sem fluxo financeiro que assegurem o pagamento imediato do seu estoque de dívida, e os seus diversos credores, ainda que muitos destes não contem na atualidade com um título judicial exigível, de modo a estabelecer uma solução de compromisso que garanta a estes o recebimento num tempo razoável dos seus direitos e assegurem a preservação do empreendimento e do que ele representa em termos de emprego, renda e produção de bens.

No TRT baiano, o Juízo de Conciliação de 2ª Instância funciona como centro de conciliação em diversas fases processuais. De acordo com o previsto no art. 62, I, do Regimento Interno do TRT5, compete ao JC2 exercer as atribuições que objetivem a conciliação em precatórios. Além disso, a Resolução Administrativa nº 003/06 conferiu competência para a celebração de conciliações globais do setor privado na hipótese de requerimento de acordo envolvendo todos os processos, sejam da primeira ou da segunda Instância, de um único empregador. Com o Ato TRT5 nº 0174/2018, o Juízo de Conciliação de 2ª Instância funciona também como Centro Judiciário de Métodos Consensuais, com a designação JC2/CEJUSC2, responsável pela realização de audiências de mediação em processos individuais que tramitem no 2º grau e em fase de recurso de revista, nos moldes previstos na RA nº 174 do CSJT. Ademais, o JC2 atua também em mediações pré-processuais, bem como nas conciliações de processos coletivos, hipótese em que o acordo formalizado em um único processo beneficiará dezenas ou até centenas de trabalhadores substituídos.

Sob os 12 anos de vigência da Resolução Administrativa nº 06/06 do TRT5, o Juízo de Conciliação de 2ª Instância do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia vem realizando o que denomina de “conciliação global”, que consiste, em síntese, na reunião de todos os processos trabalhistas de uma mesma empresa ou grupo de empresas com problemas econômico-financeiros estruturais ou cíclicos e no estabelecimento de negociações com a massa dos trabalhadores envolvidos, inclusive seus advogados, sindicatos e outras formas de representação, com vistas à criação de um fundo de pagamento alimentado por pagamentos ordinariamente mensais para a quitação dos processos individuais que adiram a tal conciliação global.

No relatório do ano de 2018 do JC2 (p. 5), infere-se o seguinte conceito de acordo global:

“A conciliação global é a reunião provisória de processos com vistas à celebração de acordos que abranjam, senão a totalidade, a maior parte da dívida trabalhista em execução relativa a um mesmo reclamado.

## DOCTRINA

Configura, portanto, planejamento da forma de pagamento da dívida trabalhista, afastando ou reduzindo o risco de que a cumulação de execuções simultâneas conduza o reclamado à insolvência, em prejuízo não apenas da empresa e dos seus sócios, mas também da sociedade e dos próprios reclamantes que, diante da interrupção da atividade empresarial, poderiam não receber seus créditos.”

Com objetivo de preservar o funcionamento do empreendimento, e conseqüentemente a manutenção dos atuais empregos, e simultaneamente assegurar o pagamento do seu passivo de processos trabalhistas, a conciliação global harmoniza as ideias de manutenção da empresa e sua função social com a efetividade da jurisdição trabalhista. No “acordo global”, consegue-se, de modo racional e uniforme, solucionar uma coletividade de processos com economia, ao evitar atos repetitivos de execução em processos individuais.

São três os principais objetivos do “acordo global”:

a) Adoção de uma solução coletiva conciliada para o problema de um conjunto de processos trabalhistas, mediante um amplo processo negocial, com audiências públicas, formação de comissão de credores e tratamento uniforme e racional dos débitos trabalhistas de um mesmo devedor;

b) Preservação do funcionamento da empresa e, sobretudo, a manutenção de postos de trabalho em momentos de crise, tendo em vista que a solução individual e tradicional (expropriação de bens) poderia encerrar a atividade econômica e os contratos de emprego e, normalmente, não alcançaria valores suficientes para a quitação da totalidade do débito trabalhista;

c) Construção negociada de grupos de pagamento, conforme a dimensão dos créditos, a fim de garantir que todos os credores recebam a integralidade dos seus créditos trabalhistas atualizados em prazo razoável, concedendo-se preferência aos pequenos créditos.

Convém registrar que as conciliações globais, quando efetivamente possível o acordo, revelam-se importantes instrumentos de compatibilização entre o legítimo interesse do credor trabalhista em receber o que por direito lhe é devido e o interesse público e social na recuperação de empresas em dificuldades econômico-financeiras, evitando-se que o passivo trabalhista seja fator de inviabilização de empreendimentos geradores de empregos e progresso social.

Destaca-se que parte dos acordos celebrados no Juízo de Conciliação de Segunda Instância tem como característica o fato de configurarem espécie de ajuste entre a empresa devedora e seus exequentes, com vista a ser destinada mensalmente uma parte do faturamento empresarial a um fundo gerido pelo

Juízo, a débito do qual será quitado o passivo trabalhista conciliado. Os acordos realizados com essa sistemática evitam que a cumulação de execuções num mesmo período inviabilize financeiramente a executada, muitas vezes empresa sadia sob o aspecto econômico, permitindo, por um lado, que o empreendimento empresarial prossiga e continue a gerar empregos, renda e tributos, e, por outro, que todos os credores trabalhistas possam receber seus créditos na forma definida por eles próprios no acordo.

### **3 – A pragmática da conciliação “global” e os resultados do JC2**

O procedimento conciliatório global inicia-se, em geral, mediante petição do reclamado ao Juízo de Conciliação de Segunda Instância que, por seu turno, designa audiência para a qual são convocadas todas as partes envolvidas.

Um esclarecimento é necessário: as “conciliações globais” têm duas etapas bem distintas. A primeira fase, a da conciliação tipicamente coletiva, na qual participam com direito a voz e voto todos os trabalhadores interessados e seus representantes, que se destina a decidir se o acordo é possível e a estabelecer genericamente as bases, parâmetros e os meios para a quitação dos débitos trabalhistas presentes e futuros.

Nesta etapa, cada um dos credores trabalhistas da empresa envolvida, assim como suas entidades representativas, participa com a sua adesão ou recusa para a formação, em assembleias públicas de amplo conhecimento, da vontade do conjunto. A segunda, de cunho unicamente individual, na qual cada um dos credores na sua singularidade escolhe aderir ou não ao modelo negociado de quitação do passivo, tenha ou não participado do processo de conciliação universalizado.

Assim como ocorre nas conciliações individuais, o magistrado condutor de uma conciliação coletiva deve assumir uma postura proativa de avaliação formal e de conteúdo da composição<sup>5</sup>. Neste particular, é oportuna opinião de Adriana Sena (2007, p. 113-114):

---

5 No curso da ENAMAT sobre teoria do juízo conciliatório, recomenda-se (p. 96-97): “Ao juiz, incumbe verificar, além da regularidade formal do ato, também o seu conteúdo, notadamente no que tange a sua conveniência para as partes. O magistrado deve velar para que a conciliação celebrada, sob sua orientação, constitua-se ato eficaz para a produção dos efeitos queridos pelas partes. Por outro lado, o juiz deve negar homologação ao acordo que infrinja as normas de proteção e prejudique o empregado; que imponha ônus excessivo ao empregador, resultando em graves dificuldades para o seu cumprimento; que contenha prestações sucessivas de alongada extensão e/ou de difícil acompanhamento; que traga em si o germe de outras disputas; que valha para as partes alcançar fim defeso em lei (arts. 139, III, e 142 do CPC/2015)”.

## DOCTRINA

“(…) a atuação do magistrado é instrumento estatal de equalização jurídica das partes materialmente desiguais, além de controlar a aplicação das normas de ordem pública e de interesse da sociedade em geral (v.g. direitos indisponíveis, questões tributárias e previdenciárias). Assim, inexorável a conclusão de que o juiz do trabalho não é um mero ‘homologador passivo’ de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts. 125, III, e 129 do CPC), nem muito menos um espectador do que as partes querem e pretendem fazer no e do processo.”

Em razão da dimensão coletiva e em busca da conjugação dos interesses patronais e obreiros, deve o juiz intervir, sugerindo propostas equilibradas, inclusive baseadas no êxito de outras conciliações globais, evitando que um dos polos desta negociação atue com supremacia em relação ao outro, o que prejudicaria o equilíbrio, a ponderação e equivalência da composição.

Alcançado o acordo, geralmente as partes estipulam a criação de uma espécie de fundo a ser gerido pelo Juízo de Conciliação de Segunda Instância no qual será depositado, mensalmente, o valor ajustado, cabendo ao Juízo promover a distribuição entre os processos cujos titulares tenham aderido ao acordo, observados os termos da conciliação.

O acordo global prevê, em regra, que sua eficácia dependerá da edição, pelo Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho, de ato que impeça que outros credores, que porventura não aderiram ao acordo, executem valores do capital de giro, fato que inviabilizaria o cumprimento do pactuado. Em razão do descontentamento de alguns credores que se recusaram a aderir ao cumprimento coletivo das decisões judiciais e, por conseguinte, se submeterem às formas e prazos nele previstos, as conciliações mais recentes contam com aporte de quantia destacada para pagamento destes credores, conquanto na prática esta previsão tenha surtido eficácia mínima.

Nos últimos acordos globais firmados no JC2 no período de 2017-19, têm-se estabelecido algumas cláusulas de garantia, tanto com o objetivo de estímulo psicológico ao devedor para o adimplemento tempestivo, como medida de, caso inadimplida obrigação, abreviação da execução dos bens dados em garantia. Nestas conciliações globais, já são tradicionais cláusulas penais que, em regra, estipulam: acréscimo de 50% sobre a parcela em mora com a destinação revertida em favor da aceleração do pagamento dos processos listados na fila de pagamento; bloqueio via Bacenjud do valor inadimplido com a multa de 50% após 60 dias; e a desconstituição do acordo global diante da inadimplência por 90 dias.

## DOCTRINA

Foram incluídas novas cláusulas de garantias. A primeira diz respeito ao oferecimento espontâneo de bens imóveis ou móveis livres e desembaraçados, ou até o oferecimento de direitos futuros (crédito de ação judicial cível com proximidade do pagamento) ou repasse de faturamento diretos das empresas tomadoras para o JC2. Além disso, é prevista uma cláusula na qual a empresa compromete-se a cumprir a legislação trabalhista e manter os empregos, de modo a não ensejar novo passivo trabalhista, com a finalidade de cumprir a função social da atividade econômica.

Para fins de garantia do equilíbrio econômico do acordo e também evitar que os prazos de pagamento sejam muito alongados, os acordos globais são firmados, em regra, com vigência por 12 meses, admitidas renovações. Em alguns casos, são feitas audiências por semestre, por determinação *ex officio* ou a pedido das partes. É recorrente e eficaz que seja definida uma comissão de advogados de credores, a qual se incumbe de acompanhar de modo mais próximo a execução do acordo, inclusive examinando documentos internos da empresa, como balancetes, livros-caixa, faturas, entre outros.

É relevante consignar que as insurgências contra os acordos globais firmados no TRT5 foram rejeitadas pelas instâncias legítimas de revisão da atuação do JC2. As ementas abaixo indicam, além da legalidade e legitimidade, que essas conciliações coletivas são fórmulas negociadas que equilibram a preservação da atividade econômica com a criação de um mecanismo de efetividade do crédito trabalhista:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ACORDO GLOBAL. DESFAZIMENTO. Não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder por parte dos magistrados que conduziram a audiência de ID f6c0f7a. Muito ao contrário, apresentaram importantes elementos relativos ao andamento do acordo global de forma a permitir que os trabalhadores, autonomamente, decidissem a melhor maneira de proteger e garantir seus créditos alimentares decorrentes de decisões judiciais que transitaram em julgado, especialmente diante da não observância pelo impetrante daquilo que foi anteriormente acordado, sendo que ‘a cláusula 7ª do acordo global impõe’ o seu ‘desfazimento’ como ‘consectário lógico do mero inadimplemento’, não necessitando ‘sequer da aquiescência dos trabalhadores interessados’.” (Processo 0000306-13.2017.5.05.0000, Origem PJE, Relª Desª Margareth Rodrigues Costa, Órgão Especial, DJ 20.06.2017)

“ACORDO GLOBAL. O acordo global tem como finalidade não apenas a segurança dos direitos dos credores, mas também restaurar a saúde financeira do devedor, com repercussão favorável nas esferas so-

cial e educacional.” (Processo 0093700-96.2007.5.05.0009 AP, Origem Legado, Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Marizete Menezes, 3<sup>a</sup> Turma, DJ 30.08.2013)

“EXECUÇÃO FISCAL. ATO DO TRIBUNAL DETERMINANDO A SUSPENSÃO DE CONSTRIÇÃO SOBRE OS ATIVOS DA EXECUTADA. ACORDO GLOBAL CELEBRADO NO JUÍZO DE CONCILIAÇÃO DESTE REGIONAL A FIM DE QUITAR OS DÉBITOS, MANTER OS EMPREGOS E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE À POPULAÇÃO. PRIVILÉGIO DO CRÉDITO TRABALHISTA EM RELAÇÃO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE. Não se discute a liquidez e certeza do crédito tributário; contudo, não tem privilégio em relação ao trabalhista, dada a natureza alimentar deste, a teor do art. 186 do CTN. Diante disso, inexistente ilegalidade no ato deste Tribunal que determinou a suspensão de constrição sobre o patrimônio da executada pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a fim de assegurar o pagamento dos diversos créditos decorrentes de ações trabalhistas transitadas em julgado, por intermédio de acordo global junto ao Juízo de Conciliação de 2<sup>a</sup> Instância, bem como preservar a continuidade da empresa, evitar a dispensa de centenas de empregados e a continuidade na prestação dos serviços de saúde à população.” (Processo 0000018-42.2011.5.05.0011 AP, Origem Legado, Rel. Des. Cláudio Brandão, 2<sup>a</sup> Turma, DJ 11.07.2011)

No âmbito do TST, também se encontra jurisprudência favorável a tal reunião de processos e estabelecimento de sistema de pagamento do conjunto de débitos trabalhistas. Nos conhecidos casos dos clubes de futebol do Rio de Janeiro, foi ajustada a centralização das execuções com suspensão de atos de constrição e, em contrapartida, o pagamento mensal de aporte para o conjunto de processos, à semelhança da sistemática do acordo global. Nestes casos, o TST se mostrou favoravelmente à solução centralizadora, como se vê no seguinte trecho da decisão do Min. Rider de Brito exarada em reclamação correicional:

“(…) A reunião de autos de execuções é prática construtiva, pois tem como escopo a celeridade e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, concentrando as penhoras, incidentes e liquidações, além de possibilitar a satisfação do credor. Importará ao devedor suportar de forma menos gravosa as consequências dos atos executivos (art. 620 do CPC) e ao Judiciário sensível economia de atos jurisdicionais a serem praticados (...)” (Processo 1203686-38.2004.5.00.0000 RC, Min. Rider de Brito, DJ 18.05.04)

## DOCTRINA

Em desenvolvimento desta ideia de reunião de processos, suspensão de atos de constrição e pagamento de aportes mensais por parte de uma empresa devedora, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho criou a figura do Plano Especial de Pagamento Trabalhista – PEP, disciplinado no art. 4º do Provimento CGJT nº 01/2018.

Diante da experiência de mais de 13 anos como unidade de conciliação do JC2/CEJUSC2, é perceptível que essas conciliações coletivas são as mais exitosas, embora demandem tempo considerável na sua formação e nos atos de cumprimento. Como exemplo do êxito de um centro especializado em conciliação, que privilegia as conciliações coletivas, o JC2/CEJUSC2 homologou 5.567 (cinco mil quinhentos e sessenta e sete) acordos, em benefício de 9.887 reclamantes. Esses acordos totalizaram R\$ 210.102.637,22 (duzentos e dez milhões, cento e dois mil, seiscentos e trinta e sete reais e vinte e dois centavos).

No âmbito dos precatórios de Municípios do Estado da Bahia, foram conciliados 1.779 precatórios, com 3.029 reclamantes beneficiados e o montante negociado de R\$ 85.605.681,30 (oitenta e cinco milhões, seiscentos e cinco mil, seiscentos e oitenta e um reais e trinta centavos). No particular do Estado da Bahia, que aderiu ao regime especial de precatórios nos termos das Emendas Constitucionais ns. 62 e 99, 80 reclamantes tiveram os respectivos créditos quitados através da celebração de acordo, totalizando o montante R\$ 15.676.463,82 (quinze milhões, seiscentos e setenta e seis mil, quatrocentos e sessenta e três reais e oitenta e dois centavos).

Para as conciliações globais, o ano de 2018 também foi impactante. Tais conciliações globais abrangeram 3.119 (três mil cento e dezenove) processos com 5.486 (cinco mil quatrocentos e oitenta e seis) trabalhadores beneficiados. Em valores, esses acordos globais alcançaram a monta de R\$ 98.580.028,26 (noventa e oito milhões, quinhentos e oitenta mil, vinte e oito reais e vinte e seis centavos).

Para aprofundar o exame sobre a conciliação global, convém discorrer sobre o caso de uma instituição de ensino superior de Salvador.

### **4 – O caso da “Fundação Educacional”**

O acordo global citado, negociado entre representantes dos credores e a “Fundação Educacional” – nome real omitido em razão de o acordo continuar em cumprimento, formalizado em assembleia aberta com participação maciça dos trabalhadores envolvidos, visa permitir à fundação que continue a desempenhar, como faz já há algumas décadas, o relevantíssimo papel de oferecer educação

## DOCTRINA

superior a setores economicamente mais carentes da sociedade baiana, e lhe permita sobreviver à profunda crise econômica que desde os idos de 2014 se abate sobre o país e atinge profunda e violentamente às instituições educacionais que dependem do financiamento público através do FIES.

Desde então, a situação da Fundação, que já acumulava um débito considerável, se deteriorou imensamente. Apesar de ter como patrimônio apenas o prédio em que realiza as suas atividades pedagógicas, que é tombado pelo patrimônio histórico, a fundação acumulou dívidas que alcançam algumas vezes o valor do bem.

Desse modo, diante da dívida acumulada com os empregados do passado e do presente, da insuficiência do patrimônio para saudá-la e da falta de liquidez que lhe acomete, a única possibilidade de manter a fundação funcionando, formando profissionais de nível superior, foi celebrar o acordo para pagamento concursal dos créditos trabalhistas, segundo a ordem da data de ingresso da reclamação, de acordo com aportes financeiros feitos mensalmente em conta à disposição do Juizado. Dito aporte mensal é atualmente de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), será de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) a partir de janeiro de 2019, e deverá ser de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a partir de 2020.

Foi este fundo criado com os desembolsos mensais mencionados que permitiu, desde que o acordo global foi celebrado, que tenham sido pagos até agora cerca de metade dos 170 processos reunidos na conciliação global, cujo valor pago ultrapassa os R\$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil reais), embora haja uma dívida trabalhista remanescente nos cerca de 80 processos ainda pendentes no acordo que soma cerca de R\$ 10.800.000,00 (dez milhões e oitocentos mil reais).

Além do substancial valor pago, foi a conciliação global que possibilitou a manutenção da fundação em atividade, com a continuidade da oferta de emprego a professores, técnicos e auxiliares de toda ordem, bem como a sobrevivência desta instituição, a única genuinamente baiana no ramo de educação superior cuja finalidade não é de angariar lucro, e a permanência da prestação de serviços de educação superior à nossa comunidade.

Em tais casos, o acordo global e a unificação da execução evita ainda um mal maior, que é a recuperação judicial, a falência ou insolvência civil do devedor, cenário que tem se revelado o mais dramático para os trabalhadores, cujos mais de dois mil empregados dispensados sem receber sequer as parcelas rescisórias não têm nenhuma perspectiva de quando receberão os seus crédi-

tos, se é que algum dia de fato os receberão. É nesta medida que o Juizado de Conciliação tem atuado.

### 5 – Considerações finais

O exercício da jurisdição em qualquer modelo processual e em qualquer dos seus ramos tem como objetivo oferecer a tutela efetiva capaz de dar vida e realidade aos direitos ou interesses que a ordem jurídica abstratamente protege. É o que ocorre com o modelo do Direito Processual do Trabalho. A efetividade da jurisdição no subsistema trabalhista tem por escopo fundamental a realização no mundo empírico, e em prazo razoável, dos princípios e valores consolidados nas normas jurídicas que constituem o Direito do Trabalho, sobretudo aquele conjunto de valores que a Constituição Federal de 1988 afiança.

Por consequência, a solução consensual deve igualmente se pautar pela perspectiva da efetividade do Direito do Trabalho e não pela precarização ou ampla flexibilidade dos direitos trabalhistas em prejuízo evidente daqueles que se constituem no elo mais vulnerável desta corrente. Logo, o Juiz do Trabalho ou servidor que se encarregue do processo de conciliação deve assumir postura ativa e interferir sempre que a sua participação colabore para a construção de saída consensual realmente equilibrada e que não onere injustamente ou vilipendie os direitos de ninguém, particularmente daqueles aos quais este ramo do direito reconhecidamente promete proteger.

Os acordos globais, que estão no núcleo da política de conciliação do TRT5, são meios utilizados pela Justiça do Trabalho na Bahia para promover algo assemelhado à recuperação judicial de empresas e instituições cujo patrimônio é insuficiente ou que se encontrem em situação financeira de muita dificuldade, que de outro modo poderiam estar fadadas à ruína e liquidação na Justiça Comum. Utiliza-se como bases jurídicas da nossa atuação a própria Constituição Federal, que tem entre os seus princípios o da proteção à iniciativa privada, a preservação das unidades produtivas e dos empregos que ela contempla, as regras contidas na Lei de Recuperação Judicial e Falências e a regra consolidada que garante a prevalência do interesse coletivo sobre o individual.

Diante de 12 anos de práticas de conciliação coletiva, com naturais erros e acertos, constata-se que a intensa fiscalização do seu cumprimento e o monitoramento do volume da dívida conciliada são as chaves para manter o equilíbrio e sucesso do acordo global. Além disso, mostra-se cada vez mais produtora a qualificação das cláusulas de garantias, embora seja respeitada

## DOCTRINA

a singularidade dos casos concretos e a variabilidade das garantias oferecidas pelo devedor e aceitas pelos credores.

Conquanto seja desejável que se avance na construção de modelos de solução de conflitos que cada vez mais assegurem a possibilidade dos titulares dos direitos encontrarem por si mesmos, com liberdade e equilíbrio, a solução que de fato lhes pareça mais adequada para a resolução do conflito de interesses em que estejam envolvidos, os instrumentos de autocomposição não podem ser substitutivos forçados para a prestação jurisdicional retardatária e de baixa qualidade. Se é auspicioso, por um lado, que as formas de resolução consensual de conflitos sejam amadurecidas e disseminadas, é fundamental, por outro, que a prestação jurisdicional típica seja prestada com excelência e a tempo, pois isto é condição para que as conciliações resultem da escolha livre e consciente dos sujeitos parciais do processo.

### Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. Brasília: 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Acórdão no Processo 0000018-42.2011.5.05.0011 AP, Origem Legado, Rel. Des. Cláudio Brandão, 2ª Turma, DJ 11.07.2011.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Acórdão no Processo 0000306-13.2017.5.05.0000, Origem PJE, Relª Desª Margareth Rodrigues Costa, Órgão Especial, DJ 20.06.2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Acórdão no Processo 0093700-96.2007.5.05.0009 AP, Origem Legado, Relª Desª Marizete Menezes, 3ª Turma, DJ 30.08.2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Relatório anual do Juízo de Conciliação de Segunda Instância*: 2018. Salvador: TRT-5, 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. [Notícia] *Semana da Conciliação*: TRT5 movimenta quase R\$ 100 milhões com 3.304 acordos. Disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/noticias/semana-conciliacao-trt5-movimenta-quase-r-100-milhoes-com-3304-acordos>>. Acesso em: 17 ago 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Acórdão Processo 1203686-38.2004.5.00.0000*. Reclamação. Rel. Min. Rider de Brito. Brasília, DF, 18.05.04.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Provimento nº 1/CGJT, de 9 de fevereiro de 2018*. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 2415, p. 41-44, 15.02.2018.

COOPER, Flávio. Negociação. Conciliação. Mediação. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Org.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

FREIRE, José Roberto Pimenta Freire. A conciliação na esfera trabalhista: função, risco e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Org.).

## DOUTRINA

*Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 61, p. 189-190, jan./mar. 1991.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *A tutela metaindividual: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Tutela metaindividual: por quê? Por que não? In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *A tutela metaindividual: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, Juslaboris, v. 46, n. 76, p. 93-114, jul./dez. 2007.

Recebido em: 09/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O FUTURO DO TRABALHO

## *FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION AND THE FUTURE OF LABOR*

Marcelo Nogueira de Almeida Costa\*

Marcella Pagani\*\*

**RESUMO:** Neste artigo, é feita uma análise dos estudos mais recentes sobre o efeito da digitalização/automação no mercado de trabalho. Em virtude da Quarta Revolução Industrial, faz-se necessário um estudo interdisciplinar do impacto das inovações tecnológicas na economia e na sociedade. O trabalho se apoia na literatura existente sobre a matéria, com destaque para o estudo realizado pelos pesquisadores Carl Benedikt Frey e Michael Osborne (2013), da Oxford Martin School, inspirado em um *insight* do economista John Maynard Keynes e busca debater os caminhos pelos quais os robôs afetarão o emprego humano, a produtividade, a renda, o tempo de lazer e o padrão de vida dos trabalhadores no contexto da Revolução Informacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Automação. Desemprego. Desigualdade. Democracia.

**ABSTRACT:** *In this paper, an analysis is made of the most recent studies on the effect of computerisation/automation on the labor market. Due to the Fourth Industrial Revolution, an interdisciplinary study of the impact of technological innovations on the economy and society is necessary. The work is based on existing literature and was influenced by a quote of the economist John Maynard Keynes and intends to discuss the ways in which robots will affect human employment, incomes, leisure time and the living standards in the context of the Information Revolution.*

**KEYWORDS:** *Automation. Unemployment. Inequality. Democracy.*

### 1 – Breve histórico das revoluções industriais

**C**astells (1999, p. 71) afirma que ocorreram, pelo menos, duas revoluções industriais:

“A primeira começou pouco antes dos últimos 30 anos do século XVIII, caracterizada por novas tecnologias como a máquina a vapor,

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); especialista em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especializando em Neuropsicologia pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais.

\*\* Doutora e mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; professora universitária; advogada.

## DOCTRINA

a fiadeira, o processo Cort em metalurgia e, de forma mais geral, a substituição das ferramentas manuais pelas máquinas; a segunda, aproximadamente 100 anos depois, destacou-se pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, de produtos químicos com base científica, da fundição eficiente do aço e pelo início das tecnologias de comunicação, com a difusão do telégrafo e a invenção do telefone.”

O sociólogo espanhol destaca também a Revolução da Tecnologia da Informação, um evento que transformaria nossa cultura, sociedade e economia através de um novo paradigma tecnológico, organizado em torno da tecnologia da informação, processamento e comunicação e cujos impactos são o tema principal de seu livro *Sociedade em Rede*:

“Esse é [a revolução da tecnologia da informação], como este livro tentará mostrar, um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, que está induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.” (CASTELLS, 1999, p. 68)

Manuel Castells (1999, p. 108) aponta que o novo paradigma dessa Revolução Informacional “é que a informação é sua matéria-prima: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores”.

Nas primeiras revoluções industriais ou tecnológicas, novos conhecimentos, como a eletricidade, contribuíram para o desenvolvimento de novas tecnologias (motor elétrico). Na Revolução da Tecnologia da Informação, computadores potentes (tecnologias) são utilizados para analisar informações – como aconteceu na decodificação do DNA. Existe, portanto, uma convergência tecnológica que gera uma interdependência em campos que antes não eram integrados.

A Revolução da Tecnologia da Informação, segundo Castells (1999), teria começado no pós-guerra quando se deu a invenção de computadores programáveis, transistores, *softwares* e internet.

O economista alemão Klaus Schwab (2016, p. 16), criador do Fórum Econômico Mundial, acredita que, no século XXI, está acontecendo a Quarta Revolução Industrial, e que, portanto, já ocorreram três revoluções industriais:

“A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século

XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (décadas de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990).”

Schwab (2016) afirma que as tecnologias digitais ou da informação, “fundamentadas no computador, *software* e redes”, que é o que Castells (1999) aponta como fundamentos da Revolução Tecnológica da Informação, estão causando rupturas à terceira revolução industrial ou revolução digital, porque, segundo ele, “estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, consequentemente, transformando a sociedade e a economia global” (SCHWAB, 2016, p. 16).

Schwab (2016, p. 16) diferencia a Quarta Revolução Industrial da Revolução Digital devido ao amplo escopo desta:

“A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.”

Schwab (2016) aponta alguns critérios que diferenciam a Quarta Revolução Industrial das anteriores: velocidade, amplitude e impacto sistêmico. Segundo ele, a Quarta Revolução Industrial evolui exponencialmente, enquanto as outras Revoluções se desenvolveram de forma linear. A Revolução Digital serve de base de apoio, uma vez que, para o surgimento das inovações tecnológicas, é necessário um grande poder computacional para analisar *big data*, criar algoritmos e inteligência artificial.

O que Klaus Schwab denomina Quarta Revolução Industrial guarda íntima conexão com o paradigma da tecnologia da informação estudado por Castells. Manuel Castells, de certa forma, previu o que ocorreria no século XXI, enquanto Schwab analisa os eventos atuais e aponta as possíveis consequências:

“Em resumo, o paradigma da tecnologia da informação não evolui para seu fechamento como sistema, mas rumo à abertura como uma rede de acessos múltiplos. É forte e impositivo em sua materialidade, mas adaptável e aberto em seu desenvolvimento histórico. Abrangência, com-

plexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos.” (CASTELLS, 1999, p. 113)

A tecnologia, portanto, não é neutra. Os Estados Unidos lançaram, no final de 2016, ainda sob a Administração Obama, o relatório *Artificial Intelligence, Automation, Economy*<sup>1</sup> em que apontam que os benefícios econômicos potenciais da AI não serão distribuídos uniformemente na sociedade, diferentemente da Revolução Industrial do século XIX em que os *unskilled workers* foram beneficiados, uma vez que a sua produtividade aumentou em comparação com os artesãos, que eram os trabalhadores mais qualificados, cujas habilidades se tornaram obsoletas. Houve inclusive um aumento do salário real dos *unskilled workers* e um declínio na desigualdade.

Segundo este relatório, a mudança tecnológica recente (computadores e internet, no século XX e Inteligência Artificial, no século XXI) tende a afetar a força de trabalho de uma forma diferente do que ocorreu no século XIX, aumentando a produtividade relativa dos trabalhadores mais qualificados, eliminando ou diminuindo a demanda por ocupações que exijam trabalhos repetitivos ou tarefas rotineiras.

## 2 – Novas tecnologias, trabalho e desemprego

Dois pesquisadores da Oxford Martin School, Carl Benedikt Frey e Michael Osborne (2013), em seu trabalho *The Future of Employment*<sup>2</sup>, citam Schumpeter e ilustram o pensamento desse economista austríaco com uma história que ajuda a visualizar os impactos da automatização na sociedade.

A frase de Schumpeter (1962 *apud* FREY; OSBORNE, 2013) é: “não foi a falta de ideias criativas que estabeleceu os limites para o desenvolvimento econômico, mas em vez disso poderosos interesses sociais e econômicos que buscavam promover o *status quo* tecnológico”<sup>3</sup>. A história que a ilustra é a seguinte:

“Isto é bem ilustrado pela história de William Lee, ao inventar uma máquina de tricô em 1589, na esperança de aliviar trabalhadores manuais de tricô. Buscando proteção de patente para seu invento, ele viajou para Londres, onde ele tinha alugado um prédio para a sua máquina ser vista

---

1 Executive Office of The President of The United States, 2016.

2 Sem tradução em português.

3 “It was not the lack of inventive ideas that set the boundaries for economic development, but rather powerful social and economic interests promoting the technological *status quo*.” (SCHUMPETER, 1962)

## DOCTRINA

pela rainha Elizabeth I. Para sua decepção, a Rainha estava mais preocupada com o impacto de sua invenção sobre o emprego e se recusou a conceder-lhe uma patente, alegando que: ‘Você foi muito ambicioso, considere o que a sua invenção poderia fazer para os meus súditos pobres. Traria ruína a eles, privando-os de emprego, tornando-os mendigos’ (citado em Acemoglu e Robinson, 2012, p. 182F). O mais provável é que a preocupação da Rainha foi uma manifestação dos *hosiers*, guildas que temiam que a invenção faria as habilidades artesanais de seus membros se tornar obsoletas. A oposição das guildas era de fato tão intensa que William Lee teve que deixar a Grã-Bretanha.” (FREY; OSBORNE, 2013, p. 7, tradução nossa)

A história descreve bem a relação problemática entre novas tecnologias, Estado e sociedade, tema que será discutido neste tópico. O final dessa história, a fuga do inventor para outro país, mostra a importância do ambiente institucional e das condições sociais para o desenvolvimento tecnológico e remete ao que o historiador Joel Mokyr aponta como um dos motivos da Revolução Industrial ter ocorrido na Inglaterra e não na China. Mesmo não sendo um trabalho histórico sobre as Primeiras Revoluções Industriais, vale a pena citar, brevemente, um trecho da sua entrevista ao *The Washington Post*:

“Eu acho que essa é a grande diferença. Não é apenas o fato de a China não ter tido uma Revolução Industrial, ela também não teve um Galileu, um Newton ou Descartes, pessoas que anunciaram que tudo que seus predecessores haviam anunciado estava errado. Isso é difícil de realizar em uma sociedade, mas era mais fácil de fazer na Europa do que na China. A razão, precisamente, é porque a Europa era fragmentada e, portanto, quando alguém dizia algo muito novo e radical, se o Governo decidisse que ele era um herege e ameaçasse processá-lo, eles embalavam sua mala e iam para o outro lado da fronteira.” (SWANSON, 2016, tradução nossa)

Luc Ferry (2015, p. 24-25), citando o economista francês Nicolas Bouzou, em sua análise de Schumpeter, tem uma visão otimista do impacto dessas inovações a médio prazo na sociedade:

“A destruição criadora sacode o corpo social permanentemente. Quanto mais forte é o crescimento, mais o corpo social é sacudido. Sem crescimento, porém, as condições de vida não melhoram. Certamente, a desestruturação do corpo social é proporcional à amplitude das ondas de inovação. Elas atingem seu paroxismo quando aparecem o que os americanos chamam de *general purpose technologies*, o que se traduz

como tecnologias multiuso. Trata-se de tecnologias que têm impacto não apenas no seu setor de origem, mas no conjunto da economia. É o caso da máquina a vapor, da eletricidade, da informática, as nanotecnologias. (...) Somente após vários decênios é que seus campos de aplicação se tornam evidentes. É então que essas tecnologias geram inovações secundárias, novos empregos e salários mais altos. Fala-se, então, de síntese inovadora.”

Luc Ferry é otimista quanto à “destruição criativa” e à “síntese inovadora”, mas aponta impactos negativos das novas tecnologias em um primeiro momento: “desestruturação permanente do corpo social, flexibilidade inquietante, desemprego aumentado, desigualdades e reconversões difíceis, logo valorização dos diplomas e das qualificações de ponta” (FERRY, 2015, p. 25).

Klaus Schwab (2016, p. 41) ressalta o impacto positivo das inovações no crescimento econômico, mas também discute o seu possível impacto negativo no mercado de trabalho, ao menos no curto prazo:

“Os temores dos impactos da tecnologia sobre os empregos não são novos. Em 1931, o economista John Maynard Keynes alertou sobre a difusão do desemprego, ‘pois nossa descoberta dos meios de economizar o uso de trabalho ultrapassa o ritmo no qual podemos encontrar novos usos para o trabalho’. Provou-se que isso estava errado, mas e se isso mostrar-se verdadeiro dessa vez?”

Schwab (2016) acredita que as inovações tecnológicas alterarão profundamente a natureza do trabalho em certos setores e ocupações e aponta as características próprias da Quarta Revolução como causa dessa disrupção: evolução em ritmo exponencial, a convergência das tecnologias, o impacto sistêmico em empresas, países e na economia global.

O economista criador do Fórum Econômico Mundial indica o estudo dos já citados pesquisadores da Oxford Martin School que afirmam que cerca de 47% do emprego total nos Estados Unidos está em risco de automatização nas próximas duas décadas (FREY; OSBORNE, 2013) e também de polarização:

“O emprego crescerá em relação a ocupações e cargos criativos e cognitivos de altos salários e em relação às ocupações manuais de baixos salários; mas irá diminuir consideravelmente em relação aos trabalhos repetitivos e rotineiros.” (SCHWAB, 2016, p. 44)

Os pesquisadores de Oxford (Carl Benedikt Frey e Michael Osborne) em seu estudo *The Future of Employment*, citando o trabalho de Brynjolfsson e McAfee (2011), afirmam que “o ritmo da inovação tecnológica está fazendo

com que *softwares* sofisticados causem uma disrupção dos mercados de trabalho, fazendo com que trabalhadores sejam redundantes” (FREY; OSBORNE, 2013, p. 4, tradução nossa).

Carl Benedikt Frey e Michael Osborne (2013, p. 5) exemplificam o pensamento acima em seu estudo ao analisar os carros autônomos do Google que, até pouco tempo atrás, eram considerados impossíveis de serem fabricados devido à dificuldade de “replicar o comportamento dos motoristas” (tradução nossa).

“Os carros autônomos desenvolvidos pela Google, fornecem um exemplo de como tarefas manuais em transporte e logística em breve poderão ser automatizadas. Na seção ‘No domínio depois do domínio, computadores na frente da corrida’, eles enfatizam o quão rápidos estes desenvolvimentos têm se atualizado. Menos de 10 anos atrás, no capítulo ‘Por que as pessoas ainda são importantes’, Levy e Murnane (2004) apontaram para a dificuldade de replicar a percepção humana, afirmando que a condução no trânsito é insuscetível à automação: ‘Mas a execução de uma curva à esquerda contra o tráfego que se aproxima envolve tantos fatores que é difícil imaginar a descoberta do conjunto de regras que podem replicar o comportamento de um motorista (...)’. Seis anos depois, em outubro de 2010, o Google anunciou que tinha modificado vários Toyotas Prius para serem totalmente autônomos.” (BRYNJOLFSSON; MCAFEE, 2011 *apud* FREY; OSBORNE, 2013, p. 5-6, tradução nossa)

Uma pessoa que trabalhou 20 anos em uma atividade repetitiva que exigia poucos estudos ou conhecimentos técnicos avançados teria dificuldade de se reinventar, adquirindo habilidades necessárias para disputar empregos em cargos com maior exigência cognitiva e criativa, o que leva à discussão a respeito dos meios que facilitariam a transição do emprego.

### 3 – Automatização e indústria

Richard Kozul-Wright, diretor da *Division on Globalization and Development Strategies* da UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) aponta em seu relatório *Robots and Industrialization in Developing Countries*<sup>4</sup> que o impacto da automatização na indústria gerará efeitos diferenciados em relação a países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

---

4 KORZUL-WRIGHT, 2016.

## DOCTRINA

Kozul-Wright (2016) acredita que as narrativas dos otimistas e dos pessimistas em relação ao efeito da robotização em países desenvolvidos são coerentes e podem estar ocorrendo simultaneamente:

“Os otimistas afirmam que quaisquer efeitos adversos serão de curta duração e que os robôs podem ajudar a superar as reduções no crescimento da produtividade e aumentar a renda dos trabalhadores e o bem-estar. Os pessimistas apontam para o ritmo acelerado e o aumento do escopo de novos avanços tecnológicos e afirmam que, devido aos seus microprocessadores, os robôs podem exigir apenas um pequeno número de trabalhadores qualificados para sua operação, em vez da exigência de um grande número de trabalhadores de baixa qualificação que complementou avanços tecnológicos, como a máquina a vapor. Ambas as narrativas são coerentes e podem realmente estar ocorrendo simultaneamente, com benefícios decorrentes do crescimento da produtividade e para trabalhadores mais qualificados e proprietários de robôs, enquanto os trabalhadores com menos qualificação correm o risco de serem empobrecidos.” (tradução nossa)

Korzul-Wright (2016) acredita que os efeitos da automação sobre países em desenvolvimento podem ser muito mais profundos, uma vez que muitos desses trabalhos já desapareceram nos países desenvolvidos. Citando um relatório do Banco Mundial, ele afirma que cerca de 2/3 dos empregos estão em risco.

A automação crescente pode minar a tradicional vantagem dos países em desenvolvimento; a grande oferta de mão de obra barata, o que pode facilitar o *reshoring*; a volta das indústrias a seus países de origem (países desenvolvidos).

Korzul-Wright (2016) afirma que, nos países desenvolvidos onde ocorreu o *reshoring*, quase não houve criação de postos de trabalho e os que foram criados concentravam-se, principalmente, em atividades que necessitavam de altas habilidades, o que levou a uma polarização da renda, acompanhada de investimento de capital em robôs.

Esses mesmos efeitos são apontados por Lora Kolodny (2016), em seu artigo para o *Techcrunch*, que também analisa o relatório da UNCTAD:

“Mas quando a fabricação industrial retorna aos estados (*reshoring*), os trabalhos não estão vindo com ele em números elevados. A automação deixou trabalhadores em países em desenvolvimento sem emprego, observa o relatório, e os EUA enfrentam a mesma perspectiva. As empresas que criam robóticas interessantes que estão ‘roubando’ empregos de pessoas, aqui ou no exterior, estão atraindo *seed* e capital

## DOCTRINA

de risco. Não são apenas *startups*. Grandes marcas como a Nike e a Adidas derrubaram empreiteiros e abraçaram a robótica e a impressão 3D para fazer seus sapatos. Grandes fazendas há muito tempo empregam robôs no campo e grandes companhias como Amazon e UPS dependem fortemente de robôs para logística e armazenagem.” (tradução nossa)

Lora Kolodny em sua análise do relatório da UNCTAD faz importantes observações de como o *reshoring* pode ajudar as empresas a evitarem o que ela chama de “dores de cabeça” (algumas de natureza jurídica/legal) e, portanto, pode se tornar cada vez mais presente:

“O relatório da UNCTAD explicou que ‘o aumento do uso de robôs em países desenvolvidos desgasta as vantagens tradicionais dos custos de mão de obra dos países em desenvolvimento’, e já está tendo um impacto global. Os robôs não aumentam apenas a produtividade. Eles podem ajudar as empresas a simplificar todos os tipos de dores de cabeça associadas com a criação de lojas no exterior. Um fabricante terceirizado para fornecedores ou a contratação de empregados além-fronteiras terá que lidar com os custos de gestão de pessoas, *design*, qualidade, segurança, alfândega e logística, *compliance*, propriedade intelectual de longe. *Reshoring* torna-se mais atraente com cada avanço tecnológico em robôs, uma vez que reduz os custos administrativos e legais, bem como os custos de mão de obra.” (KOLODNY, 2016, tradução nossa)

O pesquisador da UNCTAD acredita que em países em desenvolvimento (como aconteceu em países desenvolvidos), a implementação de robôs na força produtiva pode levar, pelo menos inicialmente, à criação de empregos em atividades que exigem altas habilidades cognitivas, em detrimento de trabalhadores que exercem atividades repetitivas e trabalhos que exigem poucas habilidades técnicas, o que levaria a uma discussão fiscal, que segundo ele está aberta, sobre a questão da transferência de renda para trabalhadores que se tornarem redundantes em virtude da automação.

“Claramente, sem a introdução de um imposto maior sobre robôs como capital de equipamento, a fabricação baseada em robôs não pode aumentar as receitas fiscais necessárias para financiar as transferências sociais para apoiar os trabalhadores despedidos por robôs e os salários mínimos, para conter um declínio nos padrões de vida dos trabalhadores com baixa qualificação e média qualificação.” (KORZUL-WRIGHT, 2016, tradução nossa)

David Rotman, editor do *MIT Technology Review* analisa como as inovações tecnológicas mais recentes estão sendo aplicadas nas indústrias. Ele afirma que os robôs estão sendo usados para tornar os trabalhadores mais produtivos e exemplifica sua opinião analisando os robôs Kiva que trabalham na Amazon:

“Pegue, por exemplo, o robô Kiva, brilhante-alaranjado, uma bênção para as empresas de *e-commerce* incipientes. Criado e vendido pela Kiva Systems, uma *startup* que foi fundada em 2002 e comprada pela Amazon por US\$ 775 milhões em 2012, os robôs são projetados para correr em grandes armazéns, buscar *racks* de produtos encomendados e entregar os produtos para os seres humanos que embalam as encomendas. No grande armazém de demonstração da Kiva e nas instalações de montagem em sua sede fora de Boston, as frotas de robôs movem-se com energia aparentemente interminável. Um armazém equipado com robôs Kiva pode lidar com até quatro vezes mais pedidos que um armazém semelhante não autorizado, onde os trabalhadores podem gastar cerca de 70% de seu tempo caminhando para recuperar bens.” (ROTMAN, 2013, tradução nossa)

Apesar dessa tecnologia surpreendente, David Rotman comenta que a Kiva está contratando. Apesar da maior parte das vagas serem para engenheiros de *software*, ele ressalta que funções simples como empacotar vários itens juntos, que são facilmente realizadas por seres humanos, podem ser muito difíceis de serem realizadas de forma eficaz por robôs dotados de inteligência artificial, o que é um exemplo da necessidade de trabalho humano, até em tarefas simples:

“Embora avanços como esses sugerem como alguns aspectos do trabalho podem estar sujeitos à automação, eles também ilustram que os seres humanos ainda se destacam em certas tarefas – por exemplo, empacotando vários itens juntos. Muitos dos problemas tradicionais da robótica – como ensinar uma máquina a reconhecer um objeto como, uma cadeira – são em grande parte intratáveis e especialmente difíceis de resolver quando os robôs estão livres para se movimentar em um ambiente relativamente desestruturado, como uma fábrica ou escritório.” (ROTMAN, 2013, tradução nossa)

Nannete Byrnes (2016) traz dados sobre a impressionante automação em uma fábrica da BMW, que, em apenas duas décadas, conseguiu automatizar o trabalho realizado no corpo do carro, como pintura, de uma taxa de 30% para 99%:

## DOCTRINA

“Duas décadas atrás, quando esta planta abriu, o *body shop* estava cheio de soldados humanos soldando juntos o enquadramento do carro. Hoje é um lugar mal iluminado onde grandes braços robóticos, ligando e desligando sem a assistência humana, facilmente levantam corpos de carros pesados, de aço e alumínio como cegonhas gigantes laranja. Quando a planta abriu, os robôs faziam 30% do trabalho na *body shop*. Agora eles fazem 99% dele. As poucas pessoas que você vê, estão, principalmente, entregando componentes que os robôs precisam e verificando bancos de monitores de computador que rastreiam o trabalho das máquinas.” (tradução nossa)

Nannete Byrnes (2016) também diz que existem atividades na linha de montagem, que devido a seu grau de “destreza e flexibilidade” são realizadas por humanos e que ainda não foram dominadas por robôs, tarefas manuais que vão desde instalação do tanque e linhas de combustível, até o teste do veículo.

David Rotman (2013) cita ainda David Autor, um economista do MIT, que estuda as conexões entre empregos e tecnologia e que também afirma que está ocorrendo uma polarização da força de trabalho:

“Pelo menos desde a década de 1980, ele diz, os computadores têm assumido cada vez mais tarefas como escrituração, trabalho de escritório e empregos de produção repetitiva na manufatura – todos os quais tipicamente proporcionavam salários de classe média. Ao mesmo tempo, proliferam empregos com maior remuneração, que exigem habilidades criativas e de resolução de problemas, muitas vezes auxiliados por computadores. Portanto, têm trabalhos de baixa habilidade: a demanda aumentou para os trabalhadores de restaurantes, zeladores, auxiliares de saúde em casa e outros que prestam serviços que é quase impossível de automatizar. O resultado, diz Autor, tem sido uma ‘polarização’ da força de trabalho e um ‘esvaziamento’ da classe média – algo que tem acontecido em vários países industrializados nas últimas décadas.” (tradução nossa)

O novo modelo industrial tem vários nomes, Indústria 4.0, “fábricas escuras”, indústria da Internet das Coisas (IoT – *Internet of Things*).

Jeffrey Carbeck, consultor do Fórum Econômico Mundial, define a Indústria 4.0 como uma “integração da Internet das Coisas (IoT, em inglês), tecnologias como robótica, *big data*, computação de alto desempenho, materiais avançados e realidade aumentada” (VIALLI, 2016) e aponta a empresa de barbeadores Phillips, na Holanda, que funciona com 128 robôs e apenas 9 empregados, como uma “fábrica escura autêntica”. O termo “fábrica escura”

vem de ser desnecessária iluminação em uma fábrica com apenas alguns funcionários, onde o trabalho é realizado na sua maior parte por robôs.

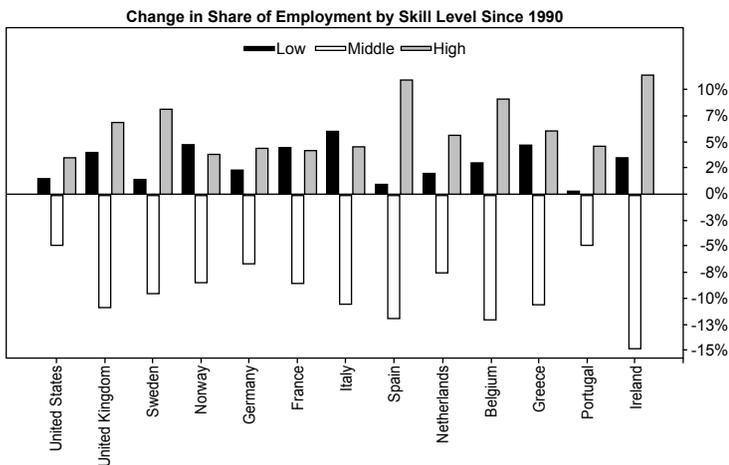
Carbeck (2016) também informa que existe uma tendência de automação de atividades repetitivas, que se acentuará com a Indústria 4.0, mas aponta uma maior necessidade de trabalho qualificado em áreas ligadas à tecnologia, o que indica, portanto, uma tendência de polarização ou até mesmo a redundância de certos trabalhadores frente às novas tecnologias de inteligência artificial.

#### 4 – Quarta revolução industrial, desigualdade, democracia

Matéria do *Business Insider* aponta que o declínio dos *middle-skill jobs* nos Estados Unidos e na Europa se deu em face da Globalização, “devido a perda de empregos para outros países e em virtude da tecnologia” (LEVY; TURNER, 2016, tradução nossa). O que inclusive pode ajudar a entender dois dos episódios políticos mais importantes de 2016, o Brexit e a eleição de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos, uma vez que os que votaram a favor da saída da Grã-Bretanha da União Europeia e a favor de Donald Trump, na eleição americana, estão ambos dentro do perfil dos que sofreram com redução dos *middle-skill jobs* ou com a estagnação da renda.

Segundo Rachael Levy e Matt Turner, do *Business Insider*, o gráfico a seguir foi feito com *big data* do economista David Autor, do MIT, e aponta que desde a década de 1990, os *middle-skill jobs* vêm sofrendo um declínio considerável em vários países desenvolvidos.

Gráfico 1



Fonte: LEVY; TURNER, 2016.

Levy e Turner (2016) fazem uma análise muito interessante sobre a relação da eleição de Trump e do Brexit com esse declínio:

“Que populações tendem a votar em Trump? Homens brancos, tipicamente com mais de 45 anos, tipicamente sem um diploma universitário, que acreditam que a economia está em má forma e que o efeito do comércio exterior é tirar empregos da América. No Reino Unido, é uma história semelhante. Os eleitores de Brexit eram tipicamente de 45 anos ou mais e não permaneceram na instrução além da High School. Em outras palavras, os indivíduos que, em anos passados, poderiam ter tomado um aprendizado e encontrar seu caminho para um trabalho técnico de média habilidade, mas foram substituídos nos últimos anos por trabalhadores estrangeiros ou robôs.” (tradução nossa)

O Brexit e a eleição de Trump são exemplos claros de surtos nacionalistas-protecionistas, como reação aos efeitos da Globalização. Mas a automação decorrente da Quarta Revolução Industrial ainda não recebeu a devida atenção dos representantes políticos e é fundamental para entender essa redução dos *middle-skill jobs*. É difícil pensar em uma solução em que a política não seja necessária, apesar da ineficiência dos Estados-nação em lidarem com problemas econômicos globais, propondo soluções locais para esses problemas, uma vez que só têm soberania dentro de suas fronteiras. Em um mundo de interdependência financeira e circulação globalizada de capitais de investimento, “realizar a promessa de segurança” e evitar o caos/incerteza social fica, de maneira obstinada, além do alcance e da capacidade de Estados territorialmente confinados” (BAUMAN, 2015, p. 23).

Carl Benedikt Frey e Thor Berger (2016, p. 18) fazem uma importante observação sobre a dificuldade de se mensurar qual o impacto da tecnologia sobre o emprego, em relação à Globalização (*offshoring*):

“No entanto, desembaraçar os impactos da tecnologia e do comércio sobre os ganhos e o emprego é difícil, principalmente porque a rápida mudança tecnológica associada à revolução da computação e a mais recente expansão do comércio internacional são em grande parte eventos contemporâneos.” (tradução nossa)

Frey e Berger (2016) concluem que a Globalização é parcialmente culpada pelo aumento do desemprego na OCDE, mas que o aumento da desigualdade salarial se deve à especialização de trabalhos rotineiros, o que facilita a automação tecnológica ou digitalização, que resultou em uma polarização da força de trabalho.

Sir Angus Deaton, economista vencedor do Prêmio Nobel de 2015, em artigo para a revista *Scientific American Brasil*, “A sociedade civil vai resistir? A ameaça da desigualdade” afirma que a desigualdade ao se tornar uma questão política, pode levar ao surgimento de políticos que ameaçam a democracia liberal.

“Quando qualquer crescimento existente não é compartilhado, surgem novos problemas. Aqueles que são deixados para trás podem ser pacientes quando estão ganhando algo, mas se suas rendas ficam estáveis ou declinam, eles provavelmente não continuarão pacientes por muito tempo. A desigualdade se torna uma questão política. Idealmente, essa insatisfação trará mudanças políticas. Mas se o sistema político só é sensível às necessidades dos ricos – algo que parece verdade no Congresso americano – há uma ameaça direta à estabilidade política e, por fim, à própria democracia. Se os principais partidos políticos não oferecem nada aos excluídos, eles podem se voltar para remédios políticos ou candidatos que ameaçam a democracia liberal.” (DEATON, 2016, p. 54)

Deaton (2016) prevê um processo difícil de reversão dessa desigualdade, inclusive em países ricos, onde existem “agressivas políticas de bem-estar social” e afirma que os efeitos positivos, a médio prazo, que tradicionalmente aparecem em virtude do progresso técnico, da automação e da globalização “parecem ter criado um processo no qual os benefícios nunca aparecem [para os trabalhadores temporariamente afastados], ou vão apenas para estrangeiros ou para os proprietários das máquinas” (DEATON, 2016, p. 55).

Angus Deaton (2016) se mostra preocupado com o nível de desigualdade atual, mas recomenda cautela nas intervenções e acordos sociais, que talvez terão que ser repensados, mas que devem ter em mente que sem progresso técnico não há aumento na prosperidade. Ele também ressalta que, historicamente, esses temores já se mostraram infundados ao longo do tempo, mas que muitos economistas estão preocupados. Em entrevista posterior ao *Financial Times*, o economista britânico defendeu os efeitos positivos da Globalização, responsável por tirar cerca de um bilhão de pessoas da pobreza e afirmou que não vê em nenhum lugar a Globalização como uma ameaça maior do que os robôs, e ainda menciona o tamanho da ruptura no mercado de trabalho que representam os automóveis autônomos<sup>5</sup>.

---

5 Disponível em: <<https://www.ft.com/content/bbf54b3e-c5f3-11e6-9043-7e34c07b46ef>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

## 5 – O surgimento de uma classe redundante?

Keynes, em Conferência intitulada *Economic Possibilities for Our Grandchildren* via o desemprego decorrente da rapidez com que novas tecnologias ou “instrumentos” substituem essa mão de obra, como um estágio temporário de desequilíbrio, mas que poderia se tornar um bem, uma vez que levaria o homem à “solução do seu problema econômico” e a lidar com o seu problema fundamental: “como empregar seu tempo livre” (MASI, 1999, p. 284-285).

André Gorz (MASI, 1999) levanta questões muito importantes que, na época em que foram escritas, talvez fossem mera especulação sobre o futuro, mas que, atualmente, têm profunda relevância e deveriam ser melhor debatidas.

“Em gestação há 25 anos, a terceira revolução industrial começou. Ela rompe as ligações entre o aumento da produção e o aumento do emprego e deixa em má situação um dos dogmas keynesianos, segundo o qual a retomada dos investimentos reduz o desemprego. A questão que se coloca atualmente é esta: a terceira revolução industrial conduzirá à sociedade do desemprego ou à do tempo livre? Liberará os homens do trabalho alienado ou os alienará ainda mais com a inatividade forçada? Levará a uma nova idade de ouro, em que se trabalhará cada vez menos, mas se disporá de uma massa crescente de riquezas, ou terminará por condenar alguns ao desemprego e outros à improdutividade?” (MASI, 1999, p. 287)

O historiador Yuval Noah Harari (2016) prevê que a automação decorrente da digitalização, ou seja, a substituição do trabalho humano por algoritmos pode levar a uma desigualdade política, social e econômica absurda. Empresas de plataforma, como a Uber, podem gerenciar milhões de motoristas humanos com poucos trabalhadores, uma vez que boa parte da supervisão é feita por algoritmos, podendo em um futuro breve, digitalizar não só o gerenciamento, mas também a função dos motoristas, através de veículos autodirigíveis, e, portanto, todo o poder político e econômico dos sindicatos como greves e boicotes em votações eleitorais se passaria para os poucos bilionários donos da plataforma digital.

Klaus Schwab (2016, p. 28) aponta que os benefícios das novas tecnologias que necessitam da internet e dos *smartphones*, como o aplicativo Uber, são inegáveis para o consumidor, uma vez que:

“semeiam a confiança, pois emparelham oferta e demanda de uma forma bastante acessível (baixo custo), oferecem diversas mercadorias

## DOCTRINA

aos consumidores e permitem que ambas as partes interajam e ofereçam *feedback*.”

A questão é que a maioria das pessoas depende, para serem consumidores, de produzir algo e, segundo Klaus Schwab, muitos países desenvolvidos e algumas economias de crescimento rápido, como a China, têm sofrido uma redução significativa de sua mão de obra em relação a porcentagem do PIB, em parte devido a “queda no preço relativo dos bens de investimento, sendo esta última causada pelos progressos das inovações (que obriga as empresas a substituírem trabalho por capital)” (SCHWAB, 2016, p. 21).

Claire Miller (2016) cita as soluções propostas por economistas do trabalho para suavizar a transição de trabalhadores que perderam seus empregos em decorrência da automação e cita o relatório da Casa Branca, ainda sobre a Administração Obama, intitulado *Artificial Intelligence, Automation and the Economy*:

“Os economistas trabalhistas dizem que há maneiras de facilitar a transição para os trabalhadores cujos empregos foram deslocados por robôs. Incluem programas de reconversão, sindicatos mais fortes, mais empregos no setor público, salário mínimo mais elevado, maior crédito tributário e, para a próxima geração de trabalhadores, mais diplomas universitários, uma melhor educação desde a infância através de transições de emprego para adultos e para atualizar a rede de segurança social com ferramentas como o seguro de salários.”

Carl Benedikt Frey e Michael Osborne, com contribuições do Citi Research, organizaram um relatório que aponta que as soluções passam por um investimento público pesado seja em educação, treinamento profissional ou benefícios para ajudar os desempregados, e que uma possível fonte de receita seria a tributação sobre os mais ricos.

O relatório também apresenta as principais dificuldades na criação desses tributos ou na sua majoração:

“Uma das razões pelas quais os impostos sobre a riqueza não foram aumentados mais amplamente é que eles são difíceis de projetar, caros de administrar e muitas vezes relativamente fáceis de evitar. Para os impostos de riqueza *ad hoc*, o risco é que as famílias temam que tais cobranças possam ser impostas novamente no futuro. Para os ativos financeiros, um grande risco é que o capital simplesmente encontre uma casa em outro lugar – uma questão crescente em um mundo de mobilidade e ainda crescente interdependência financeira. Os impostos sobre

a riqueza, portanto, seriam muito mais prováveis de serem eficazes se fossem impostos globalmente (como argumenta Piketty).” (FORDHAM; LEHTO; RAHBARI, 2016, p. 102)

Zygmunt Bauman (2015, p. 52), também se referindo à mobilidade do capital, afirma que os trabalhadores podiam se organizar contra o “capital industrial”, típico da modernidade sólida capitalista, através de greves e sindicatos, mas “agora eles estão desarmados para confrontar ‘investidores’ eminentemente móveis, instáveis, inquietos e imprevisíveis, constantemente em busca de lucros mais altos”.

### 5 – Conclusão

Existe uma anedota que envolve uma conversa entre Henry Ford II (presidente da montadora Ford) e Walter Reuther (líder do sindicato United Automobile Workers), que se deu próxima a uma linha de montagem automatizada. “Walter, como você vai conseguir que esses robôs paguem as suas contribuições sindicais?”, e Walter Reuther respondeu sem titubear: “Henry, como você vai levá-los a comprar os seus carros?”<sup>6</sup>.

Hoje em dia, 70 anos depois dessa conversa hipotética, ainda existem trabalhadores da indústria automobilística pagando suas contribuições sindicais e comprando automóveis. Mas, também existem robôs dirigindo carros, impressoras 3D, supercomputadores como o ROSS da IBM fazendo o trabalho de pesquisa de advogados associados, não apenas pesquisando bilhões de textos em segundos, mas entendendo a lei através de *Machine Learning*. Até mesmo o trabalho de engenheiros de *software* pode ser digitalizado/automatizado. A tecnologia exerce dois efeitos concorrentes sobre o emprego, o que foi denominado “destruição criativa” e “síntese inovadora” neste trabalho, mas também pode ser chamado, respectivamente, de “efeito destrutivo” e “efeito capitalizador”, na terminação de Schwab. A grande questão levantada nesse artigo é quando o efeito capitalizador vai ultrapassar o efeito destrutivo e o que pode ser feito para suavizar esse interregno. Este artigo não tem a pretensão de apresentar a solução definitiva, uma vez que não há um consenso nos especialistas, há quem proponha renda básica universal (algo extremamente oneroso), imposto de renda negativo, tributação sobre robôs, seja como capital de equipamento ou *income tax*, entre outros, mas apontar efeitos que já estão presentes e especular sobre o que pode vir a acontecer.

---

6 THE ECONOMIST. *Difference engine: luddite legacy*. 4 Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/babbage/2011/11/artificial-intelligence>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

## DOCTRINA

A desigualdade em razão de uma polarização da renda é um fato apontado de forma quase unânime pelos economistas, alguns inclusive acreditam que ela contribuiu para o surto protecionista-nacionalista que está por trás da eleição de Trump e do Brexit. Donald Trump, durante a sua campanha, prometeu trazer os empregos de volta aos Estados Unidos e culpou o comércio internacional, o México, a China, os imigrantes, mas não fez nenhuma menção à automação, que segundo vários economistas será a maior destruidora de empregos no longo prazo, não apenas nos Estados Unidos, mas até mesmo na China. Yuval Noah Harari (2017) acredita que é preciso um novo modelo político, uma vez que políticas nacionais, locais e unilaterais não combinam com uma economia global, sendo muitas delas contraproducentes, com efeitos colaterais que só pioram o problema. O historiador vê duas soluções para esse desequilíbrio: a proposta por Trump, uma espécie de “nacionalização da economia”, que seria uma volta ao passado, com todos os perigos que o nacionalismo representa, algo que poderia ser desastroso, uma visão retrógrada e que não ajudaria a lidar com os problemas atuais, muito menos com os problemas futuros; e a “globalização da política”, alguma forma de cooperação internacional mais significativa, que superasse as deficiências dos Estados-nação modernos. Harari (2017) aponta que a renda básica universal talvez não seja eficiente, uma vez que é uma solução local/nacional. Se uma empresa americana, por exemplo, gerar uma disrupção no mercado de vestuário devido a novas tecnologias como impressoras 3D e o trabalho de pessoas em manufaturas têxteis asiáticas se tornar desnecessário, esses hipotéticos asiáticos desempregados receberiam do lucro da empresa americana ou do governo dos Estados Unidos, a sua renda básica universal? Esse exemplo é bem ilustrativo de como não faz sentido buscar soluções no passado ou que sejam apenas nacionais/locais, é preciso pensar globalmente.

Independente de quais sejam as soluções, parte delas passa pela política (cooperação e talvez até regulação internacional) e pelo investimento público em educação, empreendedorismo e algum tipo de seguridade social. Apesar do desemprego nos Estados Unidos estar em um nível muito baixo, cerca de 4,6%, os especialistas apontam que as indústrias nos Estados Unidos empregam cada vez menos pessoas, trabalhos com bons salários que exigiam poucas habilidades já são muito raros e que a grande maioria dos empregos está na indústria de serviços (COHEN, 2016).

Há um contraste entre aqueles que conseguem se beneficiar da tecnologia e da globalização, uma vez que tem as habilidades requeridas pela economia e um maior nível de educação e os *blue-collar workers*.

## DOCTRINA

O crescimento na demanda por trabalhadores qualificados, com altas habilidades cognitivas e criativas, gerou um aumento do salário relativo dessas pessoas o que tende a aumentar a desigualdade, uma vez que as ocupações de baixo salário e que exigem menores níveis educacionais são as mais ameaçadas pela automação, o que diminui a demanda e, conseqüentemente, os salários. Como é descrito no relatório da Casa Branca, é difícil prever, exatamente, quais empregos não serão eliminados pela automação, quais serão mais produtivos, ou seja, se beneficiarão com as novas tecnologias e quais novas profissões serão criadas, mas é inegável a importância da política e das instituições na transição do efeito destrutivo da tecnologia sobre o emprego, para o efeito capitalizador, de forma a assegurar a competitividade, a redução da desigualdade e uniformizar a prosperidade gerada pela Quarta Revolução Industrial aos trabalhadores e consumidores.

Uma vez que as intempéries da Quarta Revolução Industrial atingem, mais fortemente, as pessoas mais dependentes do lado da produção (em comparação com os benefícios inegáveis que trazem para os consumidores) o risco é a utopia keynesiana de trabalhar apenas 15 horas por semana virar um mundo do “preariado”, em que os trabalhadores para sobreviver tenham que se deslocar de tarefa para tarefa sem nenhum direito trabalhista, o que geraria uma instabilidade política e social que poderia colocar em risco a própria democracia.

### Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Enzi. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BERGER, Thor; FREY, Carl Benedikt. *Structural transformation in the OECD-digitalisation, deindustrialisation and the future of work*. OECD publishing, 2016.

BYRNES, N. Learning to prosper in a factory town. *MIT Technology Review*, 18 Oct. 2016. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/602489/learning-to-prosper-in-a-factory-town/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

COHEN, P. President Obama is handing a strong economy to his successor. *The New York Times*, 2 Dec. 2016. Disponível em: <[https://www.nytimes.com/2016/12/02/business/economy/jobs-report.html?\\_r=1](https://www.nytimes.com/2016/12/02/business/economy/jobs-report.html?_r=1)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Artificial intelligence, automation, economy*. Relatório. 2016.

FERRY, Luc. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

## DOCTRINA

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael. *Technology at Work v2.0*. Oxford Martin School, Citi GPS, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *The future of employment*. Oxford Martin School, 2013.

HARARI, Y. N. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

KORZUL-WRIGHT, Richard. Robots and industrialization in developing countries. *Policy Brief*, n. 50, Oct. 2016. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/presspb2016d6\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/presspb2016d6_en.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

LEVY, R.; TURNER, M. One brutal chart from the biggest hedge fund in the world explains everything. *Business Insider*. 12 Nov. 2016. Disponível em: <[http://www.businessinsider.com/a-brutal-chart-from-bridgewater-explains-the-rise-of-trump-2016-11?utm\\_content=buffer3ea87&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter.com&utm\\_campaign=buffer](http://www.businessinsider.com/a-brutal-chart-from-bridgewater-explains-the-rise-of-trump-2016-11?utm_content=buffer3ea87&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer)>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 5. ed. Rio de Janeiro: UnB, 2000.

MILLER, Clair. The long-term jobs killer is not China. It's automation. *New York Times*, 21 Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/12/21/upshot/the-long-term-jobs-killer-is-not-china-its-automation.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ROTMAN, David. How technology is destroying jobs. *MIT Technology Review*, 12 Jun. 2013. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/515926/how-technology-is-destroying-jobs/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Technology and inequality. *MIT Technology Review*, 23 Oct. 2014. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/531726/technology-and-inequality>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

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

SWANSON, A. Why the industrial revolution didn't happen in China. *Washington Post*, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2016/10/28/why-the-industrial-revolution-didnt-happen-in-china/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

THE ECONOMIST. *Difference engine: luddite legacy*. 4 Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/babbage/2011/11/artificial-intelligence>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

VIALLI, A. Indústria 4.0 vai usar menos energia. *Valor Econômico*, 28 set. 2016.

Recebido em: 21/05/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO QUE ENVOLVAM BARREIRAS SANITÁRIAS

## *THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL PERSONALITY RIGHTS IN WORKING RELATIONS THAT INVOLVE SANITARY BARRIERS*

**Maria Carolina Lopes Teles\***

**Ulisses Borges Resende\*\***

**RESUMO:** O direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas reveste-se de característica fundamental, como tal, está positivado no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. O presente artigo científico narra acerca de pactos laborais que envolvam barreiras sanitárias, à luz do mencionado dispositivo constitucional. O direito ao trabalho é um direito fundamental cujo exercício deve ocorrer em condições dignas, sendo esta a razão central deste trabalho, sem, no entanto, descurar-se da natureza da atividade empresarial em que a relação de trabalho se estabelece. Com espeque nos estudos já realizados sobre o tema e decisões judiciais a respeito, desenvolveu-se a presente investigação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relação de Trabalho. Barreiras Sanitárias. Direitos Fundamentais de Personalidade.

**ABSTRACT:** *The right to intimacy, honor and image of people is of fundamental character; as such, is affirmed in art. 5, X, of the Federal Constitution of 1988. This scientific article tells about labor pacts that involve sanitary barriers, in the light of the mentioned constitutional provision. The right to work is a fundamental right whose exercise must take place under dignified conditions, which is the central reason for this work, without, however, neglecting the nature of the business activity in which the employment relationship is established. Due to the studies already carried out on the subject and court decisions, the present investigation was developed.*

**KEYWORDS:** *Work Relationship. Sanitary Barriers. Fundamental Rights of Personality.*

---

\* *Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no Centro Universitário – IESB; pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Tributário, ambos pela Universidade da Amazônia – UNAMA; graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA; advogada atuante na área de Direito do Trabalho.*

\*\* *Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília – UnB; graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB; professor titular do Centro Universitário – IESB, atuando na graduação e na pós-graduação stricto sensu – mestrado profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, na pós-graduação lato sensu em Direito Sindical e na pós-graduação lato sensu em Direito Material e Processual do Trabalho; advogado atuante na área de Direito do Trabalho, com ênfase em sindicalismo e reforma sindical.*

## Introdução

O presente artigo almeja analisar as perspectivas de efetividade jurídica acerca dos direitos à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra, em relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias. Tendo em vista que se tratam de direitos constitucionalmente resguardados a todos, e se revelam fundamentais à dignidade da pessoa humana. Tais direitos, como fundamentais de personalidade, constituem o objeto desta pesquisa.

Em face disso, o problema central perfaz-se em investigá-los no cenário das relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias, a fim de saber em que medida se tornam vulneráveis e se ensejam danos de ordem moral ao trabalhador.

De modo apriorístico, destaque-se que os direitos fundamentais de personalidade foram positivados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Portanto, são analisados como norma suprema do ordenamento jurídico aplicada às relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias. Como se trata de um estudo jurídico-constitucional-dogmático sobre os direitos fundamentais de personalidade nas especificadas atividades laborais, não poderia ser outro o ponto de partida senão o próprio dispositivo constitucional.

Neste jaez, dedica-se, com afinco, ao Direito do Trabalho, área muito especial do Direito brasileiro, uma vez que trata de relações entre particulares de cunho substancialmente social, destacando-se pela singular característica de normatizar relações humanas extremamente próximas.

Ademais, entende-se que com as mudanças hodiernas nas relações de trabalho, é imperioso redobrar a atenção à personalidade do trabalhador e à proteção dos direitos a ela relacionados. O estudo dos direitos da personalidade possui categórica importância, uma vez que na normatização infraconstitucional concretizam o princípio da dignidade humana.

Em suma, objetiva-se compreender o enquadramento constitucional dos direitos fundamentais de personalidade e a sua aplicação nas relações de direito privado, mais especificamente nas relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias, tal como se falou alhures. Dessa forma, pretende-se encontrar equilíbrio na equação que envolve direitos e deveres entre empregado e empregador de tal relação trabalhista, uma vez que a principal função dos direitos fundamentais é concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, não abstrata, idealizada, mas situada, real, concreta.

## 1 – Direitos fundamentais de personalidade – considerações iniciais

*Ab initio*, é de todo oportuno tratarmos dos direitos fundamentais em linhas gerais. A expressão “direitos fundamentais” surgiu na França durante o movimento político e cultural que originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora seja muito comum se utilizar da nomenclatura “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, há salutar diferença entre ambos, que deve ser considerada.

Os direitos humanos são umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana. Por vez, não se questiona a relação de mútua dependência entre esta e os direitos fundamentais, uma vez que estes surgiram como exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Somente por meio da existência desses direitos a dignidade pode ser respeitada, protegida e promovida.

Quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60)<sup>1</sup> observa:

“Assim sendo, 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, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo 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.”

Nas palavras de Jürgen Habermas (2010, p. 343)<sup>2</sup>:

“a dignidade humana, que é uma e a mesma em toda parte e para todos, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos. Só em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar igualmente a dignidade humana de cada pessoa.”

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o

---

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

2 HABERMAS, J. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. *Revista Alemã de Filosofia*, Berlim, Akademie Verlag, 58, 2010, p. 343.

## DOCTRINA

ser humano, ainda que representado por entes coletivos – grupos, povos, nações, Estado. A expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Para o presente caso, cabe-nos falar sobre os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no Título II, dividido em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Tendo em vista o foco do presente trabalho, nos ateremos aos direitos individuais.

Os direitos individuais, assim como os coletivos, são os direitos relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, assim como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Previstos no art. 5º da referida Lei Fundamental, constituem-se em prerrogativas usadas pelo indivíduo para se opor, *prima facie*, ao arbítrio estatal.

A dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da CF/88), o que endossou a proteção dos direitos fundamentais.

Historicamente, em face da omissão do antigo Código Civil, bem como das anteriores Constituições da República, há tempos discutia-se no Brasil sobre os direitos da personalidade que só vieram a ser positivados com o advento da Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso X, posteriormente, na esfera cível, em seus arts. 11 a 21.

Importante a definição de Carlos Alberto Bittar (1980, p. 19)<sup>3</sup> que esclarece as origens dos direitos da personalidade. Segundo o autor, são elas: o cristianismo, a escola do direito natural e o iluminismo. O cristianismo, por exaltar a dignidade humana. A escola de direito natural, por ter firmado a noção de direitos naturais ou inatos. O iluminismo, uma vez que seus filósofos valorizaram o homem diante do Estado.

De fato, a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã. Basta-nos ver que, tanto no Antigo

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 19.

## DOCTRINA

quanto no Novo Testamento, afirma-se que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Com isso, tem-se claro o objetivo dos direitos da personalidade de garantir o domínio do indivíduo sobre a própria esfera pessoal, que perdura até os tempos hodiernos.

Segundo Immanuel Kant (1980, p. 134)<sup>4</sup>, o homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir “simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

Contrariamente a esse viés, Jürgen Habermas (2010, p. 357)<sup>5</sup> defende a tese de que os direitos humanos sempre foram o produto de resistência ao despotismo, à opressão e à humilhação. Argumenta que a conexão conceitual entre a dignidade humana e os direitos humanos tem evidentes traços em comum desde o início de seu desenvolvimento. O filósofo alemão conclui afirmando que “a dignidade humana significa um conceito normativo de fundo a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos ao especificar as condições em que a dignidade é violada”.

Não raro, os direitos fundamentais de personalidade são ligados ao conceito de dignidade humana e aos direitos humanos em si, o que eleva a sua gama de proteção. Todavia, insta ressaltar, que os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, portanto, ligados a ela *ad aeternum*.

Sobre o tema, importante lição nos é dada por Beatrice Maurer (2005, p. 64)<sup>6</sup>, senão vejamos:

“a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. É porque cada homem é dotado de dignidade de pessoa que todos são iguais. Assim, negar a alguém a dignidade significa considerá-lo como inferior e, portanto, não mais como um ser humano. (...) a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade

---

4 KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134.

5 HABERMAS, J. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. *Revista Alemã de Filosofia*, Berlim, Akademie Verlag, 58, 2010, p. 357.

6 MAURER, Béatrice et al. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 64.

## DOCTRINA

fundamental do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos de inamissível, não pode ser perdida.”

Pela doutrina civilista brasileira há vários conceitos desse direito fundamental. Citamos aqui o professor Silvio Rodrigues (2003, p. 61)<sup>7</sup> que nos traz uma posição mais clássica e ao mesmo tempo completa:

“(…) entre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerente à pessoa humana e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade. Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto, são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.”

A doutrina civilista defende que os direitos fundamentais de personalidade, em verdade, são direitos à integridade física, à integridade intelectual e à integridade moral e se perfazem, *exempli gratia*, em direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo, direito à imagem, ao segredo, à boa fama, direito à honra, direito à intimidade, à privacidade. Nesse diapasão, Alice Monteiro de Barros (2009, p. 626)<sup>8</sup> afirma que, na seara trabalhista, tais direitos são oponíveis ao empregador.

É patente que a pessoa humana, por ser o centro convergente de direitos, deve orientar, também, o Direito do Trabalho, que trata de relações extremamente próximas entre pessoas. Como corolário, numa relação trabalhista, o ser humano jamais poderá ser utilizado unicamente como objeto ou meio para a realização da vontade de terceiros. Nesse diapasão, Gabriela Neves Delgado (2006, p. 207-209)<sup>9</sup> entende que “o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano”. Outrossim, vaticina que “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva”.

7 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 61.

8 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 626.

9 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 207-209.

Dessa forma, conclui-se que a dignidade é elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana. É algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, pois existe em cada ser humano como algo inerente. Cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. Aliás, outro não é o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e em fraternidade”.

### **2 – A positivação dos direitos fundamentais de personalidade na Constituição Federal de 1988**

Conforme se relatou alhures, os direitos individuais são espécies de direitos fundamentais relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade. *Exempli gratia*, o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Tratados especificamente no art. 5º, X, da Carta Magna, afirma serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Oriundos diretamente da necessidade de se ofertar dignidade à pessoa humana, os direitos fundamentais de personalidade revelam, em sua natureza estruturante, autonomia da vontade e respeito ao livre arbítrio. Neste jaez, o direito à privacidade (enquanto direito fundamental de personalidade, ressaltese) confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida de maneira discreta, sem intromissão da curiosidade alheia, caso assim julgue lhe ser maneira confortável.

Por oportuno, esclarece-nos Marcelo Novelino (2015, p. 389-391)<sup>10</sup> que o direito à privacidade, amparado no seio constitucional, é gênero do qual decorrem as espécies que se perfazem no direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Como corolário, a proteção constitucional daquele, também o é de todos estes. Assim sendo, por questão prática, ao se falar em proteção do direito à privacidade, de modo intrínseco, também se está tratando das demais espécies de direitos que origina.

Um passo à frente, o autor menciona a teoria das esferas, amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência alemãs. Por vez, afirma que, à luz de tal teoria, pode-se estabelecer uma variação de grau de proteção à privacidade de acordo com a área da personalidade afetada. Senão vejamos:

---

10 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 389-391.

## DOCTRINA

“Quanto mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo, maior deverá ser a proteção dada à esfera.

A esfera privada abrange as relações do indivíduo com o meio social nas quais não há interesse público na divulgação. Abrange, por exemplo, informações fiscais ou bancárias.

A esfera íntima se refere ao modo de ser de cada pessoa, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios (autoestima, autoconfiança) e à sexualidade. Compreende informações confidenciais e segredos pessoais, como, por exemplo, as anotações constantes de um diário.

Ao lado das esferas compreensivas das experiências relacionadas à vida privada e à intimidade do indivíduo, o dispositivo constitucional protege ainda a honra e a imagem das pessoas.

A honra consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (honra objetiva) ou na estimação que possui de si próprio (honra subjetiva). A indenização por danos morais decorrentes de uma violação à honra é assegurada para pessoas físicas e jurídicas (honra objetiva).

O direito à imagem impede, *prima facie*, a sua exibição sem o consentimento da própria pessoa. A proteção a este direito é autônoma em relação à honra. Por isso, ainda que não haja ofensa à estimação pessoal ou à reputação do indivíduo, é vedada a exposição da imagem sem o consentimento de seu titular.”

*Ad argumentandum tantum*, a lição doutrinária acima esposada se revela por demais pertinente em casos como o presente. Tendo em vista que, ao se trazer a lume relações trabalhistas que envolvam barreiras sanitárias, revelam-se ínsitas situações relacionadas à esfera privada, à esfera íntima, à honra e à imagem do trabalhador.

### **3 – Direitos fundamentais de personalidade nas relações de direito privado**

Ao se iniciar qualquer estudo sobre direitos fundamentais, inexoravelmente sempre se depara com o entendimento de que os mesmos se perfazem em limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa). Assim sendo, por se ter uma relação jurídica hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão eficácia vertical dos direitos fundamentais para tais casos.

Todavia, é patente que eventuais desrespeitos a direitos fundamentais não decorrem somente do Estado. De igual maneira, podem advir de relações que envolvam apenas atores privados, razão pela qual, hodiernamente, a incidência de tais direitos é estendida a relações entre particulares.

Denomina-se “eficácia horizontal” a projeção dos direitos fundamentais às relações privadas, nas quais – ao menos hipoteticamente – os particulares se encontram em uma relação de igualdade jurídica. Ocorre que, em algumas situações – como as de relações de trabalho –, as relações entre particulares não são totalmente equânimes. Melhor dizendo, há um desequilíbrio fático e/ou jurídico entre as partes envolvidas.

Em situações como essa, parte da doutrina tem falado em relação diagonal, para explicar a disparidade entre os atores da relação privada. Não é de todo recente que a doutrina e a jurisprudência fazem menção a tal teoria.

Por fidedignidade acadêmica, incumbe mencionar que é bastante corriqueiro o registro de que tal teoria foi criada pelo professor chileno Sérgio Gamonal Contreras. Todavia, como se pode notar do próprio livro deste autor, a ideia foi sugerida pela professora Pamela Prado, na sua dissertação de mestrado em Direito, intitulada *Reparación del Daño Moral Ocasionado por el Empleador al Trabajador, Durante la Vigencia del Contrato de Trabajo* (Universidad de Chile, 2005, p. 92), na qual cita uma sentença espanhola de 5 de setembro de 2001, do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana que faz referência à eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre empregador e trabalhador.

Segundo Sérgio Gamonal Contreras (2011, p. 33)<sup>11</sup>, cita que na eficácia diagonal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho, a racionalidade acerca do objeto se vincula com o fim perseguido pelo contrato de trabalho enquanto prestação de serviço sob subordinação que, afinal, não pode alterar direitos fundamentais de uma das partes pelo único objetivo econômico do contrato ou da atividade empresarial.

Como se pode notar, trata-se de visão moderna da já propalada teoria da eficácia horizontal com a finalidade precípua de irradiar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade substancial no trato dos direitos fundamentais na desnivelada relação de trabalho.

Foi justamente a partir destas relações que o autor Sergio Gamonal desenvolveu a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, que consiste na necessária incidência e observância dos direitos fundamentais em relações

---

11 CONTRERAS, Sérgio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011. p. 33.

privadas (particular-particular) que são marcadas por uma flagrante desigualdade de forças, em razão tanto da hipossuficiência quanto da vulnerabilidade de uma das partes da relação.

A este respeito, o TST<sup>12</sup> já tem aplicado a eficácia diagonal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas para combater atos discriminatórios. Senão, vejamos o excerto jurisprudencial a seguir colacionado:

“O art. 3º, III e IV, da Carta Magna enumera, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É certo que, ao vedar a discriminação nos critérios de admissão, a teleologia da norma constitucional também buscou proibir que a extinção contratual seja motivada pela limitação decorrente de doença grave.

O art. 1º da Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Embora a supracitada norma legal não especifique a proibição de prática discriminatória em razão de doença grave, a partir de uma interpretação sistemática com a Constituição Federal, conclui-se que o referido rol é meramente exemplificativo, abrindo-se margem para incluir a vedação de qualquer discriminação do trabalhador portador de doença grave, em consonância com o art. 7º, XXX, da Lei Maior.

Os direitos fundamentais, em sua eficácia horizontal, ou, usando a moderna concepção de Sérgio Gamonal, em sua eficácia diagonal (GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011), vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares.”

Trata-se de uma eficácia diagonal porque, em tese, as partes estão em situações equivalentes (particular-particular), mas, na prática, há um império do poder econômico (trabalhista ou de consumo), razão por que se defende a observância dos direitos fundamentais nestas relações.

---

12 PROCESSO TST-RR-1882-80.2010.5.02.0061, Sétima Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT 05.08.2016.

#### 4 – Direitos fundamentais de personalidade nas relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias

No Direito do Trabalho, a proteção ao hipossuficiente guarda estreita relação com a dignidade humana. Essa ciência jurídica busca regular o direito social do trabalho, base de qualquer sociedade. Como inexorável corolário, protege e preserva a dignidade do ser humano.

É cediço que o Direito do Trabalho é parte do Direito privado, e, portanto, regula relações entre particulares. Ocorre que tal seara tem um viés diferenciado, na medida em que a relação é desproporcional entre as partes envolvidas. Nesse sentido, Márcio Túlio Viana (1996)<sup>13</sup> argumenta:

“Enquanto a empresa pode escolher um empregado entre mil, o empregado só encontra uma empresa, entre mil, que lhe oferece um posto de trabalho. Assim, é ele, e não ela, que está sob sujeição. Na verdade, o poder diretivo é também o poder de dirigir o próprio destino do outro, de tê-lo preso nas mãos.”

Conforme se falou anteriormente, muito se reconhece a possibilidade de violação aos direitos fundamentais também em relações privadas, mormente em relações em que, por sua própria natureza, haja um desequilíbrio fático e/ou jurídico entre as partes, como nas trabalhistas.

A solução desse problema, segundo Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 644-645)<sup>14</sup>, se dá por meio da atenuação, racionalização, e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram tutela aos direitos de personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro. Argumenta o autor:

“Esta racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões – diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar –, não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela Constituição. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, da CF/88), colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado – e não acima – do valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, IV, da CF/88).”

13 VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

14 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 644-645.

## DOCTRINA

Segundo determinação constitucional, as normas as quais definem os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. É o que se pode constatar no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os dispositivos do texto constitucional são normas que vinculam toda a sociedade, não lhe fugindo à regra as relações privadas de Direito do Trabalho. Assim, utiliza-se o princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, zelando pela máxima efetivação dos preceitos constitucionais.

A barreira sanitária, no âmbito do trabalho, pode ser conceituada como um procedimento empresarial, uma vez que decorre do poder diretivo do empregador, com o fim precípua de cumprir as normas determinadas pelo Ministério da Agricultura para salvaguardar a necessária higiene em processamento de alimentos.

Todavia, o poder de comando do empregador não é absoluto. Conforme entendimento jurisprudencial, a utilização de barreiras sanitárias nas atividades que as exigem deve ser feita de forma adequada, razoável e harmônica, ou seja, em consonância com a preservação da intimidade do empregado, sem ferir os seus direitos fundamentais de personalidade. Do contrário, pode-se ensejar aviltamento à dignidade do empregado, o que caracteriza abuso por parte do empregador.

Alice Monteiro de Barros (2009, p. 643)<sup>15</sup>, demonstra a importância de se respeitar direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade, uma vez que este nos protege da ingerência dos sentidos dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos de terceiro. Afirma a autora que “a tutela dirige-se contra as intromissões ilegítimas. Seu conceito é mais restrito do que o direito à privacidade, sendo ambos consagrados em preceito constitucional (art. 5º, X)”.

São extremamente comuns os casos em que, de um lado, há o direito/dever do empregador de impor ao empregado a necessária assepsia e, de outro, o direito do empregado de, ao mesmo tempo, ter respeitada a sua privacidade e todas as espécies de direitos que decorrem de tal gênero. Nessas hipóteses, assim como ocorre em todos os casos de colisões de princípios, é necessário analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas à luz de alguns critérios objetivos que devem pautar a ponderação.

---

15 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 643.

## DOCTRINA

A respeito do que ora se analisa, o Tribunal Superior do Trabalho vem enfrentando, diuturnamente, questões de relações trabalhistas que envolvem barreiras sanitárias. Em decisão mais recente<sup>16</sup>, a Quarta Turma do TST condenou o empregador BRF Brasil Foods S/A ao pagamento de indenização a uma auxiliar de produção, por não ter instalado portas nos boxes dos chuveiros do setor de aves da fábrica de Rio Verde (GO). Segundo a Turma, a prática configura exposição excessiva e injustificada da intimidade dos empregados.

O relator do recurso de revista da empregada, ministro Alexandre Luiz Ramos, observou que o TST não tem acolhido pedidos de dano moral quando os empregados são submetidos ao procedimento conhecido como barreira sanitária. No entanto, citou diversos precedentes e destacou que a ausência de portas nos boxes dos chuveiros não está prevista nas normas de segurança e higiene editadas pelo Ministério da Agricultura e configura exposição excessiva e injustificada da intimidade do empregado. Por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso.

No mesmo sentido, decidiu a Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I)<sup>17</sup> por entender vexatória a circulação de empregados seminus na barreira sanitária instalada nas dependências do empregador. Senão vejamos o excerto a seguir colacionado:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 11.496/07. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. CONSTRA-  
GIMENTO DURANTE TROCA DE UNIFORME. CIRCULAÇÃO  
EM TRAJES ÍNTIMOS NO LOCAL DE TRABALHO. CHUVEIROS  
SEPARADOS POR DIVISÓRIAS E SEM PORTAS. A responsabilidade  
civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados  
ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a  
conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos  
atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos.  
O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências  
às quais o sistema jurídico reconhece relevância. É certo que esse agir  
de modo consciente é ainda caracterizado por ser contrário ao Direito,  
daí falar-se que, em princípio, a responsabilidade exige a presença da  
conduta culposa do agente, o que significa ação inicialmente de forma  
ilícita e que se distancia dos padrões socialmente adequados, muito em-

---

16 PROCESSO TST-ARR-1556-82.2012.5.18.0101, Quarta Turma, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 22.02.2019.

17 PROCESSO TST-E-ARR-1493-54.2012.5.18.0102, SDI-I, Rel. Min. Cláudio Brandão, DEJT 28.09.2018.

bora possa haver o dever de ressarcimento dos danos, mesmo nos casos de conduta lícita. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na ‘(...) subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral’. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. Não obstante entenda que a circulação em trajes íntimos configura lesão à intimidade apta a ensejar o direito à reparação por danos morais, pois há excesso de exposição dos trabalhadores, esta Subseção já decidiu o contrário, ressalvado se constatado o fato de inexistirem portas nos boxes dos chuveiros, o que expõe a nudez dos empregados, caso destes autos, em que o Tribunal Regional consigna que ‘Entre os setores existem corredores com *chuveiros separados por divisórias e sem portas e a barreira sanitária*’. Nesse contexto, deve ser mantida a decisão da Turma que concluiu pela existência do direito à reparação por danos morais. Recurso de embargos conhecido e não provido.”

Destarte, cada caso deve ser analisado, visto o tema ser tão especial e invadir um terreno diferenciado de cada ser humano. O que se extrai dos exemplos aqui trazidos é que os juízes ainda usam o bom senso na hora do julgamento. Analisam assim como ocorria a revista e se essa era atentatória à dignidade dos funcionários.

### **Considerações finais**

Por tudo, neste momento em que redirecionamos o olhar, em tons comemorativos e inquietantes, para a Declaração Universal de Direitos Humanos, urge que tenhamos a convicção de que a igualdade em dignidade e direitos segue, mais do que nunca, como algo a ser edificado. Trata-se, sem dúvida, de uma meta suprema, que consiste em alcançarmos uma lúdima maioria civilizatória, na qual devemos seguir depositando nossas melhores esperanças. Nesse diapasão, a eficácia dos direitos fundamentais de personalidade em relações de trabalho que envolvam barreiras sanitárias, apresenta-se como o mais inadiável e portentoso dos desafios, em especial para os que assimilaram

## DOCTRINA

a “cidadania como direito a ter direitos” (Hannah Arendt), mas, acima de tudo, como direito a ter direitos intangíveis.

O que queremos deixar claro com essa abordagem é que a inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade e à privacidade constitui espécie. Em algumas situações a conduta do empregador não pode extrapolar o mínimo moralmente aceito.

Deve-se considerar a importância da submissão do empregado ao poder diretivo do empregador. No entanto, não se deve admitir que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que a Constituição Cidadã buscou assegurar os direitos do homem, elevando-os à condição de direitos fundamentais. Entretanto, não basta apenas consagrar esses direitos, é imperioso que os mesmos sejam concretizados, seja em relações jurídicas consideradas verticais, seja nas consideradas horizontais, ou – como se tem entendido mais recentemente – nas relações jurídicas diagonais.

Em situações como a analisada no presente estudo nos deparamos com o confronto entre dois direitos. De um lado, o do empregador, visando à correta aplicação das normas de higiene e segurança do trabalho, no desenvolvimento de sua atividade industrial, qual seja, a manipulação de gêneros alimentícios; de outro, o do empregado, tendo ameaçada a inviolabilidade à sua intimidade, honra, vida privada e imagem pessoal por estar submetido diariamente a procedimento envolvendo o trânsito em local de trabalho apenas usando roupas íntimas perante os colegas até o local onde se encontram os uniformes.

Em situações em que haja conflito de direitos entre as partes, deve proceder-se à análise do caso concreto com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na solução da demanda.

A circulação dos empregados seminus de um ponto a outro do local de trabalho para fins de manutenção das normas de higiene não se mostra um meio eficaz para a realização do procedimento. O empregador, ao exercer o seu direito, deve dispor de métodos que venham a neutralizar quaisquer ultrajes e constrangimentos, através, por exemplo, da utilização de jalecos esterilizados ou até mesmo descartáveis capazes de atender às normas de higiene, sem violar a intimidade e a dignidade de seus empregados. Do contrário, caracterizada lesão a bem jurídico integrante do patrimônio de outrem, material ou imaterial, é assegurada correspondente reparação, nos moldes do art. 5º, X, da CF/88.

### Referências bibliográficas

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.
- CONTRERAS, Sérgio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- HABERMAS, J. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. *Revista Alemã de Filosofia*, Berlim, Akademie Verlag, 58, 2010.
- KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- MAURER, Béatrice et al. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Método, 2015.
- ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- VIANA, Márcio Tulio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

Recebido em: 13/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# PRECARIZAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO: QUID NOVI?

## *PREARIOUS WORKING CONDITIONS AND LABOR LAW: QUID NOVI?*

Rosane Gauriau\*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar, sob o ângulo da precarização, as novas relações de trabalho que surgiram com o advento da economia compartilhada (*sharing economy*). Para tanto será analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça do Trabalho brasileiros, relativamente à plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos Uber. Por fim, propõe-se uma breve reflexão acerca do trabalhador que emerge nesse contexto, bem como a necessidade de reformar o Direito do Trabalho, a fim de garantir proteção jurídica específica ao trabalhador dessas plataformas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Plataforma Digital. Uber. Trabalhador Independente. Direito do Trabalho.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the working conditions and precarious employment, especially freelancers that emerged with Gig economy, based on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, the Brazilian Superior Court of Justice and Brazilian Labor Justice regarding Uber digital platform. To conclude this article we will consider some possibilities of changing Labor Law, in order to guarantee the legal protection to this new labor market.*

**KEYWORDS:** *Digital Platform. Uber. Freelancer. Labor Law.*

### Introdução

**N**a história da Humanidade, as revoluções industriais modificaram a ordem do mundo, produziram o melhor: riqueza, prosperidade, progresso econômico e social; e o pior: proletarização, guerras, massacres. Produziram, ainda, a reformulação e a criação de instituições internacionais (Organização das Nações Unidas – ONU, Organização Internacional do Trabalho – OIT, Organização Mundial da Saúde – OMS, etc.) e a “invenção” do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social).

O período de paz e prosperidade vivido pelos países europeus após a Segunda Guerra Mundial é atribuído a essa nova figura do Estado do Bem-Estar Social e

---

\* *Pesquisadora; doutora em Direito (summa cum laude) pela Université Paris I Panthéon-Sorbonne; membre associée do Centre Jean Bodin, Université d'Angers; membro do Institut de Psychodynamique du travail; membro do Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne; servidora pública do Tribunal Superior do Trabalho.*

aos três pilares em que se apoia: serviços públicos eficientes e eficazes, previdência social e uma legislação trabalhista que vincula ao emprego um estatuto jurídico garantindo aos trabalhadores um mínimo de proteção social (SUPIOT, 2017).

Assim, as relações de trabalho pactuadas por meio de contratos de trabalho (contrato “tradicional” a prazo indeterminado) são regidas pelo Direito do Trabalho; e as relações decorrentes de contratos de prestação de serviços, em regra geral, pelo Direito Civil. O prestador de serviços é considerado um trabalhador autônomo<sup>1</sup> e o trabalhador do contrato de trabalho “tradicional”, um assalariado.

A transição do mundo industrial (taylorista/fordista) para o mundo pós-industrial (liberal, neoliberal e pós-moderno) reconfigurou o mundo e não foi diferente com o mundo do trabalho.

O neoliberalismo, a globalização da economia e as tecnologias da informação (TIC) são em grande parte responsáveis pela reestruturação das empresas, anunciando o fim do *Welfare State*, do trabalho assalariado<sup>2</sup> e a emergência de um novo modelo de trabalho com ênfase na flexibilidade, redução de custos e das garantias trabalhistas e previdenciárias (NAHAS, 2018).

Nos meios empresariais existe uma forte convicção de que a flexibilidade no emprego e a desregulação das leis trabalhistas são condições indispensáveis para a melhoria da competitividade e conquista do progresso econômico.

Crê-se que a legislação trabalhista é um produto do *Welfare State* e, portanto, incompatível com o atual neoliberalismo que regula o mundo globalizado. Assim, o Estado de Direito é substituído pelas leis do mercado e, consequentemente, o Direito deve se submeter a um cálculo de utilidade e eficiência ditado por essas leis, e não o contrário (SUPIOT, 2017).

De uma maneira sutil, gradual e constante, o contrato de trabalho “tradicional” foi descaracterizado em nome da flexibilidade imposta pelas leis do mercado. Paradoxalmente, passou-se a confiar mais nas leis do mercado do que nas leis que regulam esse mercado, e que garantem um certo grau de segurança e de Justiça Social.

---

1 Trabalhador autônomo é a pessoa física ou jurídica que exerce atividade profissional sem vínculo empregatício, por conta própria, assumindo todos os riscos inerentes à sua atividade econômica. Não está vinculado à estrutura hierárquica, diretiva, disciplinar, econômica, produtiva ou técnica do tomador de serviços e possui liberdade total para negociar preços e condições de trabalho com seus clientes (EBERT, 2017, p. 179). Inteligência dos arts. 3º e 442-B da CLT.

2 Trabalhador assalariado (ou trabalhador regular ou típico) é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT).

Nesse contexto, anuncia-se a redução drástica, ou mesmo a extinção do trabalho a prazo indeterminado e a tempo integral, em favor do emprego flexível, a termo e/ou jornada variável. “Esta evolução implica o aumento da força de trabalho flexível, fluida, periférica ou contingente que engloba, sobretudo, os trabalhadores a tempo parcial, temporariamente contratados e certas categorias dos trabalhadores por conta própria” (KOVÁCS, 2003, p. 474).

Acrescente-se a esse cenário a questão da diluição de fronteiras entre trabalho dependente e trabalho independente, entre precariedade laboral e desemprego:

“Na perspectiva de Zygmunt Bauman (2001, 2003), enquanto a ‘modernidade pesada’ ou ‘sólida’ foi a época do compromisso entre capital/trabalho, em que existia um ‘exército de reserva da mão de obra’, que correspondia a trabalhadores que eram úteis ao funcionamento do sistema capitalista, na ‘modernidade líquida’, esses trabalhadores deixam de ser necessários, tornando-se *superfluos* ou *inúteis no mundo* (BAUMAN, 2001, 2003; CASTEL, 1995; ARENDT, 1958).” (SÁ, 2010)

Tal metamorfose tem incidência na legislação, sobretudo a trabalhista, e contribui para o desenvolvimento de uma grande variedade de formas de trabalho, cujo denominador comum é, como dito, a flexibilidade em termos contratuais, como atestam os contratos a termo, de trabalho temporário, a contratação de prestadores de serviços “terceirizados”, etc. (KOVÁCS, 2003; SUPIOT, 2017).

Com o desenvolvimento das tecnologias da informação (TIC) surge a economia compartilhada (ou colaborativa) da *Gig Economy* e novas formas de trabalho, de contratos “atípicos”, que têm como ponto de convergência a inaplicabilidade da relação trabalhista “tradicional” e o uso das plataformas digitais.

A economia compartilhada da *Gig Economy* revela um novo modelo de trabalho temporário, flexível e ultra precário.

No Reino Unido, segundo o jornal *The Guardian*, o *Gig Economy* representa 4,7 milhões de empregos concentrados nos setores de entrega de alimentos ou transporte urbano (táxi).

A esse respeito, ressalte-se que a Inglaterra “inventou” o *zero hour contract*, um contrato entre trabalhador e empregador sem garantia mínima de horas de trabalho ou de remuneração, mas no qual o empregado possui a liberdade de aceitar ou não a oferta de trabalho (*zero hours contracts: guidance for employers*).

A mesma tendência se confirma na Itália, após a Reforma Biagi, de 2003 e a criação do *lavoro accessorio*. O contrato de trabalho “tradicional” foi am-

plamente desregulamentado dando origem a contratos atípicos, temporários, de parassubordinação para realização de trabalhos domésticos como jardinagem, limpeza ou manutenção, atendimento domiciliar de crianças, idosos, doentes ou pessoas com deficiência, etc.

No mesmo sentido, na França há muito ocorre uma lenta e constante flexibilização das leis trabalhistas. A esse respeito, citem-se, por exemplo, os *contrats d'entreprise et de sous-traitance, du prêt de main-d'œuvre et contrats de prêt de main-d'œuvre à but lucratif*, que apresentam certas semelhanças com os contratos de prestação de serviços temporários – de terceirização – no Brasil (BARRA, 2019, p. 30).

Em 2016<sup>3</sup>, a França introduziu em seu Código do Trabalho o artigo L. 7.341 e ss. referentes aos trabalhadores que utilizam plataformas digitais no exercício de sua atividade profissional, definidas pelo art. 242 *bis* do Código Geral de Impostos.

Desde 2003, na Alemanha (Planos *Hartz I e II*) vigora a figura dos contratos chamados *mini-jobs*, caracterizados por baixa remuneração – 450 euros por mês – e curta duração – não superior a 3 meses ou 70 dias por ano.

Os Estados Unidos da América permanecem, por excelência, dentre os países desenvolvidos, como território de experiências de novas tecnologias e de novas formas de gestão do trabalho. Segundo a revista *Forbes*, em 2016, 53 milhões de americanos se declaram *freelancers*. Normalmente, são sinônimo de formas precárias de emprego<sup>4</sup> utilizando TIC, particularmente, as plataformas digitais no exercício da atividade profissional. A massificação e banalização da figura do *freelancer* ocorreu principalmente com o surgimento da “1099 economy”, em referência ao formulário fiscal (*Form 1099*<sup>5</sup>) que esses *freelancers* devem preencher.

---

3 *Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 26 set. 2019.

4 “Trabalho precário (...) características: i) Insegurança no emprego; ii) Perda de regalias sociais; iii) Salários baixos; iv) Descontinuidade nos tempos de trabalho. Associamos, assim, o trabalho precário à instabilidade (impossibilidade de programar o futuro – situação dos jovens que ficam até mais tarde em casa dos pais); à incapacidade econômica (impossibilidade de fazer face aos ‘riscos sociais’ e de assegurar as despesas econômicas do cotidiano – o surgimento dos ‘novos pobres’); e à alteração dos ritmos de vida (alteração nos horários de trabalho e da relação entre trabalho/desemprego). O trabalho precário está associado não só ao tipo de contrato, como também a um conjunto de outras variáveis que se enquadram na história econômica e social de cada país, a saber, a segurança social, os direitos sociais, a legislação laboral, o nível salarial, a oferta do mercado de trabalho, entre outras.” (SÁ, 2010)

5 Disponível em: <<https://www.irs.gov/>>. Acesso em: 8 out. 2019.

## DOUTRINA

Ressalte-se ainda que o *freelancer* pode “terceirizar” seu trabalho a outro(s) *freelancer(s)*, como é o caso dos *turkers*<sup>6</sup> da *Amazon* que trabalham por peça ou por microtarefas e são remunerados em centavos. Os *turkers* são, em regra geral, jovens, mulheres, mal remunerados e têm um alto nível de educação para o trabalho geralmente pouco qualificado que executam.

No Brasil, não é diferente. A partir dos anos 1980, observa-se a precarização do mercado de trabalho por meio da legislação trabalhista, com a substituição crescente do contrato de trabalho por prazo indeterminado pelo contrato de trabalho parcial, contrato temporário ou contratos de terceirização, o que contribui para precarização dos níveis de proteção social e o aprofundamento das desigualdades sociais no Brasil (BRAGHINI, 2017).

Assim sendo, da relação contratual de trabalho regulamentada por leis trabalhistas passamos a uma relação contratual atípica. Isso porque, o contrato de trabalho “tradicional” não corresponde às necessidades da economia compartilhada. No seu lugar, surgiu um contrato “atípico”, ultra precário, que rapidamente se impôs no mundo das plataformas digitais.

Neologismos surgem: “uberização” da economia, “plataformização” das relações trabalhistas.

Os termos referem-se às plataformas de economia compartilhada nas quais, graças à internet e às novas tecnologias (TIC) são disponibilizados, por meio de aplicativos e sem a necessidade de intermediários, diversos bens e serviços. Como exemplo, cite-se: *Uber*, *Uber Eats*, *Airbnb*, *Amazon*, *iFood* ou *99* que utilizam como mão de obra microempreendedores, trabalhadores autônomos ou “independentes” que fornecem serviços tradicionais, como locação de imóveis, transporte e limpeza, além de tarefas administrativas e de escritório. Os serviços são oferecidos por meio de um aplicativo que estabelece e garante um padrão de qualidade mínimo na realização do trabalho, bem como seleciona a mão de obra e organiza o trabalho, o exemplo mais corrente é o *Uber* (OITAVEN, 2018).

Se o *Uber* foi escolhido nesse artigo é pelo que ele representa: uma nova forma de intermediação do trabalho, cujos efeitos vão da consolidação da precarização no mercado de trabalho à desumanização do trabalho.

Objeto de debate em vários países, o desenvolvimento do trabalho via plataforma digital vai muito além do mundo do transporte urbano incarnado

---

6 *Amazon mechanical, Turk requesters*. Disponível em: <<https://aws.amazon.com/fr/what-is-aws/>>. Acesso em: 8 out. 2019.

pelo Uber. O surgimento de plataformas de intermediação digital abriu um mercado para empregos atípicos.

Vivemos numa nova época, na era do pós-emprego, do pós-salariado na qual os trabalhadores deixam de ser assalariados e passam a ser trabalhadores “atípicos” (KOVÁCS, 2003):

“As relações de trabalho passam a ser flexíveis, o que permite elaborar as seguintes formas atípicas de emprego: a) diversidade de contratos por tempo determinado e indeterminado, temporários e eventuais; b) diversidade de locais de trabalho; c) diversidade de jornadas de trabalho; d) diversidade de distribuição do tempo de trabalho; e) diversidade de intermediação de mão de obra; f) diversidade de controles aplicados ao trabalho que vão desde os cargos de direção até o sistema de distribuição de prêmios.” (NAHAS, 2018, p. 110)

Esse trabalhador – autônomo, “independente”, *freelancer*? – transita em uma *zone grise*: ele não é trabalhador subordinado, embora esteja submetido ao controle de um algoritmo e mantenha dependência econômica em relação à plataforma. Seu trabalho é exercido por meio de tecnologias de informação e comunicação móvel, o que lhe permite trabalhar em qualquer lugar fora da estrutura empresarial. Muitas vezes, ele sequer conhece a quem o produto do seu trabalho será destinado, sobretudo quando se trata de uma longa cadeia produtiva. Interrupções de atividades e mudanças de trajetória tornaram-se comuns. A prestação de serviços e a produção dependem do mercado, que pode ser incerto. Os custos e riscos desta produção são de sua inteira responsabilidade. Ele é, ao mesmo tempo, fornecedor do resultado e agente de produção de riqueza (NAHAS, 2018).

Esse cenário exige uma reflexão sobre um novo Direito do Trabalho (B) que deverá abranger e proteger um novo tipo de trabalhador (A):

### *Um novo tipo de trabalhador*

Quem é o trabalhador que emerge desse mercado (2)? Para responder a essa questão será analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Justiça do Trabalho brasileiros, relativamente à plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos Uber (1):

### *Uber: jurisprudência*

O Uber é uma plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos que, por meio de aplicativo de celular, capta uma oferta e uma

demanda de transportes e coloca à disposição dos interessados, motoristas e passageiros.

Essa relação triangular de intermediação entre o Uber, seus parceiros-motoristas e seus clientes-passageiros, nova do ponto de vista do Direito, especialmente, do Direito do Trabalho, tem sido objeto de contencioso administrativo e jurídico: *quid iuris?* Relação de trabalho ou relação civil?

O Tribunal de Justiça da União Europeia, o Superior Tribunal de Justiça e a Justiça do Trabalho brasileiros analisaram essa questão e firmaram o seguinte entendimento: se o trabalhador da plataforma de intermediação Uber, que se declarou como empreendedor individual, é livre para organizar seu tempo de trabalho, não há subordinação jurídica. Trata-se de um trabalhador autônomo ou eventual. No entender dessas Cortes, mesmo estando claro que a intermediação da plataforma Uber é condição essencial ao labor realizado pelo trabalhador, tem-se que a liberdade na organização do trabalho exclui a subordinação jurídica. Logo, não há que se falar em relação de trabalho.

Assim, em 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a empresa Uber é uma plataforma de intermediação de serviços de transportes urbanos, sujeita à regulamentação prevista pelos Estados-Membros da União Europeia para esse tipo de atividade (a).

No Brasil, em 2019 (b), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirmou que há um contrato civil entre a empresa Uber e os motoristas, executores da atividade, os quais atuam como empreendedores individuais sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. Não há relação de trabalho ou de emprego, o trabalhador é autônomo ou eventual.

No mesmo sentido, a Justiça do Trabalho assevera que o motorista que presta serviços de transporte de passageiros por intermédio do aplicativo Uber é um trabalhador autônomo.

Para essas Instâncias, a relação entre a plataforma Uber, empresa de transporte conforme o TJUE, e seus motoristas é civil. E ainda que haja monitoramento eletrônico, fixação da organização de trabalho por meio de algoritmos e a avaliação dos motoristas por parte da Uber, não há relação de emprego entre as partes.

### **Jurisprudência da União Europeia**

Segundo a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de dezembro de 2017, a empresa Uber é uma plataforma digital que oferece ser-

viços de intermediação de transportes urbanos, entre motoristas e passageiros. O serviço prestado por motoristas não profissionais, que utilizam o seu próprio veículo e clientes agenciados pela Uber constitui um serviço de transportes urbanos. Consequentemente, os Estados-Membros podem regulamentar as condições de prestação desse serviço.

Em 2014, em Barcelona, na Espanha, Elite Taxi, uma associação profissional de motoristas de táxi da cidade de Barcelona, interpôs um recurso no *Juzgado de lo Mercantil nº 3*, de Barcelona (Tribunal de Comércio nº 3) acusando *Uber Systems Spain*, empresa ligada à *Uber Technologies*, de práticas desleais e de violação das regras espanholas da concorrência. Isso porque, nem a *Uber Systems Spain*, nem os motoristas não profissionais dos veículos em causa, dispõem das licenças e autorizações administrativas previstas no Regulamento sobre os Serviços de Táxi da Aglomeração de Barcelona para trabalharem.

A fim de solucionar a questão, dentre vários aspectos examinados, o *Juzgado de lo Mercantil nº 3*, de Barcelona entendeu necessário verificar se o serviço prestado pela Uber estava compreendido na Diretiva relativa aos Serviços no Mercado Interno (Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos Serviços no Mercado Interno) ou na Diretiva sobre o Comércio Eletrônico (Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 8 de junho de 2000).

Em resposta, o TJUE declarou que:

“Um serviço de intermediação como o que está em causa, que tem por objeto, através de uma aplicação para telefones inteligentes, estabelecer a ligação, mediante remuneração, entre motoristas não profissionais que utilizam o seu próprio veículo e pessoas que pretendem efetuar uma deslocação urbana, deve ser considerado indissociavelmente ligado a um serviço de transporte e, por conseguinte, abrangido pela qualificação de ‘serviço no domínio dos transportes’ na aceção do direito da União. Por conseguinte, tal serviço deve ser excluído do âmbito de aplicação da livre prestação de serviços em geral, bem como da Diretiva relativa aos serviços no mercado interno e da Diretiva sobre o comércio eletrónico.

Daqui resulta que, no estado atual do direito da União, cabe aos Estados-Membros regulamentar as condições de prestação de tais serviços no respeito pelas regras gerais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.” (Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Acórdão no processo C-434/15)

## DOCTRINA

Assim sendo, o serviço de intermediação prestado pela Uber é “parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte e, portanto, que não corresponde à qualificação de ‘serviço da empresa da informação’, mas sim de ‘serviço no domínio dos transportes’” (Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Acórdão no processo C-434/15).

Em conclusão, o TJUE afastou a aplicação da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 12 de dezembro de 2006, bem como da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 8 de junho de 2000 e declarou que os serviços prestados pelo Uber estão abrangidos pela política comum dos transportes. Por conseguinte, o Uber está sujeito à regulamentação prevista pelos Estados-Membros da União Europeia:

“Nessa situação, o prestador desse serviço de intermediação cria, ao mesmo tempo, uma oferta de serviços de transporte urbano, que torna acessível designadamente através de ferramentas informáticas, e cujo funcionamento geral organiza a favor das pessoas que pretendessem recorrer a essa oferta para efeitos de deslocação urbana. A este respeito, o Tribunal de Justiça salienta que a aplicação fornecida pela Uber é indispensável tanto para os motoristas como para as pessoas que pretendem efetuar uma deslocação urbana. Sublinha igualmente que a Uber exerce também uma influência decisiva nas condições da prestação desses motoristas. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça entende que este serviço de intermediação deve ser considerado parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte e, portanto, que não corresponde à qualificação de ‘serviço da empresa da informação’ mas sim de ‘serviço no domínio dos transportes’.” (Tribunal de Justiça da União Europeia. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Acórdão no processo C-434/15)

### Jurisprudência no Brasil

*STJ: Uber é uma plataforma de intermediação. Relação civil entre as partes*

Alinhando-se à jurisprudência do TJUE, em 28 de agosto de 2019, o STJ afirmou que há um contrato civil entre a plataforma Uber e os motoristas, executores da atividade, os quais atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. O trabalhador é autônomo ou eventual.

## DOCTRINA

No Conflito de Competência 164.544/MG, o STJ declarou que cabe à Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta Uber, a fim de que possa trabalhar. Eis o fundamento ementado:

“Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito à eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. Compete à Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta Uber para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.” (Conflito de Competência 164.544/MG [2019/0079952-0], Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 28.08.2019, DJ 03.09.2019)

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais ajuizada por um motorista contra a empresa Uber, pessoa jurídica de direito privado. O autor sustentou que realizava transporte de passageiros por meio do aplicativo Uber, mas sua conta foi suspensa pela empresa, impossibilitando o exercício de seu trabalho. Sustentou, ainda, que a alegação da Uber de que houve comportamento irregular e mau uso do aplicativo causou-lhe prejuízos materiais, pois efetuou a locação de veículo segundo os requisitos de qualidade estabelecidos pela plataforma e com a suspensão de sua conta, encontra-se na impossibilidade de trabalhar. Requereu a reativação de sua conta no Uber e o ressarcimento de danos materiais e morais.

Proposta a ação perante a Justiça Comum Estadual, esta declinou sua competência por entender que se trata de relação de trabalho. O caso foi remetido à Justiça do Trabalho que se declarou, também, incompetente e suscitou conflito de competência, sob o fundamento de que não restou caracterizada a relação de emprego.

O STJ considerou que se trata de pedido de reativação da conta Uber para que o autor possa re-utilizar o aplicativo e trabalhar. A causa de pedir é o contrato de intermediação digital para a prestação de serviços entre as partes. Logo, os fundamentos de fato e de direito da causa não versam sobre eventual relação de emprego entre as partes, tampouco a percepção de verbas de natureza trabalhista. O pedido decorre de um contrato civil firmado com a empresa Uber, detentora de aplicativo de celular e o autor, motorista.

*In casu*, não se trata de relação de emprego porque ausentes os seus pressupostos: pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade. O trabalho caracteriza-se como autônomo ou eventual, pois o motorista da empresa Uber é um empreendedor individual, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma.

Em resumo, para o STJ, a empresa Uber é uma plataforma de intermediação de serviços de transportes urbanos que atua no mercado por meio de um aplicativo de celular responsável por fazer a aproximação entre os motoristas-parceiros e seus clientes-passageiros. Os motoristas do aplicativo não têm qualquer relação hierárquica com a empresa Uber porque seus serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos e sem salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício entre as partes. Afastada a relação de emprego, tem-se que o sistema de transporte privado individual, a partir de provedores de rede de compartilhamento, detém natureza civil. Por tais razões, concluiu-se que os motoristas atuam como empreendedores individuais, logo não têm vínculo empregatício com a empresa proprietária da plataforma.

### **Justiça do Trabalho no Brasil: Uber é uma plataforma de intermediação. Não há relação de trabalho ou emprego entre as partes**

A jurisprudência trabalhista alinha-se à jurisprudência europeia e do STJ, no sentido de que não há relação de trabalho ou emprego entre o motorista que presta serviços de transporte de passageiros por intermédio do aplicativo e a plataforma Uber. Isso porque não está caracterizada entre as partes a subordinação jurídica, principal elemento do vínculo de emprego. Dentre outras, a jurisprudência trabalhista apresenta as seguintes razões:

– *Ausência de subordinação jurídica porque se trata de um regime de parceria:*

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. MOTORISTA DE APLICATIVO. AUTONOMIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO CONFIGURA-

## DOCTRINA

DO. O Tribunal Regional consignou que os elementos dos autos demonstram autonomia do reclamante na prestação dos serviços, especialmente pela ausência de prova robusta acerca da subordinação jurídica. Ademais, restando incontroverso nos autos que, ‘pelos serviços prestados aos usuários, o motorista do Uber, como o reclamante auferiu 75% do total bruto arrecadado como remuneração, enquanto que a quantia equivalente a 25% era destinada à reclamada (petição inicial-item 27-id. 47af69d), como pagamento pelo fornecimento do aplicativo’, ressaltou o Tribunal Regional que, ‘pelo critério utilizado na divisão dos valores arrecadados, a situação se aproxima mais de um regime de parceria, mediante o qual o reclamante utilizava a plataforma digital disponibilizada pela reclamada, em troca da destinação de um percentual relevante, calculado sobre a quantia efetivamente auferida com os serviços prestados’. Óbice da Súmula nº 126 do TST. Incólumes os arts. 1º, III e IV, da Constituição Federal e 2º, 3º e 6º, parágrafo único, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR-11199-47.2017.5.03.0185, 8ª Turma, Relª Minª Dora Maria da Costa, DEJT 31.01.2019)

– *Ausência de subordinação jurídica porque há autonomia na organização do trabalho:*

“Se ‘o trabalhador é livre para definir o seu horário de trabalho, os dias de trabalho, podendo prestar serviços a outrem, inclusive aplicativo concorrente, com autonomia, sem nenhuma ingerência da reclamada’, não há que se falar em subordinação jurídica.” (TRT da 15ª Região, Processo 0010947-93.2017.5.15.0093-RO, Rel. Edison dos Santos Pelegrini, 10ª Câmara, publ. 29.11.2018)

– *Ausência de subordinação jurídica, ainda que haja monitoramento do trabalho e do trabalhador:*

Assim, o monitoramento eletrônico, o controle do trabalhador por geolocalização, o controle do preço e da organização do trabalho, a análise prévia e a avaliação dos motoristas não caracterizam relação de trabalho ou de emprego, nos termos do art. 3º da CLT porque ausente a subordinação jurídica e estrutural.

“Resta, pois, saber se a submissão às regras criadas pela empresa para a utilização do aplicativo (treinamento de cortesia, limpeza do veículo, oferecimento de brindes aos usuários), a centralização do acionamento do motorista pelo aplicativo e as sanções decorrentes de má-avaliações pelos usuários/recusa nas corridas são suficientes ao reconhecimento da subordinação jurídica, nos moldes do art. 3º da CLT. (...) não são, na

forma acertadamente decidida na Origem (...) Considerando-se tratar-se de uma relação de trabalho moderna, assim como outras que surgiram mais recentemente, a questão da subordinação do motorista à empresa de tecnologia deve ser analisada sob o prisma da existência da subordinação estrutural, ou seja, para sua caracterização seria necessário que o empregado exercesse função inafastável da atividade-fim da empresa. Essa subordinação estrutural, todavia, não ocorre em relação entre a empresa de mobilidade urbana e o autor, como acertadamente constou da sentença. Evidentemente que a empresa ré não tem qualquer intenção de integrar o motorista à dinâmica de sua organização empresarial nem incorporá-lo a seus valores ou cultura. *In casu*, a relação principal se dá entre motorista e passageiro. A empresa de mobilidade é um elo entre ambos, por deter a tecnologia necessária para tanto. Tanto que as avaliações das corridas são feitas pelos passageiros. Trata-se, pois, de relação comercial, cujo elo é uma ferramenta tecnológica (desenvolvida pela reclamada), não de relação de emprego, onde a subordinação é pessoal. O autor laborava para si; prestava serviços com ampla liberdade, sem sujeição a quaisquer determinações de chefia. Tratou-se de relação autônoma, livremente pactuada e que atendeu às suas necessidades. Não se encontram presentes, *in casu*, os requisitos do art. 3º da CLT.” (TRT da 2ª Região, Processo 1000903-50.2017.5.02.0613-RO, 8ª Turma, Relª Iara Ramires da Silva de Castro, j. 22.11.2018)

– *Ausência de subordinação jurídica porque o trabalhador assume todos os riscos da atividade econômica:*

“A reclamada não nega que o autor transportasse os pedidos de refeições a seus clientes, mas alega a autonomia na prestação, atraindo para si o ônus da prova dessa circunstância (art. 818, II, da CLT), do qual se desincumbiu. A reclamada reconhece que o reclamante trabalhou em seu favor, mas em caráter autônomo, efetuando o serviço de *delivery* de alimentos a clientes por meio de aplicativos, como *Uber Eats* e *iFood*. Onerosidade, ao menos em relação à ré. Também não se provou a habitualidade e a pessoalidade, visto que o labor era por demanda, sendo que o não atendimento do pedido não implicava punição, mas apenas o não recebimento do valor daquela entrega. Ademais, observa-se importante elemento da autonomia no custeio pelo próprio demandante dos gastos com sua motocicleta. Ou seja, ele assumia os riscos do seu negócio. Não provados os requisitos caracterizadores da relação de emprego, mantenho a r. sentença.” (TRT da 2ª Região, Processo 1001157-36.2018.5.02.0080, RO, 14ª Turma, j. 08.04.2019, Relª Raquel Gabbai de Oliveira)

Do exposto, conclui-se a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça do Trabalho brasileiros, que o trabalhador da plataforma digital de intermediação de serviços de transportes urbanos Uber é um trabalhador autônomo, empreendedor individual, livre para organizar seu tempo de trabalho e que assume todos os riscos da atividade econômica, mas que depende totalmente da plataforma digital para exercer suas atividades profissionais.

Essa resposta jurisprudencial tem consequências que merecem ser examinadas minuciosamente.

Restou claro dos julgados acima mencionados que o serviço de intermediação da plataforma Uber é essencial ao labor realizado pelo trabalhador. Isso porque o Uber cria e regula uma oferta pré-existente de demanda por transporte urbano e controla, ao mesmo tempo em que oferece, a sua organização e acesso por parte daqueles que pretendem utilizar esta oferta (motorista e clientes).

O Uber exerce controle sobre a qualidade dos veículos, sobre o comportamento de seus motoristas em relação aos padrões pré-estabelecidos, podendo excluir o motorista e privar-lhe de trabalho, se não preencher os critérios de qualidade e prestação de serviços. O aplicativo pode, ainda, usar algoritmos preditivos para fixar preços e oferta de trabalho, o que lhe permite exercer intenso controle sobre o trabalho prestado, deixando pequena margem de autonomia e decisão para o trabalhador.

E mais, o Uber exerce uma influência decisiva nas condições de trabalho: em primeiro lugar, porque o algoritmo de cálculo de preços induz o ritmo de trabalho do motorista, aumentando quando a demanda é alta e reduzindo quando ocorre o contrário. O objetivo é incentivar o motorista a adaptar seu comportamento às necessidades da plataforma. Em segundo lugar, porque o Uber estabelece o valor da força de trabalho<sup>7</sup>, por meio de sua aplicação que fixa o preço máximo do trajeto e recolhe o valor junto ao cliente antes de repassar uma parte (do valor) ao motorista do veículo. Enfim, o Uber supervisiona a qualidade dos serviços por meio da avaliação contida no aplicativo e se reserva o direito de excluir o motorista da plataforma que julgar inapropriado.

Assim, o Uber organiza o trabalho, aufero o lucro e detém poder disciplinar, sem ser empregador.

Esse cenário é, no mínimo, curioso: a jurisprudência afirma que o motorista do Uber é livre para organizar seu trabalho como quiser. Mas se o Uber

---

7 Teoria do valor-trabalho. Cf. MOLLO, 2013.

exerce controle sobre todos os aspectos economicamente relevantes do serviço de transporte oferecido em sua plataforma, questiona-se se o motorista do Uber é, de fato, um trabalhador autônomo.

### **Trabalhador Autônomo ou Independente?**

Como visto, a jurisprudência brasileira considera que o trabalhador – motorista – do Uber é um trabalhador autônomo ou eventual.

Permite-se discordar dessa jurisprudência. Isso porque a denominada horizontalidade das plataformas digitais parece ocultar estruturas hierárquicas de dominação e vínculos de subordinação diferentes do que o Direito do Trabalho atual conhece.

A ênfase em uma estrutura abstrata, na verdade oculta uma pluralidade de atores (trabalhador, cliente e plataforma) e uma nova categoria de trabalhador “independente”, que se adapta a uma nova noção de empregabilidade<sup>8</sup>, segundo a qual o trabalhador é o único responsável pela aquisição, gerenciamento e desenvolvimento do seu trabalho e de suas competências, bem como de todos os riscos do empreendimento.

Trabalhador “independente” é o trabalhador pós-salariado, pós-condição-salarial, “quase empregado”, assalariado ocasional, trabalhador por prazo certo, “trabalhador por conta própria”. Ele pode ou não ser uma pessoa jurídica e realiza a prestação de serviços, ou parte de um serviço/tarefa, de modo pessoal, mediante contrapartida financeira. O trabalhador “independente” assume todos os custos, riscos da produção e o resultado (MENEZES, 2005; NAHAS, 2018; BARRA, 2019).

Na verdade, nessas relações de trabalho “atípicas” há uma forte assimetria na relação entre o empregador e o trabalhador, pois a forma como o trabalho está organizado incita o trabalhador a aceitar condições laborais degradadas, menor remuneração, além de assumir totalmente o risco da atividade econômica.

Esse trabalhador “independente”, mas economicamente dependente, e suas condições de trabalho “atípicas”, precárias e frágeis demandam a proteção de um novo Direito do Trabalho.

---

8 “A empregabilidade é isto: manter-se num estado de competência, de competitividade no mercado (como nos mantemos em boa forma física) para se poder, talvez um dia, ser empregado, ter uma missão precisa e limitada, uma prestação determinada.” (SÁ, 2010)

## Um novo Direito do Trabalho

As relações de trabalho na economia de compartilhamento não se enquadram na atual legislação do trabalho. Não se trata nem da relação de trabalho “tradicional”, nem do trabalho autônomo, mas de uma *zone grise* do Direito. Isso porque, embora a flexibilidade e a autonomia do contrato “atípico” pactuado entre um trabalhador “independente” e uma plataforma digital sejam invocadas para descrever a liberdade na organização do trabalho, a verdade é que esse trabalhador está submetido a um controle a distância, por meio de algoritmos e é economicamente dependente da plataforma digital (OITAVEN, 2018).

O trabalho via plataformas digitais renova o questionamento em torno do trabalho e da proteção dos trabalhadores excluídos da legislação trabalhista, mas economicamente dependentes e cuja atividade gera um valor-trabalho recuperado pelas plataformas.

Faz-se necessário uma profunda reforma do Direito do Trabalho, a fim de suprir lacuna legislativa no que diz respeito a essa forma de trabalho baseada em um contrato “atípico” aqui entendido como aquele que combina trabalhos temporários ou eventuais entre si, anunciando novas formas de relações de trabalho na economia de compartilhamento.

Impõe-se a criação de um estatuto jurídico específico que abranja o trabalhador “independente”, uma figura híbrida entre empregado e trabalhador autônomo.

Uma presunção de dependência econômica poderia ser criada, quando restar provado que grande parte da remuneração do trabalhador “independente” é obtida a partir de um único cliente. O objetivo seria o de garantir uma proteção jurídica a trabalhadores fortemente vinculados a uma única empresa cliente, como já ocorre na França (Trabalhadores Autônomos Economicamente Dependentes – TAEDs – que acumulam uma autonomia jurídica com uma situação de dependência econômica em relação a um único cliente) (ANTONMATTEI, 2008; MONDON-NAVAZO, 2016).

Além da dependência econômica, esse contrato de trabalho “atípico” seria caracterizado a partir de uma nova forma de subordinação, qual seja a subordinação digital ou “algorítmica”.

O que se entende por subordinação digital ou “algorítmica”?

Na gênese da organização do trabalho por meio das plataformas digitais encontra-se o algoritmo que tudo comanda: ele distribui o trabalho, impõe o preço final do produto, ou seja, a tarifificação, conforme a evolução das condições

de oferta e procura do mercado. Além de controlar o trabalhador por meio de geolocalização e de instituir um sistema de pontuação que orienta e determina a execução das atividades. Sem olvidar que esse trabalho é constantemente supervisionado e avaliado pelo cliente.

Tome-se o exemplo do motorista Uber, ele depende totalmente da plataforma digital para trabalhar. A organização do trabalho se faz por meio da plataforma que controla a oferta e a demanda, e em troca o trabalhador oferece sua força de trabalho. Assim, a plataforma não é apenas um sistema de algoritmos, ela exerce verdadeiro controle sobre os trabalhadores que se colocam à sua disposição (SUPIOT, 2017). O que autoriza reafirmar que o trabalhador não goza da ampla autonomia insistentemente propagada na organização do seu trabalho.

“O controle por programação ou comandos (ou por algoritmo) é a faceta moderna da organização do trabalho. Passa-se da ficção do trabalhador-mercadoria para a ficção do trabalhador-livre, em aliança neofeudal com a empresa.” (OITAVEN, 2018, p. 35)

Essas condições de trabalho caracterizam a subordinação digital ou “algorítmica”: de intensidade notável ela merece reflexão por parte do legislador, sobretudo no que tange a seus efeitos sobre a saúde dos trabalhadores.

Enfim, essa nova legislação trabalhista deveria assegurar direitos sociais mínimos aos trabalhadores “independentes”, como, por exemplo, garantia de remuneração mínima, normas de higiene, proteção à saúde e integridade física do trabalhador, proteção contra acidentes de trabalho ou doença profissional, períodos de repouso semanais e anuais, aposentadoria e direitos sindicais. E ainda:

“autonomia do trabalhador para desenvolver a sua atividade; liberdade para o trabalhador fixar o seu horário de trabalho, bem como para delimitar a jornada de trabalho; (...) responsabilização dos trabalhadores pelos danos causados aos clientes e à reputação da plataforma ou do aplicativo; reembolso dos gastos realizados para o trabalhador aderir à plataforma ou ao aplicativo.” (OITAVEN, 2018, p. 23)

### Considerações finais

Neste artigo examinou-se a precarização nas novas relações de trabalho a partir da plataforma digital de intermediação de serviços de transporte urbano, Uber, a jurisprudência e legislação atual aplicável aos trabalhadores dessas

plataformas, bem como a necessidade de uma profunda reforma do Direito do Trabalho a fim de lhes garantir uma proteção legal mínima.

Segundo Castel, o trabalho se encontra em uma situação paradoxal: “nunca o trabalho foi mais central no processo de criação de valor. Mas nunca os trabalhadores foram mais vulneráveis, já que se converteram em indivíduos isolados subcontratados numa rede flexível, cujo horizonte é desconhecido inclusive para a mesma rede” (KOVÁCS, 2003, p. 484<sup>9</sup>).

O neoliberalismo, a globalização, a transformação das formas de organização do trabalho no contexto da economia compartilhada associada ao desenvolvimento de novas tecnologias da informação e comunicação modificou profundamente a relação subjetiva ao trabalho e suas dinâmicas coletivas (DEJOURS, 2012).

Todas essas transformações alimentam os debates atuais sobre o trabalho assalariado, tal como o conhecemos, um dos fundamentos do *Welfare State*.

Diversas modificações legislativas têm sido perpetradas a fim de flexibilizar o trabalho e “modernizar” o Direito, mas que, na verdade, incitam à precarização e reduzem ou eliminam direitos e liberdades fundamentais do trabalhador.

Trata-se, como afirmou Castel, da “desestabilização dos estáveis”, ou seja, da substituição de um conjunto de direitos – remuneração não inferior ao salário mínimo, benefícios sociais, aposentadoria e segurança no emprego – por outros sem garantia de remuneração mínima, tampouco de proteção social (SÁ, 2010).

O problema não é apenas que o Estado do Bem-Estar Social não possa mais oferecer as proteções sociais construídas durante seu apogeu, mas que ele não oferece nenhuma outra forma de proteção em relação àquelas que foram suprimidas.

Nesse contexto, o que hoje emerge é um capitalismo sem escrúpulos, que favorece a desintegração de relações sociais, a desigualdade social e a disseminação de uma *zone grise* no mundo do trabalho, cada vez mais precário.

O trabalho deixa de ser um direito para se transformar em um meio destinado a assegurar níveis elevados de rentabilidade para a empresa e o Estado. E o trabalhador deixa de ser um sujeito de direitos para ser um custo a ser reduzido.

---

9 KOVÁCS cit. Castel.

## DOCTRINA

É preciso repensar a condição salarial, o contrato de trabalho e encontrar outros modos de conciliar flexibilidade e proteção social ao trabalhador, diante desse novo mundo da economia compartilhada.

O Direito do Trabalho deve ser reformado. Uma nova legislação deve ser criada especificamente destinada aos trabalhadores “independentes”, mas economicamente dependentes das plataformas digitais. Um Direito do Trabalho que repense a condição salarial e o contrato de trabalho à luz da subordinação digital ou “algorítmica”, com fim de garantir direitos e proteção social aos trabalhadores.

A ideologia da incerteza e da assunção do risco está associada a uma concepção liberal da empresa. A autonomia e o risco, considerados como uma constante nas relações de trabalho, acentuam o processo de individualização (DEJOURS, 2012), com graves consequências sobre a saúde física e mental do trabalhador. Isso, sem olvidar o controle do trabalho em qualquer lugar e a qualquer momento, quando não da própria pessoa do trabalhador privando-o de uma vida em família e vida social (SUPIOT, 2017).

Finalmente, é possível que a resolução dos paradoxos da precariedade nas relações de trabalho oculte um problema maior e mais premente, qual seja a questão da Justiça Social.

No centenário da Organização Internacional do Trabalho e do 75º aniversário da publicação da Declaração de Filadélfia, a questão social continua na agenda de vários países: condições de trabalho, saúde e segurança no trabalho, previdência social e a mercantilização do trabalho são, ainda, temas atuais.

Mas, se há um século buscava-se assegurar um mínimo de direitos ao trabalhador, a fim de lutar contra o desemprego e condições de trabalho dignas e humanas, por meio de direitos sociais, hoje, esses direitos são considerados um freio ao crescimento econômico e empecilho ao pleno emprego.

Se por um lado o capitalismo e a globalização geraram riquezas, novos métodos de produção e de trabalho, por outro, aumentaram os níveis de desemprego e as desigualdades na distribuição de renda. Outras formas de relações de trabalho surgiram à margem do Direito do Trabalho, negligenciando “laços de solidariedade e pertencimento entre os trabalhadores; os sindicatos enfraqueceram e a noção de trabalho e o mundo do trabalho... parecem desmonorar...” (CACCIAMALI, 1995).

A desumanização do trabalho é inquietante. Já era inquietante há um século, quando da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, sob a proteção do Tratado de Versalhes, que encerrou a Primeira Guerra

Mundial e, em 1944, durante a Segunda Guerra Mundial, quando da elaboração da Declaração de Filadélfia. Nem o trabalho, nem os homens que executam esse trabalho são uma mercadoria. O trabalho humano pode ser um meio para alcançar a paz e a justiça social se todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo tiverem assegurados o “bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades” (Declaração de Filadélfia<sup>10</sup>) (SUPIOT, 2010).

### Referências bibliográficas

ANDRÉ, Robson Gomes; SILVA, Rosana Oliveira da; NASCIMENTO, Rejane Prevot. Precário não é, mas eu acho que é escravo: análise do trabalho dos motoristas da Uber sob o enfoque da precarização. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, 18, p. 7-34, 2019. DOI: <10.21529/RECADM.2019001>. Acesso em: 21 set. 2019.

ANTONMATTEI, Paul-Henri; SCIBERRAS, Jean-Christophe. *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?* Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre, 2008. Disponível em: <<https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2019.

BARBIER J. C. La précarité, une catégorie française à l'épreuve de la comparaison internationale. *Revue Française de Sociologie*, n. 46-2, 2005.

BARRA, Juliano Sarmiento. Reforma trabalhista no Brasil: direito social internacional e europeu = labor law reform: analysis from a perspective of international european social law. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 45, n. 200, p. 19-59, abr. 2019.

BIAVASCHI, Magda Barros (Coord.). *Os impactos de algumas reformas trabalhistas na regulação e nas instituições públicas que atuam no mundo do trabalho*. 2017. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/>>. Acesso em: 21 set. 2019.

BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

BUREAU Marie-Christine et al. *Les zones grises des relations de travail et d'emploi: un dictionnaire sociologique*. 1. ed. Buenos Aires: Teseo, 2019.

CACCIAMALI, Maria Cristina; PIRES, Julio; LACERDA, Guilherme; PIRES, Elson Luciano; PORTELA, André. *Crescimento econômico e geração de empregos: considerações sobre políticas públicas planejamento e políticas públicas*. n. 12, jun./dez. 1995. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/145/147](http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/145/147)>. Acesso em: 23 set. 2019.

CALDEIRA, Christian Duarte. A evolução da precariedade nos mercados de trabalho regionais no Brasil e no México: uma abordagem a partir da análise de componentes principais e de dados em painel. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, v. 2, n. 1, jul. 2019. Disponível em: <<http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/41>>. Acesso em: 21 set. 2019.

---

10 Disponível em: <<https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>>. Acesso em: 5 out. 2019.

## DOCTRINA

CASTEL Robert; ZECCA Marine. Les métamorphoses de la question sociale. In: *Agora débats/jeunesses. Les jeunes, acteurs du politique*. 2, p. 97-102, 1995. Disponível em: <[www.persee.fr/doc/agora\\_1268-5666\\_1995\\_num\\_2\\_1\\_1517](http://www.persee.fr/doc/agora_1268-5666_1995_num_2_1_1517)>. Acesso: 25 set. 2019.

DEJOURS, Christophe. GERNET, Isabelle. Travail, subjectivité et confiance. *Nouvelle Revue de Psychosociologie*, n. 3, p. 75-91, 2012/1.

DEPARTMENT for Business, Energy & Industrial Strategy. *Zero hours contracts: guidance for employers*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/zero-hours-contracts-guidance-for-employers/zero-hours-contracts-guidance-for-employers>>. Acesso em: 26 set. 2019.

DIRRINGER, Josépha. L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé. *Revue Française des Affaires Sociales*, p. 33-50, 2018. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2018-2-page-33.htm>>. Acesso em: 7 out. 2019.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 7, n. 63, p. 166-186, nov. 2017.

FABRE, Alexandre. *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés? Premières réponses frileuses des juges français*. Dr. Soc. 547. 2018.

FORBES. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/yec/2016/02/23/the-1099-economy-is-booming-and-traditional-companies-should-be-scared/#d468c207c921>>. Acesso em: 24 set. 2019.

FREEDLAND, Mark. Le contrat de travail et les paradoxes de la précarité. Leçon au collège de France. *RDT*, 2019, 289.

GAURIAU, Rosane. Breves reflexões sobre o trabalho intermitente à luz da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. *Revista da ESMAT 15*, Campinas, n. 1, p. 285-293, 2018.

JULIEN, Mathilde; MAZUYER, Emmanuelle. Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques. *RDT*, 189, 2018.

LAROUSSE. *Dictionnaire Larousse*. Disponível em: <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/anglais-francais>>. Acesso em: 24 set. 2019.

KOVÁCS, Ilona. Reestruturação empresarial e emprego. *Perspectiva*, Florianópolis, v. 21, n. 2, p. 467-494, jul./dez. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/article/download>>. Acesso em: 25 set. 2019.

LAVITRY, L. *Flexibilité des chômeurs, mode d'emploi*. Paris: PUF, 2015.

LEME, Maria Carolina da Silva. *Precariedade e precarização do mercado de trabalho brasileiro*. 1998. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2940>>. Acesso em: 9 set. 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Trabalho intermitente e golpismo constante. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 334, p. 211-215, abr. 2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Os novos contornos das relações de trabalho e de emprego: direito do trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela Emenda nº 45/2004. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 71, n. 1, p. 84-102, jan./abr. 2005.

MOLLO, Maria de Lourdes R. A teoria marxista do valor-trabalho: divergências e convergências. *Crítica Marxista*, 37, p. 47-66, 2013.

## DOCTRINA

MONDON-NAVAZO, Mathilde. *Les Travailleurs Indépendants Économiquement Dépendants (TIED) en France et au Brésil: analyse comparative d'une zone grise d'emploi*. Tese de Doutorado em Economia. Disponível em: <<http://www.theses.fr/2016USPCA151>>. Acesso em: 30 set. 2019.

NAHAS, Thereza Christina. Novas modalidades de contratação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 84, n. 3, p. 100-119, jul./set. 2018.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos*. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2018. Disponível em: <[http://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET\\_WEB-compressed.pdf](http://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET_WEB-compressed.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2019.

SÁ, Teresa. Precariedade e trabalho precário: consequências sociais da precarização laboral. *Configurações*, 7, p. 91-105, 2010. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/configurations/203>>. Acesso em: 30 set. 2019.

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, 2016.

\_\_\_\_\_. Et si l'on refondait le droit du travail... *Le Monde diplomatique*. 2017. Disponível em: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2017/10/SUPIOT/58009>>. Acesso em: 29 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché totale*. Paris: Seuil, 2010.

THE GUARDIAN. *Gig economy in Britain doubles, accounting for 4.7 million workers*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2019/jun/28/gig-economy-in-britain-doubles-accounting-for-47-million-workers>>. Acesso em: 24 set. 2019.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão no Processo C-434/15*. Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2018.072.01.0002.01.FRA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2018.072.01.0002.01.FRA)>. Acesso em: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Comunicado de Imprensa nº 136/17. Luxemburgo, 20 de dezembro de 2017. *Acórdão no Processo C-434/15*. Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170136pt.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

Recebido em: 13/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO E OS IMPACTOS MAIS COMUNS DOS ACIDENTES DE TRABALHO

## *SAFETY AND HEALTH AT WORK AND THE MOST COMMON IMPACTS OF WORK ACCIDENTS*

**Thiago Mendonça de Castro\***

**RESUMO:** A saúde e segurança no trabalho (SST) é tema de grande relevância porque, além de abranger três direitos sociais na mesma expressão, axiologicamente traz consigo a importância da luta contra os acidentes de trabalho/doenças ocupacionais. Apesar de mundialmente se preconizar por um desenvolvimento sustentável, os acidentes de trabalho insistem em ocorrer e a nos afetar ao prejudicar o trabalhador, as empresas e a própria sociedade. Como a saúde e segurança do trabalho conseguirá combater este mal dos séculos diante das novas relações de trabalho é questão relevante a se indagar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde e Segurança do Trabalho. Acidentes de Trabalho. Impactos mais Comuns. Novas Relações de Trabalho.

*ABSTRACT: Occupational safety and health (OSHA) is a very important issue because, in addition to covering three social rights in the same expression, axiologically brings with it the importance of the fight against occupational accidents/occupational diseases. Although globally advocated for sustainable development, accidents at work insist on occurring and affecting us by harming the worker, companies and society itself. How safety and health at work will be able to combat this centuries-old evil in the context of new forms of work is a relevant question to ask.*

*KEYWORDS: Occupational Health and Safety. Work Accidents. Most Common Impacts. New Work Relations.*

### **1 – A luta da saúde e segurança do trabalho contra os acidentes do trabalho importa à toda a sociedade**

A saúde e segurança no trabalho é tema de grande relevância porque, além de abranger três direitos sociais na mesma expressão, axiologicamente traz consigo a importância da luta contra os acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais a eles equiparadas pela legislação previdenciária.

Possui, ademais, o objetivo de possibilitar uma vida digna, sadia e incólume ao empregado, próspera à empresa e ecologicamente equilibrada à toda

---

\* Advogado, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP.

sociedade, que não tem que arcar com as externalidades negativas da atividade empresarial.

O tema importa a todos os envolvidos, a saber, ao empregado, à empresa e ao Estado, o qual representa toda a sociedade.

Importa ao empregado, por questões humanitárias, porque o acidente pode ser fatal e, quando não o for, tem a força de matar aos poucos o trabalhador, seja em razão do desmonte traumático que o acidente do trabalho causa no planejamento de vida deste trabalhador, seja em razão do estigma que carregará para sempre – o que poderá levar à marginalização do acidentado –, seja principalmente porque o acidente-doença do trabalho pode levar a vida de um pai de família, de um irmão, de uma mãe, de uma hora para outra.

Importa à empresa porque, com um maior número de acidentes de trabalho, ela passa a pagar uma maior contribuição previdenciária, pode responder judicialmente por força de ações de responsabilidade civil, previdenciária, tributária, criminal, bem como poderá ter diversos custos administrativos e ainda poderá pagar um alto custo social quando a sociedade sabe que a empresa desrespeita os próprios empregados, fato que pode vir a inviabilizar sua sobrevivência.

Considerando-se que 99% (noventa e nove por cento) dos estabelecimentos no país são pequenas e microempresas<sup>1</sup> e em grande parte não possuem políticas de prevenção de acidentes de trabalho, a situação é alarmante.

Este tema também importa à sociedade, porque além de o Estado ter que reconhecer e conceder benefícios previdenciários acidentários, que são pagos com parte do custeio de toda a Seguridade Social, a qual abrange a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde (art. 194 da CF/88), a própria sociedade, que indiretamente já possui este primeiro custo, terá que absorver o impacto do processo de marginalização do indivíduo que, via de regra, não consegue voltar a trabalhar e, assim, voltar a contribuir com o sistema que o protege.

Assim, a partir da constatação realizada, pode-se entender que os acidentes de trabalho causam efeitos deletérios dentro e fora do empreendimento, o que vem a significar que as referidas externalidades negativas da atividade empresarial, ao não serem internalizadas pela própria atividade, interessam a toda a sociedade.

---

1 SEBRAE (Org.). *Anuário do trabalho nos pequenos negócios 2015*. 8. ed. Brasília, DF: DIEESE, 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/anoario/2017/anoarioDosTrabalhadoresPequenosNegocios.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

## DOCTRINA

Ademais, não nos esqueçamos que o art. 170 da CF/88 preceitua que 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. A partir daí, entendemos que deverá ser dada atenção especial ao equilíbrio entre capital e trabalho.

Apesar da gestão da saúde e segurança do trabalho ser tema de congressos médicos e jurídicos, o que mais se observa, na prática, é a análise de gestão documental enquanto o foco deveria ser muito mais humanístico e em prol do desenvolvimento sustentável, conforme veremos que preconiza a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

### 2 – Conceito de acidente de trabalho

O conceito de acidente de trabalho em nosso ordenamento jurídico é aquele previsto no art. 19 da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), que é “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho (...) provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (...)”.

O art. 20 da citada Lei de Benefícios equipara a doença profissional e a doença do trabalho ao acidente de trabalho ao defini-las, respectivamente, como “a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade” e a “adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente”.

Esclarecemos que este artigo não se propõe a fazer distinções entre acidentes do trabalho típicos e os de trajeto e tampouco destes em relação às doenças ocupacionais, nelas compreendidas as doenças profissionais e as doenças do trabalho e ainda diferenciá-las daqueles que não correspondem a acidentes de trabalho por não serem objetos de nosso estudo por se tratar de fatores genéticos ou de determinada população.

#### 2.1 – O futuro dos acidentes de trabalho

Lesões por Esforços Repetitivos – LER e Doenças Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho – DORT são doenças do passado. As chamadas “doenças do futuro” são as doenças ligadas à saúde mental. São assim chamadas em razão do provável aumento destas doenças em alguns anos.

## DOCTRINA

Embora ainda muito presentes e dominantes em nosso dia a dia, a Perda Auditiva Induzida por Ruído – PAIR e as LER/DORT (Lesões por Esforços Repetitivos e Doenças Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho), que tiveram seus ápices nos anos 1980 e 1990, atualmente estão dando lugar aos transtornos psíquicos, que já se destacam como moléstias que acometem grande número de trabalhadores.

Giuseppe Ludovico informa que estas “doenças do futuro” representam um fenômeno em constante aumento, que já afeta 28% dos trabalhadores europeus, revelando-se como causa de mais da metade das jornadas de trabalho perdidas todo ano. Segundo o professor da Università Degli Studio di Milano, os custos relativos aos acidentes psíquicos já representam três por cento do PIB europeu<sup>2</sup>, totalizando, todo ano, cerca de 617 bilhões de euros (272 bilhões dos quais por faltas ao trabalho, 242 bilhões por perda de produtividade, 63 bilhões por tratamentos de saúde e 39 bilhões por pensões por incapacidade) e por isso, trata-se, portanto, de “doenças do presente, que já substituíram, em parte, as tradicionais patologias do passado”<sup>3</sup>.

O autor europeu observa que “as previsões para o futuro são ainda mais assustadoras: segundo a Organização Mundial da Saúde, em 2020, a depressão será a principal causa de incapacidade no trabalho” e chama a atenção para o estresse ao dizer que ele representa uma das principais causas destes riscos e que a expressão riscos psicossociais, para indicar que o estresse não pode derivar exclusivamente de um fator de risco profissional, mas sim da ação conjunta de uma pluralidade de fatores que dependem da organização do trabalho, do contexto social e da percepção individual<sup>4</sup>.

De fato, a cadência no trabalho e a pressão que o empresário exerce sobre os trabalhadores parecem ser das principais causas que mais colaboram para o adoecimento mental, ensina Homero Batista Mateus da Silva<sup>5</sup>.

Noutro prumo, as novas tecnologias de comunicação e informação também permitem, cada vez mais, que os trabalhadores trabalhem em qual-

---

2 EU-OSHA. *Working on stress*. Luxemburg, EU, 2002. p. 13.

3 LUDOVICO, Giuseppe. Reflexos psicossociais das transformações do trabalho. *Seminário Internacional Trabalho Seguro 2015*. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27283/REFLEXOSPSICOSSOCIAIS%20TRT%203%20REGIAO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 out. 2019.

4 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 179.

5 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. v. 3. p. 20.

quer momento e lugar em benefício de um terceiro e tal fato pode aumentar a preocupação com a saúde mental do trabalhador.

No atual contexto de teletrabalho e a plataformação das relações de trabalho, os chamados via computadores e aplicativos, os telefonemas relacionados ao trabalho e os contatos via *e-mail*, fora do horário de expediente, podem ocasionar efeitos deletérios na saúde mental dos trabalhadores e na conciliação entre a vida pessoal e profissional, o que impede o exercício do direito à desconexão e aumenta as chances de sentimento de esgotamento pelo trabalhador.

Registra-se, por oportuno, que o Decreto nº 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, elenca em seu Anexo II as doenças do trabalho e inclui hipóteses de reconhecimento do estresse, da depressão, bem como da “Sensação de Estar Acabado (“Síndrome de *Burn-Out*”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”), como doenças de origem ocupacional e, de acordo com a Previdência Social, já é a terceira causa de afastamento do trabalho, totalizando 668.927 casos, cerca de 9% do total de auxílios-doença e aposentadorias por invalidez concedidos nesses cinco anos de análise<sup>6</sup>, revelando-se, conforme indicou o professor italiano Giuseppe Ludovico, “doenças do futuro”, mas que já fazem parte de nosso presente e reclamam desesperada atenção.

### 3 – Impactos mais comuns dos acidentes de trabalho

Os acidentes de trabalho são evitáveis e causam um grande impacto sobre a produtividade e a economia, além de trazerem grande sofrimento para a sociedade<sup>7</sup>. Por serem potencialmente evitáveis, expressam negligência e injustiça social<sup>8</sup>.

O problema se torna juridicamente relevante porque, por um lado, existem direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, como a proteção do trabalho e mais do que isso, o direito ao trabalho, à segurança e à saúde. Por outro lado, observa-se um grande número de acidentes de trabalho no país.

---

6 Segundo dados do 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade do ano 2017. Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. *Adoecimento mental e trabalho*. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2017/04/1º-boletim-quadrimestral.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

7 SANTANA, Vilma Sousa *et al.* Acidentes de trabalho: custos previdenciários e dias de trabalho perdidos. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. 6, p. 1.004-1.012, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102006000700007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000700007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 8 out. 2019.

8 DORMAN, P. *The economics of safety, health, and wellbeing at work: an overview*. Geneva: ILO, 2000.

## DOCTRINA

Empolgados pela fundamentalidade destes direitos e com apoio no escólio de J. J. Gomes Canotilho, observamos que eles devem ter sua máxima efetividade garantida<sup>9</sup>, mas não é isso que tem ocorrido nas últimas décadas.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, agência internacional da ONU que traça diretrizes mínimas sobre o Direito do Trabalho no mundo, com sede no Brasil, diz que todo ano ocorrem mais de 330 milhões de acidentes ligados ao trabalho no mundo e destes, 2,4 milhões são fatais<sup>10</sup>.

Partindo-se dos números acima, uma conta rápida demonstra que no mundo há uma média diária de mais de 6.575 mortes, ou seja, quase 274 mortes por hora ou quatro mortes por minuto. Assim, chegamos a uma morte a cada 15 (quinze) segundos em razão de acidente ou doença ocupacional, o que representa um *deficit* inaceitável na agenda do Trabalho Decente, sobretudo se considerarmos a meta nº 8.8 da Agenda 2030 da ONU<sup>11</sup> para o desenvolvimento sustentável como meta a ser atingida, inclusive pelo Brasil.

Neste cenário, particularmente, o Brasil é dono de uma constrangedora estatística de acidentes de trabalho, destacando-se entre os primeiros lugares no *ranking* mundial.

Lembra o Ministério Público do Trabalho – MPT que ocupamos o quarto lugar nesta classificação como reflexo da ocorrência de um acidente de trabalho a cada 48 (quarenta e oito) segundos e uma morte a cada 3h38 (três horas e trinta e oito minutos) em decorrência da falta de uma cultura de prevenção à saúde e à segurança do trabalho<sup>12</sup>. A OIT ratifica a informação do *Parquet* trabalhista e aponta a ocorrência de 2.503 mortes no país em decorrência de acidentes de trabalho no ano 2017<sup>13</sup>.

---

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 233.

10 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Improvement of national reporting, data collection and analysis of occupational accidents and diseases*. Tradução livre. Geneva, 2012. p. 1.

11 “Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários.” (Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 out. 2019)

12 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho*. Disponível em: <[http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae)>. Acesso em: 29 set. 2019.

13 Segundo informações da OIT, o Brasil ocupa a 4ª posição em relação ao número de mortes, com 2.503 óbitos, atrás apenas da China, com 14.924, dos Estados Unidos, com 5.764, e da Rússia, com 3.090. Cf. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/dia-mundial-de-seguranca-no-trabalho-sera>>. Acesso em: 2 out. 2019.

E não se trata de uma situação tópica, extraordinária. Muito pelo contrário. Trata-se de algo sistêmico. Há tempos o país vem apresentando altos índices de acidentalidade ocupacional e já nos anos 1970 ostentava a vergonhosa posição de primeiro lugar no *ranking* mundial de acidentes de trabalho<sup>14</sup>.

### 3.1 – Impactos dos acidentes de trabalho para a economia

A OIT alega que o elevado número de acidentes do trabalho gera uma perda de 4% do Produto Interno Bruto (PIB) global, mas que este não é um problema apenas de países em desenvolvimento. Economias desenvolvidas também sofrem perdas consideráveis e em alguns países, esta perda pode chegar a 10% do PIB ou até mais<sup>15</sup>.

No Brasil, o MPT revela, por meio do Observatório Digital em Saúde e Segurança do Trabalho que os gastos estimados desde 2012 até 2019 chegaram a R\$ 87.865.725.662, considerando-se apenas os benefícios acidentários ativos naquele ano, ainda que anteriormente concedidos. O *Parquet* trabalhista ainda informa que no período assinalado, 3.879.755 acidentes foram registrados e que isto significa a perda de 391.276.851 dias de força de trabalho para o país<sup>16</sup>, o que representa um *deficit* inaceitável.

### 3.2 – Impactos mais comuns dos acidentes de trabalho para o trabalhador

A bem da verdade, quando os acidentes de trabalho não ocorrem pelo acúmulo de substâncias insalubres para o nosso corpo e mente – tal como ocorre com as doenças ocupacionais – os infortúnios laborais provocam lesões corporais no trabalhador, graves ou leves, parciais ou temporárias, crônicas ou definitivas, classificando-se, num critério médico, entre outros, em traumatismo craniano, perda da visão, perda da audição, fratura da bacia ou traumatismo na coluna, fratura nos ombros, braços, pernas, pés ou generalizadas, mental, causando um mal que pode ser vitalício para o trabalhador, tais como perda da própria vida ou de sua integridade física, incapacidade laboral total ou parcial, dificuldades de readaptação ou recolocação, perdas com promoção, com sua

---

14 SILVA, Ana Beatriz Ribeiro Barros. Brasil, o “campeão mundial de acidentes de trabalho”: controle social, exploração e precarização durante a ditadura empresarial-militar brasileira. *Revista Mundos do Trabalho*, v. 7, n. 13, jan./jun. 2015, p. 151-173.

15 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Improvement of national reporting, data collection and analysis of occupational accidents and diseases*. Tradução livre. Geneva, 2012. p. 3.

16 Ainda encontramos no sítio eletrônico do observatório do MPT a informação que houve 14.412 mortes ligadas ao trabalho entre 2012 e 2017. Cf. BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho*. Disponível em: <<https://observatoriosst.mpt.mp.br/>>. Disponível em: 14 out. 2019.

continuidade na atividade empresarial, diminuição de renda da família, perda ou diminuição de seu convívio social, gastos com médicos, remédios, bem como outros infortúnios e a interrupção de seus planos de vida.

As mazelas dos infortúnios laborais na vida de um trabalhador são inúmeras e vão muito além do aspecto financeiro. Conferimos destaque à dor do acidentado causada pelo infortúnio laboral; gastos com próteses, despesas médicas e odontológicas; dependência de terceiros para acompanhamento e locomoção; interrupção do emprego de familiares; o acidentado carrega um estigma; perda ou diminuição da renda do trabalhador; gastos com internações hospitalares; deslocamento para fisioterapia e consultas médicas; gastos com acomodação no domicílio; a pecha de ficar encostado na caixa, além do sentimento de culpa pelo acidente do trabalho, que muitas vezes lhe é imputado pelo próprio empreendimento.

Situação ainda pior é a do trabalhador informal, que representa quase metade de nossa população economicamente ativa, pois não adquiriram, formalmente, a qualidade de segurado pela falta da assinatura do contrato de trabalho com o empregador e deixam de recolher as consequentes contribuições previdenciárias.

### **3.3 – Impactos mais comuns dos acidentes de trabalho para o empregador**

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, é amplamente aceito, ao redor do mundo, que há um benefício enorme em se melhorar a saúde e segurança no trabalho, reduzindo acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Ocorre que para que isto possa acontecer, é necessário um melhor conhecimento da real situação do meio ambiente de trabalho do empregador para se possibilitar uma melhor gestão<sup>17</sup>.

Registramos, mais uma vez, que é preciso repensar a gestão da saúde e segurança do trabalho para se reduzirem acidentes de trabalho<sup>18</sup>.

Observa-se, em paralelo, que o Estado vem transferindo para o empregador a responsabilidade pelo cuidado da saúde do trabalhador. Além dos gastos imediatos com assistência ao trabalhador acidentado, devem ser adicionados à análise destes custos os gastos previdenciários com o Seguro de Acidente de

---

17 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Improvement of national reporting, data collection and analysis of occupational accidents and diseases*. Tradução livre. Geneva, 2012. p. 1.

18 A gestão de saúde e segurança do trabalho deve deixar de ser constituída de artimanhas e gestão de documentos, mas uma gestão que entenda o conceito e a importância do acidente de trabalho à luz do respeito à dignidade do próximo.

Trabalho (majorados pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP em até 100%) pago mensalmente pelo empregador, os custos das ações regressivas movidas pela Previdência Social em face do empregador, os custos com convênio médico suportados em parte pelos empreendimentos<sup>19</sup>, além de outros.

Assim, importante se entender que os gastos relativos à gestão de saúde e segurança do trabalho devem ser encarados como investimento.

Vitor Filgueiras, ao analisar a saúde e segurança do trabalho no Brasil, pondera que os empregadores são necessariamente os protagonistas na gestão da saúde e segurança do trabalho, já que responsáveis por ditar como a atividade deverá ser realizada pelos seus empregados, e que este arbítrio empresarial pode ser limitado pelos sindicatos e instituições do Estado<sup>20</sup>.

Conforme se vê, a busca pelo lucro é, via de regra, objetivo dos empreendimentos, que devem se desenvolver para alcançá-lo; contudo, este desenvolvimento não pode ser predatório e deve suportar os custos da prevenção de acidentes de trabalho. Assim, importante se faz que os custos da prevenção dos acidentes de trabalho sejam conhecidos, mas mais importante é entender quanto custam estes acidentes para os envolvidos.

Estes custos podem ser agrupados em três categorias: custos diretos, custos indiretos e custos humanos. De acordo com a OIT,

“De um modo geral, os custos diretos consistem em componentes associados com o tratamento e reabilitação médica; os custos indiretos são relacionados com as oportunidades perdidas para o trabalhador sinistrado, o empregador, os colegas de trabalho e a sociedade, compreendendo custos previdenciários, custos salariais, custos administrativos e perdas de produtividade; e os custos humanos referem-se à piora na qualidade de vida do trabalhador e sua família.”<sup>21</sup>

De acordo com o Sebrae/Sesi<sup>22</sup>, estes custos são divididos em: salários pagos aos trabalhadores afastados; transporte e assistência médica de urgên-

---

19 É cediço que o Estado não consegue entregar um serviço de saúde integral e com qualidade à população, razão pela qual os empregadores se veem obrigados a adquirir planos médicos em favor dos empregados.

20 FILGUEIRAS, Vitor Araújo *et al.* *Saúde e segurança do trabalho no Brasil*. Brasília: Movimento, 2017. p. 13.

21 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Safety and health in the use of chemicals at work, 2013*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_235085.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_235085.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2019.

22 BRASIL, Luiz Augusto Damasceno (Org.). *Dicas de prevenção de acidentes e doenças no trabalho: SESI – SEBRAE. Saúde e segurança no trabalho: micro e pequenas empresas*. Brasília: SESI-DN,

cia; paralisação de setor; máquinas e equipamentos; prejuízos ao conceito e à imagem do empreendimento; destruição de máquina, veículo ou equipamentos; despesas com primeiros socorros; retreinamento de mão de obra; pagamento de horas extras; recuperação dos empregados; despesas médicas e odontológicas; gastos com engenharia de reparação; atrasos no cronograma de produção e entrega; aumento do prêmio de seguro com seus empregados; perícia em razão do acidente de trabalho; e, por fim, indenizações e honorários legais.

### 3.3.1 – Ações de responsabilidade civil, trabalhista, previdenciária e criminal

Álvaro Villaça Azevedo conceitua responsabilidade civil como “a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”<sup>23</sup>.

No nosso ordenamento jurídico, a norma central de responsabilidade civil está contida no art. 927 do CC, que diz que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Já a definição de ato ilícito se encontra no art. 186 do diploma civilista, que diz que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E é com fundamento no diploma civil que o Direito do Trabalho se vale do instituto da responsabilidade civil por não regular a matéria.

Quanto ao tema, inúmeras são as ações indenizatórias de cunho acidentário movidas na Justiça do Trabalho que buscam reparações de danos patrimoniais e morais em decorrência da responsabilidade civil do empregador, afinal, é competência da Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho, *ex vi* do art. 114 da CF/88.

No Brasil tem-se percebido um acentuado aumento no número de demandas em que se postula reparação por danos materiais, morais, estéticos e ultimamente existenciais em razão de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais a eles equiparados. As causas destes acidentes são inúmeras. Entre elas,

---

2005. Disponível em: <<https://pt.calameo.com/read/0051175174d4ebd323ac8>>. Acesso em: 10 out. 2019.

23 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 244.

reinam o excesso de trabalho realizado em horas extras<sup>24</sup>, exigência de metas inatingíveis, labor em meio ambiente de trabalho insalubre, etc.

Relevante mencionar que em saúde e segurança do trabalho, muito raros são os pleitos judiciais – se é que existem – que pugnam pela neutralização da insalubridade no ambiente de trabalho. Os sindicatos e os próprios trabalhadores acabam por preferir continuar em um ambiente insalubre para continuarem a receber adicionais sem se dar conta que estão vendendo a saúde e a própria vida por parcas somas de dinheiro.

Pouquíssimos trabalhadores enfrentam os empregadores em busca de melhores condições de trabalho. Isto porque não há estabilidade na relação de emprego, haja vista que o art. 7º, I, da CF/88, que protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária, ainda não foi regulamentado. Desta forma, a falta de segurança no emprego e a alta rotatividade inibem o trabalhador na luta para as melhorias do ambiente de trabalho e acabam contribuindo para a falta de efetividade das normas de proteção à saúde, destaca Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>25</sup>.

Além das ações de responsabilidade civil, as empresas que contam com acidentes de trabalho e não respeitam normas de saúde e segurança do trabalho também têm uma responsabilidade previdenciária, a qual ocorre em razão do art. 120 da Lei nº 8.213/91, que diz que nos casos de negligência quanto às normas-padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Apesar de prevista desde 1991, somente nos últimos 10 anos que o INSS, através da Procuradoria Federal Especializada, começou a utilizar mais efetivamente esse direito de ação. Segundo dados da Advocacia da União, de 1994 a 2014 foram ajuizadas 3.929 ações, sendo a metade no período de 2009 a 2014, contudo, observou-se um decréscimo destas ações entre 2015 e 2018<sup>26</sup>.

Percebe-se, noutro giro, que a ação regressiva previdenciária adquire, num primeiro momento, caráter educativo-preventivo, pois tem por finalidade

---

24 A suspeita de que a maioria dos acidentes de trabalho ocorre nas horas extras fomentou tese de doutorado depositada na Faculdade de Direito da USP no ano 2018. Cf. ALLIPRANDINO, Alexandre. *A hora do acidente do trabalho*. Tese (Doutorado). São Paulo: USP – Faculdade de Direito da USP, 2018, *passim*.

25 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 147.

26 VIEIRA, Renato Rodrigues. *Ações regressivas previdenciárias*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-080-15-procuradorias-de-estados-e-municipios/documentos/audiencias-publicas/04-11.15/apresentacao-dos-r-renato-rodrigues-vieira-procurador-geral-federal>>. Acesso em: 14 out. 2019.

proteger o trabalhador contra acidentes do trabalho, com a previsão de um mecanismo capaz de forçar o cumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho e, num segundo momento, a ação de regresso é ressarcitória-punitiva porque visa recuperar “valores pagos a título de benefícios e serviços acidentários que oneraram os cofres públicos, nos casos em que estes eventos poderiam ter sido evitados se as medidas preventivas e fiscalizatórias tivessem sido adotadas pelo empregador”<sup>27</sup>, significando, com isso, uma forma de pressionar os empregadores a priorizarem a segurança dos empregados, prevenindo a ocorrência de acidentes de trabalho.

Além das consequências jurídicas previstas acima, o acidente de trabalho pode levar o empregador a ser processado criminalmente, principalmente em razão do conteúdo dos arts. 121 (homicídio), 129 (lesão corporal) e 132 (exposição à grave perigo), todos do Código Penal, bastando, para este último, que haja a previsibilidade da situação de perigo direto e iminente, isto é, como realidade concreta, efetiva, presente, imediata e que esta seja previsível, para que o tipo penal “exposição a grave perigo” reste configurado.

Ocorre, contudo, que o interesse nas investigações dos acidentes de trabalho parece não ter ocupado sequer os doutrinadores. Basta analisarmos as estantes das livrarias especializadas que constataremos o alegado.

### **3.4 – Impactos dos acidentes de trabalho para o Estado**

De início, chama-se a atenção para o fato de não ser somente o Poder Executivo, por intermédio do INSS e Receita Federal, que se sobrecarrega em decorrência da concessão de benefícios previdenciários como auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez acidentária e pensão por morte em razão de acidentes de trabalho. O Poder Judiciário também é atingido em razão de diversas espécies de ações judiciais, sejam na Justiça do Trabalho, sejam na Justiça Federal, sejam também na Justiça Estadual, tudo a depender da causa de pedir, a qual define a competência para ajuizamento e julgamento das ações.

Na Justiça do Trabalho, os acidentes de trabalho empolgam centenas de milhares de ações judiciais com o intuito de discutir a responsabilidade civil em face do empregador ou buscar uma tutela inibitória. Não nos olvidemos que a Justiça do Trabalho também é competente para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias do SAT (Súmula nº 454 do TST).

---

27 HORVATH Jr., Miguel. *Direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 252.

## DOCTRINA

A Justiça comum também é afetada em razão da responsabilidade acidental em face do INSS, para discutir contravenção penal em razão da falta de observância das normas de saúde e segurança do trabalho, crime em razão da exposição de trabalhadores a perigo e até mesmo homicídio.

Da mesma maneira, a Justiça Federal é afetada em decorrência dos infortúnios laborais, haja vista que tais acidentes frequentemente se ligam ao descumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho e em razão deste descumprimento, possui competência para processar e julgar ação regressiva previdenciária contra aquele que deixou de cumprir as normas de saúde e segurança do trabalho e resultou em acidentes de trabalho e, conseqüentemente, na concessão de benefícios.

Assim, evidente que os acidentes de trabalho, além dos impactos na vida dos trabalhadores, nas empresas, também causam impactos no Estado em sentido amplo.

### Conclusão

Os acidentes de trabalho representam um mal para o trabalhador, para o empregador e para toda a sociedade. É, ademais, objeto de estudo da saúde e segurança do trabalho, que lida com o universo temático do trabalho perverso.

Ocorre que mesmo diante de toda produção legislativa que possuímos de modo a evitar tais acidentes, um grande número de acidentes do trabalho continua a ocorrer.

Ademais, percebe-se um grande movimento no sentido de se tratar a gestão de saúde e segurança do trabalho enquanto gestão documental, o que vem a ferir a dignidade da pessoa humana, princípio que se encontra no epicentro de nossa Constituição Federal.

É necessário repensar a gestão de saúde e segurança do trabalho considerando que a maioria das empresas no país são pequenas e micro empresas e que, via de regra, não possuem uma política preventiva de saúde e segurança do trabalho, contudo, são obrigadas a proteger seus trabalhadores da mesma forma que as grandes e médias empresas.

### Referências bibliográficas

ALLIPRANDINO, Alexandre. *A hora do acidente do trabalho*. Tese (Doutorado). São Paulo: USP – Faculdade de Direito da USP, 2018.

## DOCTRINA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Adoecimento mental e trabalho*. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2017/04/1º-boletim-quadrimestral.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Dia mundial de segurança no trabalho será comemorado dia 28*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/dia-mundial-de-seguranca-no-trabalho-sera>>. Acesso em: 2 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Trabalho. *Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho*. Disponível em: <[http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae)>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL, Luiz Augusto Damasceno (Org.). *Dicas de prevenção de acidentes e doenças no trabalho*: SESI – SEBRAE. Saúde e segurança no trabalho: micro e pequenas empresas. Brasília: SESI-DN, 2005. Disponível em: <<https://pt.calameo.com/read/0051175174d4ebd323ac8>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CAMARGO, Duílio Antero de. A prevenção do adoecimento psíquico do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 1, jan./mar. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DORMAN, P. *The economics of safety, health, and wellbeing at work: an overview*. Geneva: ILO, 2000.

EU-OSHA. *Working on stress*. Luxemburg, EU, 2002.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo et al. *Saúde e segurança do trabalho no Brasil*. Brasília: Movimento, 2017.

HORVATH Jr., Miguel. *Direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartien Latin, 2008.

ILO – International Labour Office. *Improvement of national reporting, data collection and analysis of occupational accidents and diseases*. Tradução livre. Geneva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Safety and health in the use of chemicals at work, 2013*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_235085.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_235085.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2019.

LUDOVICO, Giuseppe. Reflexos psicossociais das transformações do trabalho. *Seminário Internacional Trabalho Seguro 2015*. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27283/REFLEXOSPSICOSSOCIAIS%20TRT%203%20REGIAO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 out. 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 out. 2019.

SANTANA, Vilma Sousa et al. Acidentes de trabalho: custos previdenciários e dias de trabalho perdidos. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. 6, p. 1.004-1.012, dez. 2006. Disponível

## DOCTRINA

em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102006000700007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000700007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 8 out. 2019.

SEBRAE (Org.). *Anuário do trabalho nos pequenos negócios 2015*. 8. ed. Brasília, DF: DIEESE, 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/anuario/2017/anuarioDosTrabalhadoresPequenosNegocios.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

SILVA, Ana Beatriz Ribeiro Barros. Brasil, o “campeão mundial de acidentes de trabalho”: controle social, exploração e precarização durante a ditadura empresarial-militar brasileira. *Revista Mundos do Trabalho*, v. 7, n. 13, jan./jun. 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. v. 3.

VIEIRA, Renato Rodrigues. *Ações regressivas previdenciárias*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-080-15-procuradorias-de-estados-e-municipios/documentos/audiencias-publicas/04-11.15/apresentacao-do-sr-renato-rodrigues-vieira-procurador-geral-federal>>. Acesso em: 14 out. 2019.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# REFORMA TRABALHISTA: A EQUIPARAÇÃO SALARIAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

## *LABOR REFORM: SALARY EQUIPMENT IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION*

Thaís Cláudia D'Afonseca\*

Maria Antonieta Fernandes\*\*

RESUMO: A Lei nº 13.467/2017 foi implementada sob a necessidade de modernização da legislação do trabalho, a fim de atender às exigências do momento econômico atual do país, o que, como não poderia deixar de ser, implicou na redução de direitos trabalhistas. Nesse contexto, o presente artigo pretende verificar se as alterações implementadas pela Reforma Trabalhista ao art. 461 da CLT referentes à equiparação salarial estão em consonância com o texto Constitucional no que concerne aos princípios da isonomia e da não discriminação, conforme leitura do art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988. Com este objetivo, realiza-se uma interpretação constitucional, sistemática e teleológica do referido dispositivo da legislação infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Equiparação Salarial. Princípio da Igualdade. Princípio da Não Discriminação.

*ABSTRACT: Law no. 13,467/2017 was implemented under the need for modernization of labor law, with the objective of meeting the needs of the current economic moment of the country, which, as it should be, implied the reduction of labor rights. In this context, the present article should verify the changes implemented by the Labor Law Reform in the art. 461 of the CLT referring to salary equalization are in line with the Constitutional text that does not refer to the principles of equality and non-discrimination, as per the reading of art. 5, caput, of the Constitution of the Republic of 1988. To this end, conduct a systematic, teleological constitutional interpretation of the provision of infraconstitutional legislation.*

KEYWORDS: Labor Law Reform. Wage Equalization. Principle of Equality. Principle of Non-Discrimination.

---

\* *Doutoranda e mestre em Direito do Trabalho (PUC Minas); professora da PUC Minas e da Escola Superior Dom Helder Câmara; advogada.*

\*\* *Mestranda em Direito (UFMG); pesquisadora; servidora do TJ-MG.*

## 1 – Introdução

O presente trabalho assenta-se sobre a temática geral da Reforma Trabalhista, tomando especificamente para análise a alteração promovida por esta no art. 461 da CLT, referente à equiparação salarial.

A escolha do tema se justifica pelos impactos negativos que tal alteração impõe aos trabalhadores, uma vez que visa a dificultar a aplicação deste instituto no âmbito das relações de trabalho, trazendo prejuízos econômicos e jurídicos a número considerável de empregados que, segundo a norma celetista anterior, mais favorável, fariam jus a tal direito.

Em primeiro lugar, analisam-se os aspectos ideológicos que envolveram o processo de construção da Lei nº 13.467/2017, notadamente a forte influência de representantes do setor econômico no processo legislativo de elaboração e votação da norma, em clara expressão de um movimento de retomada de poder do setor patronal, após um breve período de avanço das conquistas legais da classe operária brasileira.

Posteriormente, é analisada a alteração legal, a fim de verificar se o resultado final de tal alteração, a norma em si, encontra-se em consonância com a Constituição de 1988, procurando responder se é possível verificar se os indícios de inconstitucionalidade no art. 461 da CLT podem ser confirmados a partir da confrontação do texto celetista com os princípios constitucionais da isonomia, e seu corolário, o princípio da *não discriminação*.

Para realizar essa tarefa, faz-se uma interpretação constitucional, sistemática e teleológica, a partir da pesquisa bibliográfica referente ao tema, valendo-se do método histórico-dedutivo, pelo qual é retomado o contexto histórico em que se realiza a Reforma Trabalhista, para, então, construir um raciocínio a partir de premissas gerais para específicas, objetivando-se à síntese que leve à verificação da aqui tomada hipótese de inconstitucionalidade do art. 461 da CLT, após a Reforma Trabalhista.

## 2 – Princípios da igualdade e não discriminação como vetores do Direito do Trabalho

A Reforma Trabalhista, instituída pela Lei nº 13.467/2017, é o resultado exitoso de anos de tentativa sistêmica e incisiva de flexibilização e até mesmo de desregulamentação (revogação de normas) dos direitos trabalhistas no país. A técnica de flexibilização é notadamente uma estratégia neoliberal de *retomada e reforço de poder*.

## DOCTRINA

Evidentemente, desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, observam-se alterações na legislação trabalhista que ora trazem avanços, ora, retrocessos, como, por exemplo, com a implementação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pela Lei nº 5.107/66, que abriu a possibilidade de escolha por tal sistema em detrimento da estabilidade decenal, permitindo ao empregador dispensar o empregado.

Porém, dentro do contexto da doutrina neoliberal, implementada no pós-crise do petróleo da década de 1970, embora gestada desde o pós-guerra na década de 1940, a tentativa de flexibilizar e/ou desregular direitos trabalhistas passa a ter maior relevância, a partir da necessidade de revigoração da economia, frente às novas demandas surgidas a partir da crise global de 2008 com reflexos até os dias atuais.

No Brasil, o ataque mais contundente começou a ser articulado a partir da década de 1990, culminando em diversos projetos de lei que buscavam flexibilizar direitos, através da implementação sutil e gradual do “negociado sobre o legislado”. Após quase 20 anos adormecido no Congresso Nacional, e diante a oportunidade gerada pelo momento político-econômico, tanto na esfera global como nacional, a premissa do negociado sobre o legislado voltou à pauta e logrou êxito em 2017.

Apoiando-se sobre o argumento de uma suposta necessidade premente de modernização da legislação trabalhista, promoveu-se no Estado brasileiro a aplicação do receituário político-econômico neoliberal, o qual prescreve a máxima obtenção de lucros, mediante a desvalorização e mercantilização do trabalho humano. O principal instrumento para a obtenção exitosa de tal fim é, sem dúvida, a desregulamentação das relações sociais de trabalho, em sua totalidade.

Contudo, não se pode olvidar que a *dignidade da pessoa humana* se posiciona no centro do sistema jurídico brasileiro, bem como que a República Federativa do Brasil tem como princípio e fundamento o *valor social do trabalho*. Além disso, constituem-se em objetivos fundamentais da República, no tocante à ordem social e econômica, *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação*.

Assim sendo, para compreender os efeitos nocivos da lei reformista, é preciso confrontar com a busca pela justiça social, que se constitui em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, art. 3º, I e III, da CF/88,

e diretriz de *melhoria das condições sociais dos trabalhadores*, conforme o art. 7º, *caput*, da CF/88.

Nesse sentido, é clara a direção do princípio constitucional da *progressividade*, que possui a cláusula implícita do *não retrocesso social*, atuando como importante vetor do Direito do Trabalho. Isso tudo aponta no sentido de que a alteração do texto celetista em seu art. 461 vai de encontro à finalidade do Direito do Trabalho, consubstanciada justamente na busca de normas jurídicas justas e igualitárias que promovam condições materiais mais dignas ao ser humano trabalhador.

A Reforma, ao flexibilizar alguns direitos e de modo ainda mais grave revogar outros, atenta contra aspectos centrais concernentes tanto ao Direito do Trabalho quanto a princípios constitucionais irrevogáveis por normas inferiores. A tentativa de interpretação do novo texto da CLT, evidentemente, deve, portanto, procurar harmonizar o novo texto legal com as diretrizes principiológicas da norma superior constitucional.

Em razão de seu caráter humanista e democrático, a Constituição da República de 1988 possui como principal valor a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual situa a proteção do homem no cerne de seu arcabouço normativo, devendo acompanhar esta mesma inspiração constitucional todas as demais normas do sistema jurídico nacional, sob pena de inconstitucionalidade. Exatamente por isso, qualquer análise da legislação infraconstitucional trabalhista não pode jamais se distanciar dessa dimensão humana amparada no texto maior, o qual inspira, particularmente, o ramo do Direito do Trabalho brasileiro, desde a sua origem.

Segundo essa premissa, a partir de uma “interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica, em conformidade com os critérios científicos da Hermenêutica Jurídica” (DELGADO; DELGADO, 2017), é que os caminhos interpretativos da reforma trabalhista devem se alinhar, ou seja, sob os parâmetros e comandos constitucionais, norteadores de todo o sistema jurídico, bem como das normas internacionais de direitos humanos, compondo assim uma análise sistêmica, harmônica e científica das inovações trazidas pela norma reformadora.

Logo, qualquer análise do texto da CLT deve passar pela baliza da constitucionalidade e, ainda, pelo crivo da conformidade com acordos, tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja signatário, observando aqui seu caráter de *supralegalidade*, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como de sua natureza de norma constitucional, quando anexados segundo o previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88.

Sob tais orientações interpretativas é que se deve, portanto, realizar o cotejo do tema equiparação salarial.

## 2.1 – Princípio da igualdade e princípio do igual salário por igual trabalho

O direito à equiparação salarial guarda relação direta com a *igualdade*, valor de máxima relevância nas sociedades democráticas e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A concretização de uma sociedade livre, justa e solidária é direcionada pela busca da realização do *princípio da igualdade*, como se depreende da Constituição de 1988, art. 5º, *caput* e inciso I; no art. 3º, I, III e IV; e ainda no art. 7º, XXX, XXXI e XXXII.

Ensinam Cleber Almeida e Wânia Almeida (2017) que “a igualdade foi incluída pela Constituição dentre os direitos fundamentais, no sentido de *igualdade perante a lei* (art. 5º, *caput*), *igualdade de direitos e obrigações* (art. 5º, I) e *igualdade na aplicação da lei* (art. 5º, *caput* e I)”. Notadamente, pelo princípio da igualdade, “exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’” (CANOTILHO, 2003).

Destaque-se, ainda, no contexto das relações de emprego, a expressão do valor igualdade através do princípio de *terceira dimensão* do Direito do Trabalho, o *princípio do igual salário por igual trabalho*. Este princípio é consagrado pela *Declaração Universal dos Direitos dos Humanos*, em seu artigo XXIII, item 2, segundo a qual, toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

O *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, promulgado pelo Decreto nº 591/92, em seu art. 7º, a, *i* também traz a observância de tal princípio, estabelecendo, entre outros aspectos, que:

“i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por igual trabalho.” (BRASIL, 2019)

Também, o princípio do *igual salário por igual trabalho* está confirmado no Preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que entre outros valores e aspectos que possibilitem melhores condições aos trabalhadores, está “a afirmação do princípio ‘para igual trabalho, mesmo salário’”.

O Tratado de Versalhes, ratificado pelo Decreto nº 13.990/1920, traz em seu art. 427, item 7, a consagração do “princípio de igual salário, sem distinção de sexo, para o trabalho de igual valor”. Claro, portanto, que tanto o *princípio da igualdade*, quanto o princípio do *igual salário por igual trabalho* devem direcionar a elaboração e a interpretação das normas trabalhistas.

## 2.2 – Princípio da igualdade

Mais uma vez, nota-se ser irrepreensível a aplicação do *princípio da igualdade* às relações de emprego, assim como do *princípio de igual salário por igual trabalho*. Nessa perspectiva, é de analisar que sobressai da *igualdade* a consequente censura a tratamentos diferenciados injustificados. Tal comando de conteúdo positivo e de resistência é encontrado no *princípio da não discriminação*, que visa repelir *diferenciações*, conforme destaca Delgado (2004) ao afirmar que: “o princípio da não discriminação é a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante” (DELGADO, 2004, p. 46).

Em suma, se há um vetor, um comando geral da salvaguarda de tratamento igualitário, e no caso ainda mais específico, de igual salário para igual trabalho, há também em sentido contrário, a negativa, um impedimento de tratamento desigual, discriminatório. Assim, Delgado (2004) destaca que:

“O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sob um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretencioso. Ele ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante.”

Dessa forma, o *princípio da não discriminação* possui um comando que almeja a igualdade de tratamento, mas que se pretende por vedação da discriminação. A discriminação, neste caso, não pode ser *um tratamento desigual desarrazoado*, injustificável, depreciativo. Evidentemente, há situações em que se torna admissível, por encontrar *razoabilidade* ou justificativa, como, por exemplo, nas prerrogativas atribuídas pela ordem jurídica aos portadores de necessidades especiais, uma vez que nesses casos especiais a aplicação de

## DOCTRINA

normas aparentemente desiguais visam a promover a igualdade entre sujeitos que são essencialmente desiguais entre si.

Segundo Rodriguez (2000), “o princípio da não discriminação leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, sem razão válida nem legítima”.

Também para Almeida e Almeida (2017, p. 160):

“A ordem jurídica brasileira, estabelece verdadeira *cláusula geral de não discriminação*, que consoante resulta dos arts. 3º, IV, 5º, VIII, XLI, 7º, XX, XXX, XXXI e XXXII, da Constituição da República, do art. 1º da Lei nº 9.029/95, do art. 3º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e dos arts. 4º e 5º da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). Esta cláusula é reforçada pelas Convenções ns. 100 e 111 da OIT.”

Dessa forma, a discriminação é odiosa e baseia-se em aspectos preconceituosos, injustificáveis ou subjetivos, o que não é concebível, como se verifica pela análise de Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães de Rabêllo de Almeida (2017), segundo os quais a discriminação:

“significa toda forma de distinção, restrição, exclusão ou preferência por motivo de sexo ou opção sexual, origem, raça, etnia, cor, estado civil, situação de nascimento familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, religião ou crença, opinião política, filosófica ou de qualquer natureza, condição econômica, ambiente social, região ou local de moradia, deficiência ou qualquer outro motivo que diferencie pessoas ou grupos, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão ou o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o conhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência.”

Os autores destacam ainda que, no conjunto de princípios que direcionam e sustentam o Direito do Trabalho, o *princípio da não discriminação* é um princípio de *segunda dimensão*, porque emerge indubitavelmente da Constituição de 1988, nos dispositivos mencionados e, ainda, de *terceira dimensão*, por estar inserido em textos de tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017).

O *princípio da não discriminação* está claramente expresso nas Convenções ns. 100 e 111 da OIT, onde se encontram vedações à discriminação,

como também, por exemplo, no art. II da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), revelando-se expressamente declarado nos mais importantes instrumentos jurídicos de proteção à dignidade da pessoa humana.

Notadamente o *princípio da não discriminação* é onipresente no Direito do Trabalho (DELGADO, 2004) e já incorporava parâmetros antidiscriminatórios tanto na CLT quanto através das convenções e tratados internacionais.

Porém, especialmente a partir do advento da Constituição de 1988, notáveis são a dimensão e o alargamento da *igualdade e não discriminação* no contexto trabalhista. Ademais, a própria concepção de Estado Democrático de Direito que tem como pilares a liberdade e a *igualdade* não comporta as possibilidades de discriminação trazidas pelo art. 461 da CLT, que se analisam a seguir.

### **3 – A equiparação salarial sob o enfoque dos princípios da igualdade e da não discriminação**

Conforme explanado, o *princípio da não discriminação* orienta no sentido de evitar que trabalhadores que vivenciam uma mesma situação laborativa recebam tratamento diferenciado. Inegável também a necessidade de observância das diretrizes constitucionais e dos ditames das convenções e tratados internacionais que trazem amplo espectro de normas que direcionam acerca da impossibilidade de discriminação, conforme destacado no texto. Assim, partindo desse ponto, passa-se à análise das alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 no art. 461 da CLT.

#### **3.1 – Elementos constitutivos da equiparação salarial**

Anteriormente à lei reformista, a doutrina e a jurisprudência já haviam estabelecido, considerado que são quatro os requisitos para a equiparação salarial, devendo estar presentes para considerar *igualdade*. Portanto, seriam eles: trabalho *exercendo a idêntica função*, para *mesmo empregador*, na *mesma localidade*, com *simultaneidade*. Impende destacar que os três primeiros elementos foram extraídos da letra do art. 461, sendo o último resultado da construção doutrinária e jurisprudencial.

A Reforma Trabalhista implementou alteração no *caput* do artigo, com nítida intenção de alterar os requisitos da equiparação salarial. A redação anterior trazia como critério a *mesma localidade*, que, por sua vez, já contava com

## DOCTRINA

entendimento anterior de que o vocábulo *localidade* seria compreendido como *município*, havendo a jurisprudência alargado o critério, incorporando também a possibilidade de trabalho na mesma *região metropolitana*, Súmula nº 6, X, do TST. Em sentido contrário, o *caput* do art. 461, reformado, fez constar a expressão “estabelecimento empresarial”, de alcance claramente mais restritivo.

Parece, no novo, que o legislador pretendeu limitar a possibilidade de equiparação salarial entre trabalhadores de um mesmo empregador que trabalhem em plantas empresariais distintas, ainda que na mesma cidade.

Contudo, não é razoável conceber tal restrição à luz da diretriz constitucional de vedação à discriminação, por traduzir-se em critério desproporcional e não justificado. Pensar em contrário seria permitir, por exemplo, que pessoas de uma rede de supermercados, farmácias, por exemplo, trabalhem em filiais distintas, mas em um mesmo município, e recebam salário diferenciado.

A utilização do parâmetro municipal para estabelecer o critério de espaço apresenta-se mais apropriado por aproximar-se melhor de uma certa *razoabilidade*. Exatamente por isso é que a doutrina já havia discutido que o salário deve ser o mesmo dentro de um mesmo município, considerando razoável a presunção de um mesmo custo de vida para todos os empregados que trabalhem e provêm suas existências dentro dos limites econômicos dessa localidade.

Noutro giro, o art. 460 da CLT, não alterado com a Reforma Trabalhista, em observância aos critérios de igualdade, traz a seguinte redação:

“Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.” (BRASIL, 2019)

O artigo mencionado claramente destaca a igualdade de salário para trabalhadores que façam serviço equivalente, que trabalhem para a mesma empresa, sem conteúdo restritivo de estabelecimento ou filial.

Seguindo a análise do artigo em comento, observa-se que a Lei nº 13.467/2017 manteve a proibição da discriminação em matéria de salário se havida em razão de *sexo, nacionalidade e idade*, e incluiu também o proibitivo quanto à discriminação em razão de *etnia*. Convém, contudo, analisar que as normas que trazem rol de aspectos discriminatórios devem ser interpretadas como sendo cláusulas exemplificativas, sob pena se traduzirem em critérios discriminatórios.

Porquanto, merece destaque o § 6º do art. 461 da CLT, que estabelece que havendo comprovação de discriminação salarial por *motivo de sexo ou etnia*, ao empregador caberá a pena do pagamento de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social em favor do empregado discriminado, sem prejuízo das diferenças salariais mês a mês.

O texto do § 6º remete a duas reflexões. Primeiro, a norma acima tem flagrante conteúdo contrário à Constituição Federal, à Convenção nº 111 da OIT, ao Pacto de São José da Costa Rica e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme já indicado na descrição do *princípio da não discriminação*, por estabelecer uma predileção a apenas duas situações discriminatórias, e ao mesmo tempo que cria, paradoxalmente, um tratamento diferenciado entre os próprios critérios indicados no *caput* do artigo, uma vez que o *caput* elenca *sexo, etnia, nacionalidade e idade*, porém, estabelece sanção especificamente e apenas para situações de discriminação salarial em razão de *sexo e etnia*, diminuindo, assim, a eficácia da norma.

### 3.2 – Elementos impeditivos (obstativos) da equiparação salarial

Importante destacar que o art. 461, segundo expresso pela lei reformista, cria padrões de discriminação, ou seja, *institucionaliza discriminações*, visto que por algumas vezes introduz critérios injustificados, ao estabelecer novos elementos modificativos ao direito de equiparação.

Frise-se que são quatro os requisitos que, se presentes, constituem o direito à equiparação salarial, sendo então os fatos *constitutivos*. Mas a ordem jurídica possibilitou que fatos *modificativos, impeditivos e extintivos* tornem inexequível o pleito equiparatório. A análise desses fatos deve ser criteriosamente feita à luz da Constituição, visto que são, em verdade, a regulamentação de critérios que afastam tratamento *igualitário*.

Se tais aspectos são justificáveis e razoáveis, não criando desigualdades injustificadas, mas sim conferindo tratamento diferenciado em razão de situação plenamente justificada, aceita tratamento diferenciado, portanto, não discriminatório. Mas a falta de uma análise sistêmica, teleológica e constitucional do artigo conduz ao risco de chancelar “discriminações regulamentadas”, atribuindo a elas aspecto de normalidade.

O *caput* do artigo trata de *isonomia*, impondo a necessidade de pagamento de igual salário aos empregados em situação idêntica. Porém, os parágrafos trazem a regulamentação de *diferenciações* supostamente justificadas.

## DOCTRINA

Um aspecto relevante a ser avaliado refere-se ao critério *tempo* para justificar tratamento diferenciado. No texto anterior, a circunstância impeditiva concernente ao *tempo* evitava a equiparação salarial nas situações em que *a diferença de tempo de serviço* for superior a dois anos. Observa-se, contudo, que o texto da reforma incorporou entendimento jurisprudencial, segundo o qual a palavra *serviço* deveria ser compreendida como *função* e, assim, expressamente destacou que só é atribuído tratamento isonômico quando não haja *diferença de tempo de função superior a dois anos*. Agora, está expresso no novo texto legal que o tempo de *função* é que constitui critério impeditivo da equiparação salarial.

Porém, a Reforma Trabalhista incluiu um outro critério temporal, e que se entende ser *cumulativo* ao anterior. O artigo reformado contempla nova regra e estabelece que, quanto à temporalidade, quando o trabalho se der *entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos “e” a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos* (art. 461, § 1º), a este trabalho será dado igual valor.

Ora, note-se que o novo dispositivo traz dois aspectos temporais complementares entre si, e que somente quando existentes em conjunto afastariam o pleito equiparatório. Isso porque, no parágrafo aqui discutido, foi utilizada a conjunção aditiva “e”, atribuindo inequívoco sentido de adição às orações que se interligam na formação da hipótese.

No desejo de suportar as argumentações aqui trazidas, nesse particular, busca-se nas lições de Evanildo Bechara e Celso Cunha o entendimento de que a partícula “e” tem sentido de cumulação. Logo, aplicando-se a interpretação gramatical, conclui-se que a norma traz nítido sentido de cumulatividade dos dois critérios, considerando-se, ainda, o brocardo segundo o qual “a lei não possui palavras inúteis”.

Ainda, por uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica, com a observância dos princípios constitucionais de *igualdade* e *não discriminação*, compreende-se aqui que o texto reformista tornou mais difícil a ocorrência de critério temporal que afaste o direito à equiparação salarial, acabando por construir, não se sabe se intencionalmente ou por mero descuido do legislador, uma maior barreira contra o tratamento diferenciado quanto ao critério *tempo de serviço*.

Nesse sentido, havendo o direito à equiparação salarial, só será possível obstar, impedir este direito se o empregador comprovar um duplo critério impeditivo, sendo eles: a) que o paradigma conta com uma diferença de mais

de dois anos na função em relação ao paragonado; b) e que o paradigma tem mais de quatro anos de trabalho para o mesmo empregador.

Importante verificar que o entendimento em contrário não só é contrário ao próprio texto da lei, como não encontra suporte no princípio da não discriminação, uma vez que o princípio aqui discutido traz proposta direta de evitar tratamento diferenciado de modo injustificado, sob pena de se operar a deletéria discriminação.

Nesse diapasão, para que se afaste o pleito equiparatório, é obrigatório que os dois requisitos estejam preenchidos. Assim, por exemplo, ainda que o empregado conte com mais de três anos na função, mas não esteja a mais de quatro anos na empresa, deve ser considerado como paradigma.

Percorrendo ainda os fatos impeditivos, destaca-se que a Reforma Trabalhista alterou a questão que envolvia a existência de quadro de carreira homologado no Ministério do Trabalho como *elemento obstativo* ao direito de equiparação salarial. O novo § 2º do art. 461 da CLT tem a seguinte redação:

“Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.” (BRASIL, 2019)

Instituiu o recente texto, assim, critério muito mais flexível a conter discriminações. Como defendido, o tratamento diferenciado, sem *razoabilidade*, desprezando as diretrizes constitucionais de *dignidade da pessoa humana*, *valor social do trabalho* e *igualdade*, e buscando apenas a dimensão econômica e da máxima obtenção de lucro, não coaduna com a diretriz constitucional de vedação à discriminação.

A norma retirou a rigidez e implementou aspectos mais flexíveis ao empregador. Ora, adotar *plano de cargos e salários* por *norma interna* ou *por negociação coletiva*, é um afrouxamento nos critérios que justifiquem com *razoabilidade* o tratamento diferenciado, uma vez que pode facilitar a adoção de medidas que não sejam justificáveis e que possuam interesses meramente econômicos. Observa-se claramente a intenção do legislador em retirar os óbices a tratamento desigual.

A análise do § 3º demonstra tal intento. O novo dispositivo permite adoção de *plano de cargos e salários* ou *quadro de carreira* com critérios de promoção por apenas *merecimento*, ou apenas por *antiguidade*, abre-se enorme espaço para a discriminação.

Importante observar que o critério de *merecimento* é dotado de relativa subjetividade. Um plano de cargos e salários criado pela empresa com critérios apenas de merecimento pode tornar-se um instrumento que abre grande possibilidade para o pagamento de salários diferenciados, sem o contrapeso de um critério objetivo e razoável que justifique tal distinção. Neste sentido, os novos §§ 2º e 3º parecem não se compatibilizar com a diretriz constitucional de *não discriminação*, levantando a discussão acerca de sua inconstitucionalidade.

Impende ainda, e por derradeiro, analisar que a Lei nº 13.467/2017 acrescentou à CLT a impossibilidade de equiparação salarial por paradigma remoto que tenha obtido vantagem em ação judicial, desprezando a jurisprudência consolidada, a conhecida *equiparação em cadeia* (Súmula nº 6, VI), e assim estabeleceu o § 5º com a seguinte redação:

“A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.”

As alterações trazidas, em verdade, não buscaram modernizar a legislação, mas em verdade, dificultar a isonomia, o tratamento igualitário, vez que na verdade deveriam, seguindo o norte constitucional, limitar as discriminações e a *legalização de tratamento diferenciado*.

O princípio da *Não Discriminação* impõe que não se proceda a tratamento diferenciado de modo injustificado, como dito alhures. Ora, a legislação não pode simplesmente regulamentar critérios que obstam o direito de tratamento igualitário, no caso, de recebimento de mesmo salário, baseado em aspectos injustos ou subjetivos que permitam ao empregador estabelecer segundo a sua intenção diferenciações à revelia do texto constitucional e de um valor de tamanho significado para o mundo ocidental como a *igualdade*.

#### 4 – Considerações finais

No contexto atual de sucessivas tentativas de modernização da legislação trabalhista, torna-se explícita a necessidade de readaptação da análise teórica da relação entre capital e trabalho aos novos tempos. Nesse sentido, faz-se também imprescindível a equalização jurídica desse embate material, de modo que a reforma trabalhista possa ser adotada de maneira o menos precarizante possível para o trabalhador, ao mesmo tempo em que satisfaça às exigências econômicas da classe empregadora.

## DOUTRINA

Seguramente, não se trata de tarefa amena, que possa ser cumprida sem que os intérpretes do Direito se ergam com a máxima vontade sobre as dificuldades inerentes ao processo de trazer à luz, através da aplicação prática da norma, sentidos e objetivos que só podem ser descobertos por este trabalho duro de investigação sistemática, teleológica e crítica, uma vez que, sob a aparência de constitucionalidade formal, tais sentidos e objetivos, que suportam o verdadeiro conteúdo das normas trabalhistas, podem permanecer obscuros e, logo, inacessíveis.

Destarte, apesar de tais dificuldades, da análise empreendida ao longo deste trabalho interpretativo, verifica-se que os novos elementos obstativos à equiparação salarial trazidos pela Reforma Trabalhista vão de encontro aos princípios da *isonomia* e da *não discriminação*.

O presente artigo termina provocando juristas e estudiosos do Direito do Trabalho a empreenderem esforços no sentido de buscar uma interpretação conforme a Constituição do texto celetista quanto ao disposto no art. 461, assim como de acordo com a sistemática jurídica internacional concernente ao tema. Tudo isso sempre com vistas à efetivação do cumprimento dos mandamentos constitucionais na busca pela *igualdade* e pela *não discriminação* em todos os âmbitos da vida social, mas, aqui, em especial, no mundo do trabalho.

### Referências bibliográficas

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

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Direito material e processual do trabalho na perspectiva da reforma trabalhista*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943, alterado pela Lei nº 13.467/2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De15452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452compilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

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

## DOCTRINA

CUNHA, Celso. *Gramática do português contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lexikon; Porto Alegre: L&PM, 2008.

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

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

\_\_\_\_\_. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

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

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

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenção nº 100*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Convenção nº 111*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/417>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

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

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

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

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. In: PIMENTA, José Roberto *et al.* (Org.). *Direito do trabalho: evolução, crise e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# REFLEXOS DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

## *REFLECTIONS OF THE DECLARATION OF ECONOMIC FREEDOM RIGHTS ON COLLECTIVE LABOR CONVENTIONS*

**Tacianny Mayara Silva Machado\***

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar os impactos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica nas relações do trabalho, notadamente no que se refere à utilização de mão de obra em feriados e domingos, sobretudo, seu alcance nas negociações coletivas de trabalho celebradas no âmbito do comércio, e sua compatibilidade com o art. 6º-A da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2001.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade Econômica. Convenções Coletivas. Trabalho.

*ABSTRACT:* This article analyzes the impacts of Law no. 13,874 of September 20, 2019, known as the Declaration of the Rights of Economic Freedom on labor relations, notably with regard to the use of labor on holidays and Sundays, its scope in the collective bargaining negotiations concluded within the scope of commerce, and its compatibility with article 6-A of Law no. 10,101, of December 19, 2001.

*KEYWORDS:* Economic Freedom. Collective Conventions. Labor.

### **1 – O porquê da declaração de direitos de liberdade econômica?**

**N**a passagem do século XX para o XXI presenciamos o estado capitalista buscando adquirir um perfil liberal, isso devido ao desmantelamento do modelo econômico do bloco soviético, que ocasionou a desarticulação do estado do bem-estar social nas economias centrais do bloco capitalista e dos seus incipientes nas economias periféricas deste bloco.

Sobre o tema explica Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 22) que “no final do século XX, o estado capitalista tenta reassumir feições liberais, que o haviam caracterizado, ideologicamente, na origem. Isto é, ele procura se livrar de algumas das funções de intervenção na economia, que, após a crise de 1929, lhe foram reservadas”.

---

\* Advogada; assessora jurídica da Presidência da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de Minas Gerais – Fecomércio MG; professora universitária; mestra em Direito do Trabalho pela PUC Minas; membro da Comissão Nacional de Negociação Coletiva da Confederação Nacional do Comércio (CNC); coautora de livros, artigos jurídicos e palestrante.

## DOCTRINA

Uma das consequências para o direito da reliberação<sup>1</sup> do Estado capitalista cinge-se na distinção entre direito público e privado, e consequentemente os limites entre as esferas do individual e do coletivo. No direito público defende-se a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, já para o regime de direito privado é enaltecida a autonomia privada e a igualdade entre particulares. Nesse ambiente privatista adverte o professor Fábio Ulhoa que o Estado é convidado a exercer a função de mínima intervenção no domínio econômico onde a autorregulação de interesses assume papel vanguardista.

“O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, por meio de negociações com as outras pessoas envolvidas. Essas negociações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer. A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei.” (COELHO, 2012, p. 22)

No Brasil, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o direito já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa vigente na Itália desde o Código Civil italiano de 1942 e, com a aprovação do Projeto de Código Civil Miguel Reale, foi concluído o processo de transição do sistema francês para o italiano, adotando expressamente no art. 966 do nosso Código a teoria da empresa em detrimento dos atos de comércio até então vigente no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Civil de 2002 representou um marco para as relações comerciais, trazendo nítida evolução do direito comercial/empresarial que passou a ter como centro das discussões as amplas relações que giram em torno da empresa, e não mais as questões jurídicas pontuais que nascem do exercício do comércio. Assim, restou superada a ideia defendida por Cesare Vivante (1928) que o direito comercial era visto como um “complexo de normas, que regulam os atos jurídicos do tráfico comercial”.

Agora, esse direito passa a ter contornos amplos para abarcar a complexidade do atual modelo econômico vigente no mundo, consoante já defendia Giuseppe Ferri, para quem o “o direito comercial constitui um complexo de normas que regulam a organização e o exercício profissional de uma atividade intermediária dirigida à satisfação das necessidades do mercado em geral e consequentemente os atos singulares nos quais essa atividade se concretiza” (FERRI, 1976).

Esse também é o pensamento do professor Marlon Tomazette (2018):

---

1 Expressão utilizada pelo professor Fábio Ulhoa Coelho.

## DOCTRINA

“É nessa linha que devem ser definidos os contornos do direito empresarial, a partir de um complexo de regras e princípios que disciplina a atividade econômica organizada dirigida à satisfação das necessidades do mercado, e todos os atos nos quais essa atividade se concretiza. À guisa de conclusão, podemos afirmar que o direito comercial é o direito que regula a atividade empresarial e todos os atos que normalmente são praticados no exercício dessa atividade.”

Aliado ao arcabouço legislativo, notadamente o Código Civil de 2002, chamamos atenção para os princípios do direito comercial/empresarial que, na visão do professor Fábio Ulhoa, podem ser classificados em: constitucionais ou legais, gerais ou especiais e explícitos e implícitos. No presente estudo daremos maior ênfase ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa elencado no *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Para abordarmos a liberdade de iniciativa é preciso fazer uma sucinta análise do contexto histórico em que ela surgiu, em especial, na mudança dos meios de produção que afetaram por completo a ordem econômica até a chegada do modelo capitalista.

A partir do surgimento da propriedade privada houve uma verdadeira revolução no modelo de produção que, em síntese, iniciou-se de forma escravagista seguindo para o feudalismo até chegar ao capitalismo. No escravismo, a classe detentora dos meios de produção também possuía posse da pessoa que trabalhava (escravos). Já no feudalismo, os servos eram considerados donos da sua força de trabalho cabendo-lhes cuidar de lavrar a terra do senhor feudal e cumprir as tarefas de segurança, e, em troca, recebiam abrigo e alimentação. Finalmente, no capitalismo os trabalhadores continuam donos de sua força de trabalho, mas não a trocam diretamente pelos bens ou comodidades básicas de que necessitam para viver, e sim, vendem-na aos detentores dos meios de produção, que além da agricultura passaram a abranger a indústria, o comércio e os serviços.

Esse período de substituição dos modelos de produção foi marcado por intensos e sangrentos confrontos, em especial na Europa continental moderna, em que podemos considerar como o ápice dessa transição a Revolução Francesa, em 1789, em que a luta pela substituição da servidão da ordem feudal marcou-se essencialmente pela defesa da liberdade.

A livre iniciativa exerce papel fundamental na sedimentação do modelo capitalista, notadamente na abertura de mercados, na formatação de novos modelos de negócios, no impulsionamento político visando à celebração de

## DOCTRINA

tratados de livre comércio, enfim, ela atua como espinha dorsal na promoção do fortalecimento do capital. Tal fato pode ser comprovado com o baixo índice de crescimento do capitalismo em países cujos mercados são fechados e controlados pelo Estado, ou seja, em ambientes que menosprezam o livre exercício da atividade empresarial.

Sobre a importância da liberdade de iniciativa para o sistema capitalista defende o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 66):

“A liberdade de iniciativa é o elemento essencial do capitalismo, quero dizer, do próprio modelo de produção e não somente de sua ideologia. Diferentemente da igualdade e da fraternidade, valores com os quais compôs o conhecido *slogan* revolucionário, a liberdade não é apenas uma palavra de ordem que poderia, depois da vitória sobre a ordem feudal, ser olvidada. O capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa seja assegurada. Nas épocas e nos lugares em que o Estado capitalista restringiu seriamente a liberdade econômica, em prol de medidas protecionistas de determinadas atividades, o resultado foi, em longo prazo, desastroso.”

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da ordem econômica e financeira em seu título VII, assegura no *caput* do art. 170 o princípio da liberdade de iniciativa, nos seguintes termos: “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”.

Buscando equilíbrio de forças, o Constituinte trouxe dois vetores para o princípio da liberdade de iniciativa: de um lado, antepõe um freio à intervenção do Estado na economia; de outro, coíbe determinadas práticas empresariais ao prever que a livre iniciativa deve atentar-se aos ditames da justiça social e seus respectivos princípios, dentre os quais destacamos: a função social da propriedade, a livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente.

Discorrendo sobre esse aspecto, Paulo Salvador Frontini (1975) destaca que “a ordem constitucional brasileira, assim, consagra a liberdade de iniciativa como fundamental, mas mitiga seus efeitos, determinando, a rigor, o equilíbrio entre esta medida de eficiência exigida pelo modo de produção capitalista e a promoção da justiça social”.

Ainda sobre o tema, adverte o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 68):

## DOCTRINA

“A liberdade de iniciativa, malgrado sua essencialidade para a eficiência do sistema capitalista, causa anarquia na produção e injustiças na sociedade. Para atenuar seus efeitos, o Estado contemporâneo intervém, em alguma medida, na economia. A exata dimensão dessa intervenção, contudo, não é definível científica ou ideologicamente. O Estado capitalista deve ser maior ou menor, conforme as necessidades ditadas pelas crises periódicas ou pelas injustiças permanentes. Se necessário, para prevenir ou resolver crises, ou para impedir que injustiças ponham em risco a ordem, o Estado capitalista aumenta sua presença na economia; uma vez, contudo, superadas estas demandas, não há por que sustentar-se um aparato estatal avantajado e, então, ele é paulatinamente reduzido. Na complexa sociedade contemporânea, a liberdade de iniciativa não pode ser absoluta.”

Percebe-se que não pode ser linear a intensidade da atuação e intervenção do Estado na economia; ao contrário, ela deve ser cíclica e adequar-se as necessidades que surgem a todo o momento na sociedade atual. Como exemplo, podemos citar a regulamentação pelo Estado do trabalho exercido em plataformas digitais, fenômeno tratado por alguns estudiosos como plataformação do trabalho e por outros como uberização. É incontestável que muitos dos nossos setores sociais, seja transporte, saúde, educação ou informação de forma geral, têm se tornado em pouco tempo quase inteiramente dependentes das infraestruturas digitais dirigidas por determinadas empresas; em contraponto, o Estado não tem apresentado reposta em tempo hábil para disciplinar os impactos causados pela plataformação do trabalho e da economia.

Em que pese a importância do papel regulamentador do Estado, a preocupação sempre se cinge na dosagem e intensidade dessa intervenção. A imposição de limites ao intervencionismo do Estado em relação às atividades econômicas já foi objeto de inúmeros julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo entendimento vem se consolidando no sentido de que “a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica”. Nesse sentido, já se manifestou o ministro Carlos Velloso ao julgar o Recurso Extraordinário 422.941.

“CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA. REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS. NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, ARTS. 1º, IV; 170; 37, § 6º. I – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação

## DOCTRINA

de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do Poder Público. CF, art. 37, § 6º. IV – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V – RE conhecido e provido.” (RE 422.941, Rel. e. Min. Carlos Velloso, DJ 24.03.06)

Buscando limitar o poder de regulação do Estado e reduzir a morosidade e a burocracia no país, o Governo Federal sancionou a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. A nova legislação dispõe sobre a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica, além de regulamentar a atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador.

A lei vai ao encontro dos princípios e fundamentos da Ordem Econômica fixados no art. 170 da Constituição Federal de 1988, e enaltece a liberdade como garantia no exercício da atividade privada, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de tal atividade, a boa-fé do particular diante do Poder Público e o reconhecimento da sua vulnerabilidade perante o Estado.

Dentre as justificativas utilizadas pela Presidência da República para a edição da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que originou a atual legislação, foi ressaltado que existe a percepção de que no Brasil ainda prevalece o pressuposto de que as atividades econômicas devam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado. Como resultado, o Brasil figura na 150ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica da Heritage Foundation/Wall Street Journal, 144ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica do Fraser Institute, e 123ª posição no *ranking* de Liberdade Econômica e Pessoal do Cato Institute (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, em que pese todo o arcabouço legislativo e jurisprudencial já existente, nota-se que a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica busca demonstrar a disposição do Brasil em fortalecer a atividade privada e o empreendedorismo. Trata-se de mais um instrumento legislativo adotado pelo

país para buscar, gradualmente, melhorar o ambiente de negócios por meio de um ordenamento jurídico mais claro, objetivo e seguro.

### 2 – Reflexos nas relações do trabalho

No âmbito das relações do trabalho, as alterações fundamentaram-se na necessidade de simplificação e desburocratização de determinados institutos, dentre eles, o e-Social, que será substituído por um sistema mais simples a ser implantado posteriormente pelo Governo Federal. A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será emitida, preferencialmente, em meio eletrônico, seguindo as regras da Portaria nº 1.065, de 24 de setembro de 2019, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho vinculada ao Ministério da Economia, tendo o empregador o prazo de 5 (cinco dias) úteis para proceder com o registro do empregado.

O art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também sofreu alteração. Agora, somente empresas que possuem acima de 20 (vinte) funcionários deverão adotar o registro de ponto. Entre outras mudanças, a Lei nº 13.874/2019 extinguiu a obrigatoriedade da afixação do quadro de horários, permitindo apenas a anotação no registro de empregados. Outrossim, autorizou o registro de ponto por exceção, quando houver trabalho fora da jornada normal. Nesse caso, deve-se celebrar acordo individual escrito entre empregado e empregador, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Em relação ao registro de ponto por exceção chamamos a atenção para o recente julgamento realizado pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, onde foi dado provimento por unanimidade ao recurso aviado sob o nº RR-2016-02.2011.5.03.0011, julgando válida a norma coletiva que autoriza a marcação apenas das horas extras realizadas pelo empregado. Na decisão, de relatoria do Ministro Caputo Bastos, foi destacado que “a Constituição da República reconhece a validade e a eficácia dos instrumentos de negociação coletiva, desde que respeitados os direitos indisponíveis dos trabalhadores”.

Consta, ainda, no acórdão:

“(…) A teor do preceito insculpido no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, é dever desta Justiça Especializada incentivar e garantir o cumprimento das decisões tomadas a partir da autocomposição coletiva, desde que formalizadas nos limites da lei. A negociação coletiva, nessa perspectiva, é um instrumento valioso que nosso ordenamento jurídico coloca à disposição dos sujeitos trabalhistas para regulamentar as respectivas relações de trabalho, atendendo às particularidades e es-

peculiaridades de cada caso. É inequívoco que, no âmbito da negociação coletiva, os entes coletivos atuam em igualdade de condições, o que torna legítimas as condições de trabalho por eles ajustadas, na medida em que afasta a hipossuficiência insita ao trabalhador nos acordos individuais de trabalho. Assim, as normas autônomas oriundas de negociação coletiva, desde que resguardados os direitos indisponíveis, devem prevalecer sobre o padrão heterônomo justralhista, já que a transação realizada em autocomposição privada resulta de uma ampla discussão havida em um ambiente paritário, no qual as perdas e ganhos recíprocos têm presunção de comutatividade.” (RR-2016-02.2011.5.03.0011, 4ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 11.10.2018)

Vale ainda asseverar que com a nova redação do texto celetista que autoriza o registro por exceção, acreditamos que haverá impacto na atual redação da Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, transferindo para o empregado e, não para o empregador como é atualmente, o ônus da prova em relação à jornada de trabalho.

A Lei nº 13.874/2019, ainda, promoveu alterações no Código Civil de 2002, para reafirmar no art. 49-A a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, esclarecendo que esta não se confunde com o patrimônio dos sócios, associados, instituidores ou administradores. Com isso, foi realçado o princípio da preservação da empresa e da excepcionalidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Tanto que, nos termos da legislação, ela somente será autorizada em caso de abuso dessa personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O desvio de finalidade ocorrerá quando houver a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Já a confusão patrimonial restará caracterizada diante da ausência de separação de fato entre os patrimônios da pessoa jurídica e física, em especial quando ocorrer o cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa, a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante além de outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Finalmente, em relação à regulamentação do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais e da utilização de mão de obra em feriados e domingos, no âmbito do comércio, apesar das discussões acentuadas no âmbito da Câmara dos Deputados e Senado Federal, não ocorreram alterações substanciais.

### 3 – Convenções coletivas de trabalho e o trabalho em feriados

A Constituição Federal de 1988 enalteceu o direito à celebração de convenção e de acordo coletivo de trabalho nos incisos VI, XXIII e XXVI do art. 7<sup>o</sup> e inciso VI do art. 8<sup>o</sup>. No âmbito internacional, o art. 2<sup>o</sup> da Convenção n<sup>o</sup> 154 da OIT, ratificada em 10 de julho de 1992 e promulgada pelo Decreto n<sup>o</sup> 1.256, de 29 de setembro de 1994, define a negociação de forma ampla abrangendo também o acordo coletivo. No que tange à convenção coletiva, podemos afirmar que ela atua como instrumento de diálogo entre os sindicatos com representação patronal e laboral com objetivo de pactuar cláusulas econômicas e sociais voltadas à melhoria e aperfeiçoamento das condições de trabalho. É inexorável que a convenção representa uma valiosa ferramenta de pacificação social com reconhecimento constitucional à disposição das entidades sindicais, cujos efeitos são extensivos a todos os membros da categoria representada.

Sobre o tema, salienta Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 539):

“Sua presença é incontestável, tanto no tempo, desde os primórdios da formação juslaboral, como no espaço, independentemente da estrutura política ou ideológica em que se desenvolve. O que muda é apenas o grau de desenvolvimento da negociação coletiva, mais evoluída nos sistemas políticos liberais e menos praticada nos sistemas jurídico-políticos centralizados pelo Estado, nos quais maior é a regulamentação estatal das condições de trabalho.”

Dentre as várias funções que as convenções coletivas de trabalho desempenham, chamamos a atenção para a jurídica, a política e a econômica. No âmbito jurídico atua como fonte de elaboração de normas pelas partes convenientes, buscando equilibrar as demandas do capital e do trabalho, tendo como resultado a pacificação de conflitos. Já no plano político, atua como ferramenta de facilitação do diálogo visando à composição dos interesses divergentes

- 2 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.”
- 3 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”
- 4 “Art. 2º Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.”

## DOCTRINA

oriundos das relações do trabalho e, por existir no âmbito negocial a paridade de armas entre as partes pactuantes, é inerente ao processo negocial a elevação do poder de convencimento e argumentação de ambos os lados.

Finalmente, mas não menos importante, o aspecto econômico é crucial para não apenas produzir distribuição de riquezas e gerar melhoria social, mas, também, como forma de assegurar equilíbrio nas relações entre particulares, evitar concorrência desleal, monopólio e concentração de mercado.

Nas palavras da professora Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 1.256):

“A negociação coletiva tem efeito equilibrador, por isso, é elástica e flexível, ora pode tender para a proteção do direito dos trabalhadores, ora para a proteção da saúde da empresa. Enquanto a lei engessa por ser rígida e inflexível, a negociação coletiva prima pela adequação de interesses, sempre levando em conta o momento que se está apresentando a problemática, a localidade, as bases e diretrizes, assim como a condição econômica dos partícipes dessa barganha.”

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário (RE 590.415), enalteceu a importância das convenções e acordos coletivos de trabalho previstos na Constituição, segundo o voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso:

“A transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo tem por marco a Carta de 1988. A Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical, vedando a prévia autorização do Estado para a fundação do sindicato, proibindo a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos. Nota-se, assim, que a Constituição prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos. (...) O novo modelo justralhista proposto pela Constituição acompanha a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção nº 98/1949

## DOCTRINA

e na Convenção nº 154/81 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), às quais o Brasil aderiu.” (BRASIL, 2015)

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Lei de Modernização das Relações do Trabalho, prestigiou sobremaneira as convenções e acordos coletivos de trabalho, deixando expresso no art. 611-A sua prevalência sobre a lei desde que compatíveis com os arts. 611-A e 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho. Percebe-se, portanto, que a convenção coletiva de trabalho é um dos instrumentos mais relevantes do Direito do Trabalho. Prestigia empresas e trabalhadores, representados por seus sindicatos, com a responsabilidade de ajustar interesses e encontrar soluções negociadas compatíveis com a realidade em que se insere determinada atividade empresarial.

A declaração de direitos da liberdade econômica prevê em seu art. 3º, inciso II, como direito de toda pessoa, natural ou jurídica, desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, desde que observadas as normas de proteção ambiental, trabalhista e restrições advindas de contrato, condomínios e direito de vizinhança. Já o § 1º do art. 1º da Lei em análise estabelece que suas disposições incidirão sobre o exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Está clara que a intenção do legislador foi assegurar o funcionamento ininterrupto das atividades econômicas; todavia, em que pese o interesse em impulsionar a livre iniciativa, não é possível ignorar o arcabouço jurídico vigente, em especial, as normas que disciplinam o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais e o trabalho em domingos e feriados.

Quanto à permissão de funcionamento das atividades econômicas em qualquer horário, chamamos a atenção para o art. 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que prevê como competência dos municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Aliado a isso, a Súmula Vinculante nº 38 do Supremo Tribunal Federal, estabelece que compete ao município disciplinar o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Logo, não é de competência federal a regulamentação do horário de funcionamento, mas, sim, dos municípios.

No que tange ao trabalho em feriados, entendemos que não houve nenhuma modificação, ele continua sendo tratado pela legislação trabalhista em

um sistema de exceção, nos termos dos arts. 67<sup>5</sup>, 68<sup>6</sup> e 70<sup>7</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho, cabendo aos empresários atenção às especificidades das respectivas atividades econômicas. Também continua a cargo da Lei Federal nº 605, de 5 de janeiro de 1949, regulamentada pelo Decreto nº 27.048/1949, que abrange tanto os trabalhadores urbanos como os rurais, fixar alguns feriados, determinar a forma de remuneração, bem como prever o direito ao repouso remunerado nos dias de feriados civis e religiosos.

Já os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.093/95<sup>8</sup> estabeleceram os feriados civis e religiosos, além de revogar o art. 11 da Lei Federal nº 605/1949; outrossim, deixou claro o limite máximo de quatro feriados municipais de origem local já incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Importante ressaltar que, quando da edição da Lei nº 605/49, diploma legal regulamentado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949, o repouso remunerado em feriados civis e religiosos estava diretamente fundado no inciso VI do art. 157 da Constituição da República de 1946, que dizia:

“Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

VI – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.”

- 
- 5 “Art. 67. Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte. Parágrafo único. Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização.”
- 6 “Art. 68. O trabalho em domingo, seja total ou parcial, na forma do art. 67, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho. Parágrafo único. A permissão será concedida a título permanente nas atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, expedir instruções em que sejam especificadas tais atividades. Nos demais casos, ela será dada sob forma transitória, com discriminação do período autorizado, o qual, de cada vez, não excederá de 60 (sessenta) dias.”
- 7 “Art. 70. Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.”
- 8 “Art. 1º São feriados civis: I – os declarados em lei federal; II – a data magna do Estado fixada em lei estadual. III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.”

## DOCTRINA

Note-se que a excepcionalidade ao direito constitucionalmente assegurado aos trabalhadores de repouso remunerado dos feriados civis e religiosos era, exclusivamente, a exigência técnica das empresas que demandassem a utilização de mão de obra de forma permanente.

Dispondo sobre este direito constitucional, a Lei nº 605/1949 conceituou o que seria a exigência técnica a que se referia o inciso VI do art. 157 da Constituição de 1946, dizendo no parágrafo único do seu art. 5º que:

“Art. 5º Esta lei não se aplica às seguintes pessoas:

(...)

Parágrafo único. São exigências técnicas, para os efeitos desta lei, as que, pelas condições de peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço.”

Buscando ampliar o alcance do Decreto nº 27.048/1949, foi alterado seu anexo pelo Decreto nº 9.127, de 16 de agosto de 2017, para incluir no rol das atividades autorizadas a funcionar permanentemente as atividades do comércio varejista de supermercados e de hipermercados, cuja atividade preponderante seja a venda de alimentos. No entanto, a inclusão do comércio varejista de supermercados e de hipermercados dentre as atividades com permissão em caráter permanente para o trabalho nos dias de repouso não observou a condição fixada na lei, ou seja, a existência de exigências técnicas, de forma que o Decreto nº 9.172/2017 ampliou de forma ilegal a hipótese de exceção para aplicação dos direitos assegurados pela Lei nº 605/1949, causando enorme insegurança jurídica.

Isso porque, a lei que dá fundamento de validade ao Decreto nº 9.172/2017 é expressa em condicionar a autorização para as empresas trabalharem nos dias de feriados civis e religiosos, às exigências técnicas, e não a simples conveniência da atividade econômica. Nota-se que o parágrafo único do art. 5º, que se refere ao interesse público, e o *caput* do art. 10, que cita a ordem econômica, são claros em dizer que estes aspectos serão considerados para identificar as exigências técnicas de funcionamento da atividade, mas em momento algum elegem estes elementos de forma isolada como suficiente para assegurar o funcionamento de estabelecimentos comerciais nos feriados civis e religiosos, de forma que o determinante, para tanto, é a existência de exigências técnicas que imponham o funcionamento da atividade econômica de forma contínua.

A análise conjunta das disposições da Constituição de 1946 e da Lei nº 605/1949 revela que o interesse público e a ordem econômica, que tornam

indispensável o funcionamento das empresas ligadas ao comércio de bens, serviços e turismo, é caracterizada pela natureza da atividade em si, como é o caso dos estabelecimentos hoteleiros e dos restaurantes, onde impor a interrupção de suas atividades nos feriados atentaria contra a razoabilidade, ou pela finalidade, que no caso do comércio de varejista, é o atendimento das necessidades básicas ou emergenciais da população que não deve ficar sem a possibilidade de ter alguma exigência suprida nos dias de feriados.

Portanto, ao nosso sentir, o funcionamento do comércio varejista de supermercados e de hipermercados em feriados, continua sendo regulamentado de forma geral pela Lei Federal nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, cujas particularidades trataremos a seguir. Igualmente, não nos parece cauteloso afirmar que a Lei de Declaração de Direitos da Liberdade Econômica trouxe segurança jurídica aos estabelecimentos comerciais para funcionarem em qualquer horário sem observância da respectiva lei municipal, bem como em feriados, independentemente de autorização em convenção coletiva de trabalho.

#### **4 – Regulamentação do trabalho aos domingos e feriados no comércio**

No comércio o trabalho aos domingos é autorizado, independentemente de previsão em acordos ou convenções coletivas, desde 9 de novembro de 1997, por iniciativa da Medida Provisória nº 1.539-34, de 7 de agosto de 1997, cujas modificações posteriores culminaram com a edição do art. 6º da Lei Federal nº 10.101/00. A única condicionante prevista na legislação refere-se à regulamentação do horário de funcionamento, que poderá ser realizada pelo Município nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Outrossim, há obrigatoriedade que o repouso semanal remunerado coincida, pelo menos, uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordos ou convenções coletivas.

Já a utilização de mão de obra dos empregados desse setor em dias de feriados, sejam federais, estaduais ou municipais, é autorizada única e exclusivamente por meio de convenção coletiva de trabalho (CCT), nos termos do art. 6º-A<sup>10</sup> da Lei Federal nº 10.101/00, com redação alterada pela Lei Federal

---

9 “Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.”

10 “Art. 6º-A. É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.”

## DOCTRINA

nº 11.603, de 5 de dezembro de 2007. Ou seja, a competência é privativa das convenções coletivas não tendo o acordo coletivo a prerrogativa para tratar do tema.

Nesse sentido foi o voto da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, ao julgar o Recurso Ordinário 144-68.2016.5.08.0000, na sessão especializada em dissídios coletivos, cujo trecho transcrevemos:

“(…) A restrição legal expressa (art. 6º-A) dos trabalhos em feriados à autorização em termo pactuado por sindicatos indica que o acordo coletivo não é instrumento apto para tanto. Tratando-se de regra excepcional, o art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 não pode ser objeto de interpretação extensiva que amplie sua aplicação aos casos em que o trabalho no comércio em feriados é permitido por acordo coletivo. Como o dispositivo legal determina a autorização em convenção coletiva de trabalho, a interpretação literal é suficiente para entender que apenas este instrumento torna válido o trabalho em feriados. Qualquer conclusão pela possibilidade de permissão por acordo coletivo violaria o significado mínimo do texto objeto da interpretação, que é o ponto de partida do intérprete.” (TST, RO 144-68.2016.5.08.0000, SDC, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 05.05.2017)

De igual maneira, procedeu a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Recurso Ordinário 429-61.2016.5.08.0000, de Relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, que lembrou em seu voto que para a jurisprudência pacificada da sessão de dissídios coletivos “o trabalho em feriados no comércio em geral só pode ser instituído por convenção coletiva, em face da necessidade de garantir a isonomia nas categorias econômica e profissional”.

De acordo com a decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CLÁUSULA RELATIVA AO LABOR EM DIAS DE FERIADO FIRMADA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONVENÇÃO COLETIVA. PROVIMENTO.

1. A jurisprudência pacificada da SDC desta Corte segue no sentido de que ‘o trabalho em feriados no comércio em geral só pode ser instituído por convenção coletiva, nos termos da literalidade do art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, sendo inválida a permissão em acordo coletivo, em face da necessidade de garantir a isonomia nas categorias econômica

e profissional' (cfr. TST, RO-144-68.2016.5.08.0000, SDC, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 05.05.2017).

2. O 8º Regional julgou improcedente o pedido de anulação da cláusula 37ª, §§ 3º, 4º e 5º, do Acordo Coletivo de Trabalho de 2016/2017, por entender que, em que pese o art. 6º-A da Lei nº 10.101/00 estabelecer que é permitido o labor em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado por meio de convenção coletiva de trabalho, o art. 1º, *a*, da Portaria nº 945 do MTE, de 08.07.2015, também prevê a possibilidade de autorização transitória para trabalho aos domingos e feriados civis e religiosos, a que se refere o art. 68, parágrafo único, da CLT, por meio de acordo coletivo de trabalho.

3. Assim, assiste razão ao recorrente, pois a decisão recorrida foi proferida em contrariedade à referida Lei e à jurisprudência uníssona desta Corte, uma vez que a cláusula alusiva ao labor em dias de feriado foi firmada em acordo coletivo de trabalho, e não em convenção coletiva, o que impõe a sua anulação. Recurso ordinário provido." (TST, RO-429-61.2016.5.08.0000, 1ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 18.06.2018)

Dessa feita, em que pese a liberdade de desenvolver atividade econômica em qualquer dia e horário, incluindo os feriados, prevista no inciso II do art. 3º da Lei nº 13.874/2019, temos que ela não é absoluta e deve ser conjugada à luz das legislações vigentes, mormente das leis especiais que disciplinam determinados seguimentos econômicos. Lado outro, há que se observar que não houve qualquer revogação dos arts. 67, 68 e 70 da CLT que permanecem vigentes disciplinando o trabalho em feriados como exceção.

### 5 – Considerações finais

Compreendemos que o Estado, enquanto agente regulador, deve garantir e propiciar instrumentos capazes de assegurar a liberdade de iniciativa de forma a promover o equilíbrio entre as demandas do capital sem abrir mão do bem-estar social. Sua atuação, ao mesmo tempo em que é crucial para tutelar direitos difusos e homogêneos, não pode servir como instrumento para impedir a atuação da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico.

É incontestável que a Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica demonstra tanto a disposição do Brasil em fortalecer a atividade privada e a liberdade de iniciativa à luz da Constituição Federal de 1988, como a de assegurar que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se consolidem

## DOCTRINA

cada vez mais como fundamentos da nossa República. Todavia, sua inserção no mundo jurídico, por si só, não é capaz de anular e revogar todo o arcabouço legislativo e constitucional já existente.

No que tange à categoria econômica do comércio não há óbice legal para tolher seu funcionamento aos domingos, bem como independe de previsão em convenção coletiva de trabalho; todavia, deve ser observada a regulamentação no âmbito municipal referente à afiação de horário, além das regras envolvendo o descanso semanal remunerado.

Em relação à utilização de mão de obra em feriados no comércio vimos que ela não é irrestrita e somente poderá ocorrer nos termos do art. 6º-A da Lei nº 10.101/00, mediante autorização em convenção coletiva celebrada pelo sindicato laboral e patronal, não possuindo o art. 3º da Lei nº 13.874/2019, por si só, o condão de promover o livre e irrestrito funcionamento das atividades comerciais.

### Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1)>. Acesso em: 10 out. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7946806&ts=1570126153081&disposition=inline>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIVANTE, Cesare. *Instituições do direito comercial*. 3. ed. São Paulo: Livraria C. Teixeira, 1928.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# CARACTERIZAÇÃO DO TELETRABALHO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E APLICAÇÃO DA NORMA NO TELETRABALHO TRANSNACIONAL E NO TELETRABALHO TRANSREGIONAL

## *CHARACTERIZING TELEWORK IN HOMELAND REGULATION AND APPLICATION OF STANDARD IN TRANSNATIONAL TELEWORK AND TRANSREGIONAL TELEWORK*

**Priscila Freire da Silva Cezario\***

**RESUMO:** A Lei nº 13.467/2017, Reforma de 2017, introduziu diversas alterações à CLT. Destaca-se a constituição do marco regulatório do teletrabalho. O artigo compreende quatro seções. Na primeira, examina-se o conceito de teletrabalho, inclusive a partir da distinção de figuras afins. Na segunda, relacionam-se seus pressupostos, indicando-se as peculiaridades do ordenamento pátrio. Na terceira, apresenta-se a classificação do regime para se introduzir a quarta seção, acerca da aplicação da norma no teletrabalho transnacional e no teletrabalho transregional, em direção a um critério seguro e razoável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teletrabalho Transnacional. Teletrabalho Transregional.

**ABSTRACT:** Law no. 13,467/2017, Reform of 2017, has introduced several amendments to the CLT. It shall be highlighted the constitution of the regulatory framework for telework. The article comprises four sections. In the first section, the concept of telework is examined, including from the distinction of related figures. In the second, their requirements are listed, indicating the peculiarities of the homeland regulation. In the third, the classification of the regime is presented to introduce the fourth section, about the application of standard in transnational telework and transregional telework, towards a safe and reasonable criterion.

**KEYWORDS:** Transnational Telework. Transregional Telework.

### **Introdução**

**A** Reforma Trabalhista de 2017 regulamentou o teletrabalho. Considerou como tal “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de

---

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

informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

Como em outros temas abrangidos pela Reforma, a Lei nº 13.467/2017, ao regulamentar o regime de teletrabalho, incluiu importantes vantagens a empregadores. Passou a considerar teletrabalhadores isentos de controle de jornada, excluindo-lhes as proteções concernentes à duração do trabalho. Procurou liberar empregadores de responsabilidades afetas à saúde e segurança, assim como de fiscalizar o exercício seguro das atividades no regime.

Assimilar as vantagens acima destacadas é crucial para a caracterização do teletrabalho no ordenamento pátrio. Outra questão a ser enfrentada concerne à aplicação da norma no espaço, carente de referência na Lei nº 13.467/2017.

### 1 – Aspectos conceituais

A expressão teletrabalho pode ser compreendida como trabalho a distância, pois o prefixo “tele” indica distância. O teletrabalho, no entanto, assim como o trabalho externo, é apenas uma das modalidades de trabalho a distância. Não se confunde, tampouco, com *telemarketing*, telesserviço ou televenda. Como o teletrabalho, o *telemarketing*, telesserviço ou televenda também envolvem prestação de serviços a distância, mas do cliente, não do empregador.

Distingue-se, igualmente, de trabalho em domicílio. De fato, o trabalho em domicílio tradicional, diferentemente do teletrabalho desenvolvido no domicílio do trabalhador, congrega tarefas de natureza manual, realizadas independentemente da manipulação de instrumentos de comunicação e informação.

Diferencia-se, ainda, de sobreaviso. O teletrabalho pressupõe efetiva prestação de serviços com instrumentos de comunicação e informação, enquanto o sobreaviso corresponde ao ato de aguardar chamado para o serviço, por meio de tecnologias que caracterizam também o teletrabalho, a qualquer momento durante o período de descanso.

Não se trata, outrossim, de trabalho por demanda via aplicativos. Isso, porque, apesar de as tecnologias da comunicação e informação que caracterizam o teletrabalho constituírem ferramentas de trabalho também de profissionais acionados por aplicativos acoplados em *smartphones*, trabalhadores contratados por aplicativos prestam serviço *off-line* como qualquer trabalhador tradicional, destinando-se a tecnologia empregada tão somente para colocar o trabalhador em contato com o usuário da plataforma (RASO DELGUE, 2017).

O teletrabalho corresponde, segundo Jack Nilles (1997), considerado o pai do teletrabalho, à substituição das rodovias, que conduzem o trabalhador às dependências do empregador, pelas infovias, por meio das quais o trabalho que é transportado até o trabalhador. Trata-se de modelo de organização e gestão do trabalho, voltado à sustentabilidade e à melhoria da qualidade de vida (SIERRA BENÍTEZ, 2011). É regime atípico, mais uma hipótese de flexibilização trabalhista surgida a partir da década de 1970 (NASCIMENTO, 2013).

O teletrabalhador, por sua vez, é a pessoa física que presta serviços a partir de local diverso das dependências do contratante, mediante utilização de instrumentos telemáticos e informatizados. Pode tanto ser prestador de serviços autônomo quanto empregado da iniciativa privada, podendo também ser servidor ou empregado público. No âmbito das relações de trabalho subordinadas, regidas pela CLT, contrapõe-se à figura do empregado típico, ou seja, aquele que presta serviços nas dependências do empregador.

A legislação brasileira passou a conter seu próprio conceito de teletrabalho apenas com a instituição do marco regulatório do regime, pela Reforma de 2017.

Nos termos do art. 75-B da CLT, compreende-se como teletrabalho “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

A definição legal, por si só, é insuficiente para a caracterização do teletrabalho no ordenamento pátrio. Para esse fim, é preciso determinar os pressupostos do regime, podendo-se partir dos arts. 75-B e 75-C da CLT.

## 2 – Pressupostos

Para se caracterizar o teletrabalho, é preciso, em primeiro lugar, a exteriorização das vontades das partes em documento escrito, onde especificadas as atividades a serem desenvolvidas pelo teletrabalhador, conforme art. 75-C da CLT. O contrato de trabalho do teletrabalhador, por força do referido dispositivo, é, portanto, um instrumento solene.

Em segundo lugar, apesar de o regime de teletrabalho, conceitualmente, poder se aperfeiçoar em qualquer local que não o estabelecimento do empregador, exercício interpretativo<sup>1</sup> sobre o novo art. 75-B da CLT, conduz à conclusão

---

1 Referido exercício interpretativo é baseado nas lições de Miguel Reale (2002, p. 279-280), Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2005, p. 270), Alice Monteiro de Barros (2016, p. 100), bem como no art. 5º da LINDB.

de que, para se considerar como teletrabalho no Direito brasileiro, a prestação de serviços mediante utilização de tecnologias de informação e comunicação deverá ocorrer no domicílio do empregado.

O novo art. 75-B da CLT, de fato, não remete ao estabelecimento do empregador, mas, sim, às “dependências”. No *caput*, preceitua se considerar teletrabalho “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador”. O parágrafo único, do dispositivo, até refere a estabelecimento, mas deve ser interpretado gramatical e sistematicamente.

Considere-se, inicialmente, o inciso III, adicionado ao art. 62 da CLT, pela Lei nº 13.467/2017. Nos seus termos, o teletrabalhador foi excluído do regime de duração do trabalho e equiparado ao titular de cargo de confiança. É que o teletrabalhador, como o titular de cargo de confiança de que trata o inciso II, foi inserido no art. 62 sem a ressalva do inciso I, acerca dos que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário. Assim, seguida a literalidade da lei, afirma Elton Duarte Batalha (2018, p. 96), o teletrabalhador não se submete ao regime de duração do trabalho nem mesmo se suas atividades forem compatíveis com fixação de horário ou com controle de jornada.

Considerem-se, ademais, as previsões dos arts. 75-D e 75-E. O art. 75-D trata do ônus financeiro subjacente ao teletrabalho e há quem interprete o dispositivo no sentido de que basta o contrato dispor que esse encargo será do empregado para que o empregador se exima de custos (CASSAR, 2017; BRITO FILHO; FERREIRA, 2018).

O art. 75-E impõe deveres ao empregador, de instruir o empregado quanto aos cuidados a serem tomados para evitar doenças e acidentes de trabalho, e ao empregado, de se comprometer a seguir as instruções recebidas, firmando termo de responsabilidade. Para parcela da doutrina, o termo bastaria para isentar o empregador de qualquer responsabilidade em matéria de saúde e segurança do teletrabalhador. Segundo Marlos Augusto Melek (2017), “por trabalhar em casa [só por isso], o trabalhador se responsabiliza por acidentes de trabalho”.

As previsões legais mencionadas nos parágrafos precedentes apenas fazem sentido se o teletrabalho regulamentado pela Lei nº 13.467/2017 compreender prestação de serviços a partir do domicílio do empregado, excluídos quaisquer locais financiados pelo empregador ou desvestidos de proteção à inviolabilidade domiciliar e à privacidade.

De fato, em comparação com o domicílio do empregado, a fiscalização da duração do trabalho e do cumprimento de normas de saúde e segurança é facilitada em telecentros e figuras assemelhadas, sobretudo, porque a priva-

cidade do empregado nesses ambientes de trânsito coletivo não se reveste da mesma proteção que o domicílio.

A interpretação é estimulada pelos relatórios legislativos que deram origem à Lei nº 13.467/2017<sup>2</sup>. Conforme parecer do Deputado Rogério Marinho, relator da Comissão Especial criada para analisar o projeto que deu origem à Reforma de 2017, propôs-se a regulamentação do teletrabalho em função do número de brasileiros que à época trabalhavam “em casa” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial..., 2017, p. 42). Nos termos do parecer do Senador Ricardo Ferraço, relator do projeto na CAE, um dos objetivos do teletrabalho seria possibilitar às pessoas expenderem mais tempo em suas próprias residências (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos, 2017, p. 49-50).

Ao que tudo indica, a intenção do legislador, ao isentar teletrabalhadores de controle de jornada e lhes transferir o peso da responsabilidade pelo cumprimento das normas de saúde e segurança, foi justamente preservar a inviolabilidade do domicílio e a privacidade do empregado. Somente esse fim justificaria a regulamentação como formulada. Nesse contexto, não seria razoável<sup>3</sup> aplicar ao empregado alocado em telecentro e estruturas afins a nova regulamentação do teletrabalho.

Paulo Regis Machado Botelho (2017, p. 262) ratifica a posição ora defendida, ao dispor que “não se pode confundir a situação aqui tratada com a disponibilidade ofertada pela empresa de escritórios-satélites ou postos satélites, estruturados e mantidos pela empresa como espaços físicos coletivos destinados aos empregados”. Mais enfaticamente, Talita Camila Gonçalves Nunes (2018, p. 178) acentua: “apesar de não excluir as prestações de teletrabalho em telecentros, (...) telecentro (...) é uma dependência do empregador, visto que os custos do empreendimento – manutenção, energia, aparato tecnológico, limpeza, etc. – são do próprio empregador”.

À luz da hermenêutica jurídica, “deve ser entendida extensivamente a norma benéfica, mas estritamente a que impõe penas ou restringe direitos” (REALE, 2002, p. 280). No plano do Direito do Trabalho, essa interpretação é orientada pelo princípio *in dubio pro misero* (CASSAR, 2017, p. 125). Analisando o papel da regulamentação do teletrabalho no contexto do Direito do Trabalho, infere-se que as novas regras vieram para restringir direitos.

---

2 De acordo com Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2005, p. 259-260), o recurso à análise dos relatórios legislativos é possível para reforçar a interpretação sistemática.

3 No sentido de que a interpretação jurídica contemporânea é governada pela lógica do razoável, cf. Luis Recasens Siches (2010, p. 662-663).

Assim, espriar a disciplina jurídica do teletrabalho no domicílio do empregado para espaços financiados pelo empregador ou desprovidos de proteção à inviolabilidade domiciliar e à privacidade significa incorrer em grave erro interpretativo. Essa constatação é referendada pela seguinte passagem de Miguel Reale (2002, p. 291): “Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de *seu papel ou função no contexto do diploma legislativo*”.

Portanto, se a prestação de serviços com uso de tecnologias de informação e comunicação ocorrer em espaço carente de proteção à inviolabilidade domiciliar e à privacidade ou em lugar considerado como dependência do empregador, porque por este financiado, ou seja, de ambiente sujeito ao livre exercício dos poderes de controle e fiscalização inerentes ao poder diretivo, a prestação de serviços se submeterá ao regime típico da CLT.

Superado o segundo pressuposto, passa-se, agora, ao terceiro, relativo à prevalência da prestação de serviços no domicílio do empregado por pelo menos cinquenta por cento do tempo de trabalho. O pressuposto decorre do advérbio “preponderantemente”, presente no novo art. 75-B da CLT. Interpretando-se o dispositivo em face da finalidade da norma, ou seja, a partir da circunstância de que com a regulamentação do teletrabalho se pretende evitar o deslocamento físico de trabalhadores, assim como em face do inciso XIII do art. 7º da CRFB, deve-se compreender por tempo de trabalho a sua duração semanal, no mínimo.

Se o termo preponderantemente, contido no referido art. 75-B, remetesse à duração diária, o fim último de se evitar o trajeto do trabalhador ao trabalho e de volta para casa não seria alcançado. Nesse ínterim, sob pena de descaracterização do regime, o teletrabalhador não pode trabalhar mais que dois dias por semana em dependências do empregador, desconfigurando-se o dia de teletrabalho ainda que o empregado permaneça nas dependências do empregador apenas por algumas poucas horas.

A aferição a partir do módulo semanal, como destacado, corresponde ao critério mínimo. É possível realizá-la também nos contextos mensal e anual<sup>4</sup>. De toda forma, a aferição do tempo de trabalho preponderante deve ser feita *a priori*, porque *a posteriori* provocaria o desvirtuamento da finalidade da norma.

Em quarto lugar, a consensualidade decorre do art. 75-C da CLT. Ao dispor que “a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho”, o dispositivo estabelece que

---

4 Na Itália, tramita, desde 2014, projeto de lei denominado *Smart Working*, no qual se pretende aferir a preponderância do regime a partir do contexto anual (COLUMBU; MASSONI, 2017).

o teletrabalho não está no âmbito do *jus variandi* do empregador, inserindo-se, sim, no contexto da autonomia da vontade das partes.

No mesmo sentido, o § 1º do referido art. 75-C, ao estabelecer a possibilidade de se alternar o regime presencial e o de teletrabalho mediante acordo entre as partes. Na forma da lei, o teletrabalho não poderá ser imposto ao empregado. Sua adesão deve ser voluntária, assim como constitui faculdade do empregador aceitar ou não o pedido do empregado para ingressar no regime.

Como dispõe o § 2º do art. 75-C, apenas a transferência ou a reversão para o regime presencial poderá ser determinada unilateralmente pelo empregador. Isso ocorre porque, assumindo o empregador os riscos da atividade econômica e dirigindo a prestação de serviços, cabe a ele decidir se o empregado tem perfil para atuar em regime de teletrabalho, competindo-lhe definir também se o regime compensa para a empresa. De todo modo, a transferência ou a reversão não poderá ocorrer por motivos considerados fúteis ou persecutórios. Por isso, ao convocar o teletrabalhador a assumir ou reassumir o posto de trabalho presencial, é salutar que o empregador justifique sua decisão<sup>5</sup>.

Por fim, na forma do novo art. 75-B da CLT, o teletrabalho pressupõe a utilização das tecnologias de informação e comunicação. São instrumentos telemáticos, sem prejuízo de outros que possam surgir: “o computador em rede, modem, telefax, *e-mail*, *notebook*, *netbook*, *tablet*, *smartphone*, *cloud computing* (que permite o acesso a bancos de dados virtuais), o *logmein* (controle remoto do computador acessado através de celular e *tablet*) e *icloud* (...)” (BRAMANTE, 2012, p. 391).

As ferramentas relacionadas no parágrafo precedente configuram pressuposto do regime de teletrabalho independentemente de conexão com a rede central do empregador. É o que se infere do exame de modalidades de teletrabalho identificadas a partir da classificação do regime.

### 3 – Classificação

O teletrabalho pode ser classificado em função do tipo de conexão do instrumento telemático do teletrabalhador ao servidor informático do empre-

---

5 Na França, conforme item III do artigo L1222-9 do Código do Trabalho, com redação dada pela LOI n° 2018-771, de 5 de setembro de 2018 – art. 68 (VD), o empregador deve justificar a recusa do regime de teletrabalho para empregado considerado elegível à posição, ou seja, para o empregador, o teletrabalho não é de todo livre. Em Portugal, na forma do artigo 166 do Código do Trabalho, o trabalhador vítima de violência doméstica e o trabalhador com filho em idade inferior a três anos têm direito ao regime, contanto que compatível com a atividade desempenhada, mas é preciso que o empregador, no segundo caso, reúna recursos e meios para viabilizar o regime.

## DOCTRINA

gador, segundo a alternância entre os regimes de teletrabalho e presencial, bem como a partir do local em que prestados os serviços.

Quanto ao tipo de conexão, pode ser classificado como *on-line*, *off-line* ou *one line way*. Na modalidade *on-line*, o teletrabalhador desenvolve suas atividades conectado ao computador central da empresa, de forma bidirecional. No formato *one line way*, a conexão é unidirecional, ou seja, apenas uma parte transmite dados à outra. No modelo *off-line*, não há nenhum tipo de conexão entre o computador do empregado e a rede do empregador (BENVINGUT, 2001). Sem enfrentar a modalidade *one line way*, Manuel Martín Pino Estrada (2004) atribui ao teletrabalho *on-line* a nomenclatura de teletrabalho conectado, chamando de desconectado o teletrabalho *off-line*.

Apesar de incluir o teletrabalho *off-line* entre as modalidades de teletrabalho, Ramon Sellas i Benvingut (2001) entende que apenas os instrumentos telemáticos que possibilitem conexão do computador do empregado ao servidor do empregador, sejam bi ou unidirecional, podem caracterizar pressuposto específico do teletrabalho. Na mesma direção, Ivani Contini Bramante (2012). Em sentido contrário, Manuel Martín Pino Estrada (2004) e a autora. Embora o regime de conexão *off-line* dificulte a comunicação entre as partes, basta alterar para o regime *on-line* para exercer a comunicação, ou seja, o potencial do instrumento utilizado pelo empregado em regime *off-line* para se converter ao regime *on-line* deve bastar para que o instrumento desconectado do servidor do empregador caracterize o pressuposto específico.

Quanto à alternância entre os regimes de teletrabalho e presencial, é alternado o regime em que o teletrabalhador ora se situa nas dependências do empregador, ora em sua residência ou outro local designado para exercer suas atividades, enquanto a expressão teletrabalho em domicílio é reservada ao regime desenvolvido integralmente na residência do teletrabalhador.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2017, p. 35) consideram o critério da alternância como critério temporal, explicando que o teletrabalho pode ser permanente, “quando o tempo de trabalho fora da empresa exceda a 90% do tempo trabalhado” ou alternado, por exclusão, podendo ainda ser suplementar, “quando o teletrabalho é frequente, mas não diário, sendo pelo menos uma vez por semana (dia completo)”.

Quanto ao local da prestação de serviços, se ocorrer a partir do domicílio do empregado, o regime de teletrabalho será designado pela expressão *home*

*office*<sup>6</sup> ou teletrabalho em domicílio. Se ocorrer a partir de centros satélites de telesserviço, centros locais de telesserviço<sup>7</sup>, *telecottages*<sup>8</sup> ou espaços de *coworking*<sup>9</sup>, o regime de teletrabalho será denominado pela expressão “trabalho a distância” ou “trabalho remoto”. Se ocorrer a partir de estruturas diferentes, o regime de teletrabalho será denominado móvel, itinerante, nômade ou argonauta (BENVINGUT, 2001). A ideia de improviso permeia o teletrabalho itinerante.

Se a prestação de serviços ocorrer em país distinto daquele em que situada a empresa a que o teletrabalhador se encontra vinculado, o regime será classificado como *offshore*, transnacional ou transfronteiriço (DI MARTINO; WIRTH, 1990; BENVINGUT, 2001; COLUMBU; MASSONI, 2017). Já se ocorrer em base territorial distinta daquela em que situada a empresa a que o teletrabalhador se encontra vinculado, será classificado como transregional.

## 4 – Aplicação da norma no espaço

### 4.1 – Teletrabalho transnacional

O teletrabalho transnacional foi tema do art. 9º do Projeto de Lei nº 4.505/08. Nos termos do dispositivo, deveria ser aplicada ao regime a lei do local da prestação de serviços, admitindo-se convenção contratual em sentido contrário. A Lei nº 13.467/2017 não regulamentou a aplicação da lei no espaço em relação ao teletrabalho transnacional, devendo a solução para essa questão ser buscada no Direito Internacional Privado.

O Código de Direito Internacional Privado, ou Código de Bustamante<sup>10</sup>, é reconhecido pelo ordenamento jurídico interno<sup>11</sup>. Nos termos de seu art. 198, é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador. O dispositivo consagra o princípio da *lex loci executionis*.

---

6 De acordo com Alexandre Agra Belmonte (2007, p. 300), compreende-se como *home office* “o escritório virtual montado na residência do trabalhador para a prestação do trabalho à distância, com utilização das tecnologias da comunicação”.

7 Centros satélites são edifícios de escritórios, ou partes de edifícios, utilizados por uma única organização. Já os centros locais de telesserviço podem ser utilizados por companhias variadas. Certos centros locais de telesserviço são efetivamente locais, razão pela qual são igualmente chamados de centros comunitários de telesserviço (NILLES, 1997).

8 Tais estruturas podem ser consideradas espécies de centros locais de telesserviço. Segundo Vittorio Di Martino e Linda Wirth (1990), a especificidade dos *telecottages* reside no fato de referidas estruturas visarem à ampliação de inclusão digital de pessoas situadas em lugares afastados, como nos espaços rurais.

9 Os espaços de *coworking* podem, como os *telecottages*, também ser considerados espécies de centros locais de telesserviço, nada impedindo, no entanto, que sejam utilizados por uma única organização, circunstância que aproximará a estrutura de um centro satélite de telesserviço.

10 O Código foi aprovado pela Convenção de Direito Internacional Privado, alcançada na Sexta Conferência Internacional Americana, realizada em 20 de fevereiro de 1928, na cidade de Havana, Cuba.

11 Conforme Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

No mesmo sentido, foi construída a jurisprudência dos tribunais pátrios especializados, conforme a Súmula nº 207 do TST, oriunda da Resolução nº 13/85 e cancelada em 2012. Nos termos do art. 9º da LINDB, por outro lado, as obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constituírem.

O local do acidente ou da prestação de serviços, no Código de Bustamante ou na jurisprudência consolidada na Súmula nº 207, ou o local da celebração do contrato, na LINDB, constituem aquilo que no Direito Internacional Privado se denomina “*elemento de conexão*”. A doutrina, consagrada tanto pelo Código de Bustamante quanto pela LINDB, encontra contraponto mais flexível no Direito Internacional Privado norte-americano. De fato, o artigo 6º do *Restatement Second on the Conflicts of Law*, erigiu o “princípio da proximidade – também chamado dos vínculos mais estreitos ou da relação mais significativa”. O *Restatement Second on the Conflicts of Law* serviu de inspiração para a Convenção Europeia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, difundida pela denominação de Convenção de Roma, de 1980 (PERES, 2004, p. 54-55).

A Convenção de Roma, de 1980, encerra no artigo 6º disposição específica para a regência de conflitos de lei no espaço nascidos no âmbito de contratos individuais de trabalho. Nos termos do dispositivo, a lei de regência do contrato de trabalho dependerá da mobilidade do contrato. Assim, se o empregado prestar serviços habitualmente no mesmo país, a lei desse país em que prestados habitualmente os serviços regerá o contrato. Se, por outro lado, inexistir um país predominante, será aplicável a lei do país em que situado o empregador, salvo se do conjunto das circunstâncias resultar “uma conexão mais estreita com um outro país, sendo em tal caso aplicável a lei desse outro país”.

O artigo 6º da Convenção de Roma pode ser afastado se as partes exercerem a liberdade de escolha presente no artigo 3º. Segundo o dispositivo, contratos em geral são regidos pela lei expressamente escolhida pelas partes. Porém, se todos os elementos de estraneidade de determinada relação estiverem concentrados em um único país, ou seja, se a nacionalidade do empregado, do empregador e da prestação de serviços forem coincidentes, a escolha das partes não poderá avançar sobre disposições inderrogáveis por acordo. É dizer, à luz do dispositivo, as partes podem escolher a lei que bem entenderem para reger sua relação jurídica, mas essa faculdade não pode impedir a aplicação de regras imperativas do país que reúne todos os elementos de estraneidade<sup>12</sup>.

---

12 Nos termos do dispositivo, a convenção das partes poderá ser invalidada também por defeito de consentimento, de forma e de capacidade, conforme artigos 8º, 9º e 11º, textualmente evocados pelo artigo em comento.

## DOCTRINA

Mesmo que as partes não exerçam a liberdade de escolha de que tratam os artigos 3º e 6º da Convenção de Roma, poderá ser afastado. Isso ocorrerá se o contrato apresentar conexão mais estreita com a lei de local diverso daquele em que o empregado prestar serviços habitualmente ou daquele em que situado o empregador. É o que resulta do artigo 4º. Segundo o dispositivo, a conexão mais estreita é determinada pela residência habitual da parte obrigada a prestar serviço, mas se o conjunto das circunstâncias apontar para outro lugar, é a lei desse lugar que fará a regência do contrato.

A Convenção de Roma não se aplica ao Brasil, mas sua observância é importante como referencial teórico. Poderia ser aplicável aqui a Convenção do México, de 1994<sup>13</sup>, assinada pelo país, mas até hoje não ratificada. O instrumento é baseado em diretrizes da Convenção de Roma. Adota como elemento de conexão principal a autonomia da vontade<sup>14</sup> e o princípio dos vínculos mais estreitos<sup>15</sup> como elemento de conexão subsidiário.

O legislador pátrio, por sua vez, escolheu o critério da norma mais favorável, conforme inciso II do art. 2º da Lei nº 7.064/82. Referida lei, ao ser estendida pela Lei nº 11.962/09 a qualquer trabalhador contratado no Brasil ou transferido para prestar serviços no exterior, motivou o já referido cancelamento da Súmula nº 207 do TST.

Os critérios de solução de conflitos de lei no espaço, acima mencionados, em especial o da norma mais favorável, promovem insegurança jurídica. Isso, sobretudo, por causa de sua feição subjetiva. À luz de respeitável corrente doutrinária (PERES, 2004; HUSEK, 2015; BELTRAN, 2003), somente a autonomia da vontade poderia fornecer segurança jurídica às partes no contrato internacional de trabalho.

A corrente doutrinária acima destacada é contraposta pelo princípio da primazia da realidade. À luz de tal postulado, o ponto de partida para a solução de conflitos de lei no espaço envolvendo a figura do teletrabalho transnacional deve ser a subordinação, ou seja, a subordinação, e não a autonomia da vontade, deve constituir o elemento de conexão principal. Essa tese foi relacionada por Wilfredo Sanguinetti Raymond (2013, p. 155).

A subordinação deve constituir o elemento de conexão principal por ser o fio condutor da relação de emprego. É dizer, deve se aplicar a lei do país de onde emanam as ordens a que submetido o teletrabalhador, mas isso somente

13 Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais.

14 Nesse sentido, o artigo 7º da Convenção.

15 Cf. o artigo 9º da Convenção.

se o teletrabalhador não estiver inserido na estrutura hierárquica de empresa estabelecida localmente.

Se o teletrabalhador, baseado no Brasil, possuir superiores hierárquicos ou subordinados no país, deve ser aplicado o critério do lugar da execução dos serviços, sem descuidar do critério dos vínculos mais estreitos. Por outro lado, tratando-se de empregado de multinacional registrado por subsidiária brasileira tão somente para desburocratizar a contratação, ou seja, de teletrabalhador sem subordinados ou superiores hierárquicos no Brasil, seu contrato de trabalho deve ser regido pela lei do país a que verdadeiramente subordinado. Do mesmo modo, tratando-se de empregado de empresa estabelecida no Brasil, atuando isoladamente no exterior, deve se aplicar a lei brasileira.

Além de proporcionar segurança jurídica, o critério da subordinação fomenta o combate ao *dumping social*, mesmo porque as multinacionais de primeiro mundo buscam teletrabalhadores qualificados nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento justamente para se servir de sua legislação mais flexível (MURGAS, 2003; HUSEK, 2015).

O critério da subordinação pode ainda conduzir à solução de conflitos envolvendo o teletrabalho transregional.

### 4.2 – Teletrabalho transregional

O conflito espacial subjacente ao teletrabalho transregional constitui não um conflito entre leis, mas, sim, entre instrumentos coletivos de trabalho.

A definição da norma coletiva aplicável passa pelo enquadramento sindical e o enquadramento sindical calcado na atividade preponderante do empregador se aplica de modo uniforme a empregados típicos e teletrabalhadores, ressalvadas as categorias profissionais diferenciadas.

No âmbito do teletrabalho, dúvidas emergem com relação ao critério da territorialidade, quando o local eleito pelo empregado para teletrabalhar se situa fora da base territorial abrangida pelo sindicato dos empregados típicos.

O teletrabalhador seria sujeito às normas coletivas negociadas pelo sindicato profissional da base territorial em que estabelecido o empregador ou àquelas negociadas pelo sindicato profissional da base territorial em que situado o seu domicílio? A sujeição de teletrabalhadores às normas coletivas negociadas pelo sindicato profissional da base territorial a partir da qual presta serviços, fosse essa a solução ao primeiro questionamento, prevaleceria mesmo se o empregador não fosse representado nessa negociação? As respostas devem

ser buscadas na jurisprudência, mas envolvendo outras situações em que os serviços são prestados em base territorial diversa daquela em que localizado o estabelecimento do empregador, dado que a jurisprudência acerca do teletrabalho ainda é bastante incipiente.

No TST, acerca de outras situações em que os serviços são prestados em base territorial diversa da que localizado o estabelecimento do empregador, prevalece entendimento no sentido de serem aplicáveis as normas coletivas vigentes no local da prestação de serviços, mesmo se o empregador não for representado nas respectivas negociações<sup>16</sup>. À luz jurisprudência do TST, pode-se, então, afirmar que o teletrabalhador se sujeita às normas coletivas negociadas pelo sindicato profissional da base territorial em que situado o seu domicílio. Isso ainda que o empregador não seja representado nas respectivas negociações.

Em sentido contrário, indica-se decisão do TRT da 1ª Região que contemplou o reclamante, teletrabalhador, com garantia provisória de emprego prevista para empregados típicos, em instrumento coletivo vigente sobre o estabelecimento do empregador, não sobre o domicílio do empregado. No caso, o princípio da territorialidade foi mitigado, provavelmente, para que se aplicasse ao reclamante a norma coletiva mais favorável, no caso, a norma coletiva negociada no âmbito do território em que situada sua empregadora<sup>17</sup>.

A interpretação no sentido de que o teletrabalhador se sujeita às normas coletivas negociadas pelo sindicato profissional da base territorial em que situado o seu domicílio, estimulada pela jurisprudência do TST em casos similares, prestigia a adequação das condições de trabalho à realidade do local da efetiva prestação de serviços. A solução inferida da jurisprudência, contudo, não se afigura a mais adequada ao regime de teletrabalho.

No regime de teletrabalho, é relevante considerar o critério da subordinação, tal como na solução de conflito de lei no espaço provocado por contrato internacional de teletrabalho. Assim a posição de Claudimir Supioni Junior (2017, p. 206-207). Nesse compasso, aplicam-se não os instrumentos coleti-

---

16 Para ilustrar, cf. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista TST-AIRR-10694-21.2013.5.18.0010. Agravante: Eurofarma Laboratórios Ltda. Agravado: Stênio Silva Catúlio. Relator: Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence. Data de julgamento: 21.06.2017. Órgão julgador: 1ª Turma. Data de Publicação: DEJT 23.06.2017. Acesso em: 20 maio 2018. Em pesquisa realizada em 20.05.2018, constatou-se uniformidade entre as turmas a esse respeito.

17 TRT da 1ª R. Processo 0011000-54.2014.5.01.0001. Recorrente: José Wilson da Conceição Junior. Recorrida: Proteus Soluções em Segurança da Informação Ltda. Relator: Desembargador Jorge Fernando Gonçalves da Fonte. Data de julgamento: 18.05.2015. Órgão julgador: 3ª Turma. Data de publicação: 25.05.2015. Acesso em: 20 maio 2018.

vos do local em que domiciliado o teletrabalhador, mas os incidentes sobre o estabelecimento ao qual ele estiver vinculado por um elo de subordinação<sup>18</sup>.

O argumento da adequação das condições de trabalho à realidade do local em que o empregado efetivamente presta serviços é razoável. Mas essa razoabilidade deixa de existir quando se observa que o empregador poderá ser obrigado a respeitar norma coletiva firmada por entidade sindical que não lhe representa, e, em geral, para um pequeno contingente de empregados situados fora de sua base territorial, por circunstâncias que escapam ao seu poder diretivo, como a vontade do teletrabalhador de residir em localidade diversa da qual situada o estabelecimento a que vinculado.

### Considerações finais

No contexto do Direito do Trabalho, orientado à proteção do trabalhador, a regulamentação do teletrabalho, claramente, restringe direitos. Logo, deve ser interpretada de forma restritiva.

A interpretação restritiva implica, de partida, respeito à forma solene descrita em lei. Demais disso, importa redução do espectro de abrangência do regime. Assim, exclui-se a possibilidade de caracterização do teletrabalho em locais financiados pelo empregador ou desvestidos de proteção à inviolabilidade domiciliar e à privacidade, a compreender somente ambiente domiciliar.

Quanto à preponderância, prevalece a aferição *a priori* em face, no mínimo, do módulo semanal. Acerca da consensualidade, não se obriga o empregador a inserir nenhum empregado no regime, nem tampouco se permite ao empregador impor o teletrabalho. As tecnologias de informação e comunicação, por sua vez, configuram pressuposto do regime mesmo se desconectadas da rede central do empregador.

Finalmente, em relação à norma aplicável no espaço, observam-se as leis, no conflito internacional, ou instrumentos coletivos, no conflito regional, vigentes no espaço de onde partem as ordens dirigidas ao teletrabalhador.

### Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

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

---

18 Nesse sentido, mas sob fundamentação diferente, cf. a decisão do TRT da 1ª Região acima mencionada, no Processo 0011000-54.2014.5.01.0001.

## DOCTRINA

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

BELTRAN, Ari Possidonio. Contrato de trabalho transnacional. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone. *Novos rumos de direito do trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 2003.

BENVINGUT, Ramon Sellas i. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 2001.

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

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho: teledireção, telessubordinação e teledisposição. *Revista LTr*, São Paulo, ano 76, t. I, n. 4, p. 391-412, abr. 2012.

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

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.505, de 2008*. Regulamenta o trabalho a distância, conceitua e disciplina as relações de teletrabalho e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890>>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929*. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982*. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7064.htm)>. Acesso em: 27 set. 2019.

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

\_\_\_\_\_. *Súmulas, orientações jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-II Transitória, SBDI-II e SDC), precedentes normativos*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2016. Disponível em: <<http://tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2019.

## DOCTRINA

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

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Teletrabalho: aspectos econômicos e jurídicos. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

COLUMBU, Francesca; MASSONI, Túlio de Oliveira. Tempo de trabalho e teletrabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.). *Teletrabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

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

ESTRADA, Manuel Martín Pino. O teletrabalho na prestação de serviço. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 185-200, set. 2004.

EUR-Lex. *Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (versão consolidada)*. Jornal Oficial nº C 027 de 26.01.1998, p. 0034-0046. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>>. Acesso em: 27 set. 2019.

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

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELEK, Marlos Augusto. *Trabalhista! o que mudou? – Reforma Trabalhista 2017*. Curitiba: Estudo Imediato, 2017.

MURGAS, Rolando. Contrato de trabalho transnacional. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone. *Novos rumos de direito do trabalho na América Latina*. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O trabalho a distância e os meios informatizados de controle e supervisão. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 33, n. 121, p. 15-17, nov. 2013.

NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. São Paulo: Futura, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. A advocacia conhecendo o teletrabalho: origem, conceitos e regulamentação na Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti et al. (Coord.). *Reforma trabalhista na visão da advocacia: aspectos práticos e estratégias para o cotidiano*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OEА – Organização dos Estados Americanos. *Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

PERES, Antonio Galvão. *Contrato internacional de trabalho: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

## DOCTRINA

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

RASO DELGUE, Juan. La empresa virtual: nuevos retos para el derecho del trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, v. 5, n. 1, p. 2-39, enero/marzo 2017. Disponível em: <[http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc\\_adapt/article/view/454/621](http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/454/621)>. Acesso em: 27 set. 2019.

RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti. El desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social. In: RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti. *Derecho del trabajo: tendencias contemporáneas*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2013.

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

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. 20. ed. México: Porrúa, 2010.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.

SUPIONI Jr., Claudimir. *Teoria da eficácia ultraterritorial das normas coletivas de trabalho*. 2017. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

Recebido em: 01/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

## *COLLECTIVE SAFETY COMMITTEE ON WORK JUSTICE*

Suely Ester Gitelman\*

Fernanda Donata de Souza\*\*

**RESUMO:** O presente artigo abordará os principais tópicos concernentes às questões processuais do mandado de segurança coletivo no âmbito do Direito do Trabalho. Conceituamos o microsistema das ações e tutelas coletivas. Concluímos de forma a demonstrar a relevância desse instrumento de proteção dos direitos metaindividuais aplicável à legislação trabalhista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de Segurança Coletivo.

*ABSTRACT: The present paper will address the main topics concerning the procedural issues of the collective injunction in the scope of Labor Law. We conceptualize the microsystem of collective actions and tutelage. We conclude in order to demonstrate the relevance of this instrument of protection of meta-individual rights in the Brazilian legal system, applicable to labor legislation.*

*KEYWORDS: Collective Writ of Mandamus.*

### Introdução

O Direito do Trabalho é ramo da ciência do Direito decorrente das transformações sociais, notadamente das alterações nas formas de produção das quais decorreram o surgimento da fórmula revolucionária de utilização da força de trabalho, qual seja: a relação de emprego.

No entanto, para o surgimento e desenvolvimento dos direitos trabalhistas foi imprescindível a organização dos trabalhadores em grupos de forma que sua força, enquanto organização, lhes conferisse o poder de reação necessário contra o empregador detentor do poder econômico.

Com o Estado social de direito, o Estado passa a intervir nas relações dos particulares e nos direitos das coletividades. Dessa feita, com a evolução da tecnologia e dos sistemas de comunicação, os diversos grupos da sociedade passaram a identificar mais rapidamente seus problemas e a buscar formas de pleiteá-los de forma coletiva. Assim, para atender às diversas demandas idên-

\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006).

\*\* Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ticas, pela necessidade de evitar decisões judiciais discrepantes, e, ainda, pelo princípio da economia processual, o direito acompanhou as mudanças sociais e passaram a ser reconhecidas e disciplinadas as ações coletivas.

O mandado de segurança coletivo é uma dessas ações coletivas criadas com o objetivo de defender direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública (BARROSO, 2011).

No direito do trabalho, o mandado de segurança se aplica tanto para a tutela dos direitos coletivos como dos direitos individuais, visto que essa ação coletiva se presta à tutela dos direitos metaindividuais.

As ações coletivas mostram-se cada dia mais importantes para a tutela dos direitos dos trabalhadores. Historicamente, a Justiça do Trabalho operacionalizou-se por meio dos tradicionais sistemas dos dissídios individuais e dos dissídios coletivos de trabalho. Ocorre que as alterações da sociedade e das formas de organização do trabalho pelo desenvolvimento tecnológico, pelas reorganizações sociais e políticas, desencadearam os conflitos de massas pela rápida identificação dos problemas. Esses fatores levaram a Justiça do Trabalho a adotar nova postura para a efetivação dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores e, sobretudo, redemocratizar suas decisões e promover uma ordem jurídica justa (LEITE, 2000).

Este trabalho pretende abordar os principais pontos acerca desse remédio constitucional de elevada importância, notadamente na seara trabalhista, de forma a destacar as peculiaridades na Justiça Especializada.

### **1 – Das ações coletivas – breves considerações**

O Estado Social que passou a intervir na coletividade, nas relações da sociedade, imprimiu uma nova necessidade de alcance e tutela jurisdicional. Não obstante, vivemos na sociedade da comunicação onde as pessoas “conectam-se” facilmente e com incrível velocidade. Essa interligação torna notórios os conflitos de origem comum que atingem um número indeterminado de pessoas (RODRIGUES, 2016).

Dessa feita, a tutela individual mostrou-se não mais suficiente para atender a todas as demandas sociais, garantir mecanismos de acesso coletivo à justiça e a efetividade dos direitos fundamentais (SCHIAVI, 2016).

De forma geral, podemos afirmar que as ações coletivas brasileiras receberam grande influência das *class actions* norte-americanas e da doutrina italiana da década de 1970. Ressalte-se que desde 1965 a Lei nº 4.717 já

## DOCTRINA

autorizava ações populares, no entanto, sem que a doutrina e a jurisprudência dispensassem maior atenção à tutela dos direitos coletivos por meio de ações coletivas (BARROSO, 2011).

Embora decorrente da ação civil pública ou gênero desta, a ação civil coletiva tem grande relevância para a tutela de interesses ou direitos na seara trabalhista. Cabe-nos destacar quais são os instrumentos processuais que propiciam o pleito de tais direitos. Existem dois tipos de ações coletivas, as genéricas e as específicas.

As ações coletivas genéricas são: mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal; ação civil por ato de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92; ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, prevista nos arts. 102, inciso I, alínea *a* e §§ 1º e 2º e 103 e § 2º da Constituição, Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99; mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal (SILVA, 2009).

As ações coletivas específicas são citadas por Silva (2009, p. 171):

“(...) ação civil pública (ou coletiva), prevista pela Lei nº 7347/85; as ações do art. 91 do CDC (ação civil coletiva); ação anulatória de cláusulas convencionais (art. 83, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93); e ações cautelares com objetivos específicos.”

O art. 110 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu o inciso IV no art. 1º da Lei nº 7.347/85. Essa inserção permitiu que aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos fosse atribuída definição jurídica e, ainda, ampliou a defesa dos interesses coletivos já tratados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Os direitos coletivos *lato sensu* também chamados de interesses transindividuais são interesses que ultrapassam a esfera do ser individual e alcança uma coletividade ou é atingido por ela. Referem-se à tutela de interesses de origem comum, lesões a direitos com origem comum àquela coletividade de indivíduos. As decisões judiciais decorrentes dessas ações têm alcance *erga omnes* ou *ultra partes* (MAZZILLI, 2016).

*Data venia*, faz-se necessário breve ponderação acerca da conceituação de direitos difuso, coletivos e individuais homogêneos.

## 1.1 – Direitos difusos

Por sua vez, os direitos difusos estão previstos no inciso I do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. Mazzilli (2016, p. 53) os conceitua da seguinte forma:

“Difusos – como os conceitua o CDC – são interesses ou direitos ‘transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’. Os interesses difusos compreendem os grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoa *indeterminadas*, são antes pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um *feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas.*” (destaques do autor)

As características destacáveis do direito difuso se referem à indeterminabilidade de seus titulares e à indivisibilidade de seu objeto. Diferentemente dos direitos coletivos, em que os titulares são determinados e ligados entre si por uma situação circunstancial. Outra importante diferenciação entre os direitos difusos e coletivos reside na indeterminabilidade de titulares daqueles atribuindo-lhes uma veia publicista, pois atinge um número indeterminado e ilimitado de pessoas; logo, versa sobre um direito disperso. Ao passo que os direitos coletivos alcançam número determinado e limitado de pessoas (categoria), dado classificado como homogêneo, o que lhe atribui veia privatística (RODRIGUES, 2016).

Podemos citar como exemplos de interesses difusos na esfera trabalhista, a greve em serviços essenciais, visto que criam riscos para toda população, o meio ambiente do trabalho, a contratação de servidores públicos sem concurso, o combate à discriminação no emprego, entre outras situações (SOUZA; BARROS NETO, 2016).

## 1.2 – Direitos coletivos

Os direitos coletivos em sentido lato estão previstos na Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III. Corroborando que o dispositivo constitucional, a previsão contida no Código de Defesa do Consumidor (CDC) que em sua parte processual, especificamente em seu art. 117, que se aplica “a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento jurídico brasileiro”. O art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)

conceitua direito coletivo *stricto sensu*. Rodrigues (2016, p. 41) conceitua direitos coletivos *stricto sensu* nos seguintes dizeres:

“(…) a categoria ou classe de pessoas estão *ligados entre si* (relação institucional, como associação, um sindicato, uma federação, etc.) ou, alternativamente, é possível que esse vínculo jurídico emane da própria *relação jurídica existente com a parte contrária*. A relação ‘*entre si*’ a que alude o legislador pode-se dar *antes de um ilícito* ou ser *derivada de um ilícito comum*. Certamente que, no primeiro caso, existe mais coesão e, portanto, menos conflituosidade interna.” (grifos do autor)

Com o devido enfoque ao Direito do Trabalho recorremo-nos ao conceito de direito coletivo trazido por Pimenta (2011, p. 75):

“Em relação aos *direitos coletivos*, são aqueles direitos indivisíveis da categoria, a saber, dos empregados considerados como um todo, vinculados juridicamente ao empregador. E, como se vê da definição legal, também em relação a esses direitos coletivos resta ultrapassado o limite do individual (são trans ou metaindividuais).” (grifos do autor)

Os direitos coletivos *lato sensu* demonstram claramente o Estado Social no qual se tornou o Brasil, dada a sua intervenção na esfera privada das relações da sociedade. Impõe condutas, tem a possibilidade de intervir em acordos, rever cláusulas contratuais, entre outras formas de intervenção. Sublinhamos que, embora o Código que defina e conceitue precipuamente os direitos coletivos seja o Código Defesa do Consumidor, esse se aplica ao Direito do Trabalho pela previsão contida no art. 81, inciso III. O Direito do Trabalho tem lastro na organização associativa dos trabalhadores, ao passo que o Direito Coletivo do Trabalho se apresenta como segmento fundamental para titularização dos interesses desse grupo.

### 1.3 – Direitos individuais homogêneos

Quanto aos direitos individuais homogêneos destacamos que sua previsão legal consta do art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Tais direitos têm como características a circunstância de fato comum, sujeitos determinados ou determináveis com objeto divisível.

A diferença entre os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos é pontuada por Mazzilli (2016, p. 57):

“Tantos os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indetermi-

náveis os titulares de interesses difusos, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo).”

Na seara trabalhista, são exemplos de direito individual homogêneo, os pedidos de pagamento de adicionais de periculosidade, de insalubridade aos trabalhadores de uma empresa, pagamento de horas extras, entre outros direitos. Nos direitos individuais homogêneos, a pretensão posta em juízo tem natureza condenatória pecuniária (SOUZA; BARROS NETO, 2016).

### **2 – Conceito de mandado de segurança coletivo**

Feitas as devidas, ainda que sucintas, considerações acerca das ações coletivas que possibilitam a tutela de uma pretensão subjetiva em caráter coletivo, nos aprofundaremos no estudo específico concernente ao mandado de segurança coletivo; objeto deste trabalho (BARROSO, 2011).

O mandado de segurança, de natureza individual, existe no ordenamento jurídico brasileiro desde 1934. Trata-se de remédio constitucional consubstanciado em ação civil regida sob o rito sumário. Barroso (2011, p. 4) explica que o objeto dessa ação é a tutela de “direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública”.

Ainda que sem previsão legal expressa, a jurisprudência brasileira, não sem receio, aplicava o mandado de segurança coletivo utilizando-se das regras existentes na Lei nº 12.016/09, que regulamenta os procedimentos atinentes ao mandado de segurança de natureza individual (ROQUE; DUARTE, 2015).

O mandado de segurança coletivo encontra-se, pois, inserido no microsistema da proteção coletiva consubstanciado na previsão constitucional contida no art. 5º, inciso LXX, na Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.016/09), na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) combinados, ainda, com a parte processual do CDC (Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90) (FERRARESI, 2009).

Diferencia-se do mandado de segurança de natureza individual, apenas no que concerne à legitimação ativa para propô-lo, o que trataremos pormenorizadamente adiante.

Admite-se a utilização da referida ação no âmbito da justiça do trabalho em razão da previsão contida no art. 769 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e do art. 15 do CPC (Código de Processo Civil) de 2015. Ambos dispositivos legais preveem a aplicação supletiva e subsidiária do processo

civil no processo do trabalho quando da ausência de previsão por parte deste último. Além do mais, o art. 114 da Constituição Federal de 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 45/2014, ampliou a atualização da Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe competência para processar e julgar todos os dissídios decorrentes da relação de trabalho (LEITE, 2018).

### 3 – Natureza do Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo, assim como o de natureza individual, segundo Ferraresi (2009, p. 242), é remédio constitucional de elevada importância dada a sua função maior de oferecer proteção contra a ilegalidade e abusos de autoridades, principalmente, do poder público.

Trata-se de ação constitucional de natureza civil, ação de conhecimento mandamental, é “espécie do gênero mandado de segurança” que tem por objeto direito líquido e certo, “apto a ser exercitado no momento de sua impetração, desde que haja prova pré-constituída (comprovação de plano)”, conforme ensinam Santos e Hajel Filho (2017, p. 734).

O mandado de segurança coletivo consubstancia-se na proteção dos direitos de massa, transindividuais ou metaindividuais. Com a modificação da sociedade pelo desenvolvimento tecnológico, pela globalização e pela segmentação da sociedade em grupos, e ainda pela agilidade na comunicação, os problemas comuns de diferentes indivíduos passaram a ser mais rapidamente identificáveis. Em outras palavras, os indivíduos começaram a identificar mais rapidamente pessoas com os mesmos problemas ou dificuldades, e com isso puderam se organizar em grupos para reivindicações, inclusive em âmbito judicial, para a solução de tais questões. Nesse diapasão, o Direito não poderia se furtar em atender a essa nova demanda social. Até então, o jusnaturalismo imprimia um individualismo ao direito, inclusive nos remédios constitucionais. A tutela dos direitos transindividuais, metaindividuais ou coletivos em sentido amplo confere aos remédios constitucionais a possibilidade de proteção dos direitos coletivos de forma a atender a essa demanda e, por serem constitucionalmente reconhecidos, impedem que o legislador infraconstitucional furte-se em regulamentá-los apenas no aspecto individual e lhes mantenha seu intuito principal, qual seja, a proteção coletiva (FERRARESI, 2009).

De acordo com Martins (2017, p. 1.012), as vantagens da tutela dos direitos metaindividuais são a possibilidade de acesso e tutela dos hipossuficientes que, individualmente, estariam incapacitados de pleitear judicialmente

seus direitos, além de possibilitar a redução da multiplicidade de processos versando sobre questões idênticas.

De acordo com Leite (2017, p. 1.719), o mandado de segurança coletivo é remédio constitucional destinado à proteção de todos os tipos de direitos me-taindividuais, enquanto a ação civil pública destina-se à proteção dos direitos individuais ou coletivos em sentido estrito, ambas contra atos ilegais e abusos de autoridades. Sendo essas as diferenças entre esses dois instrumentos judiciais aplicáveis à seara trabalhista, notadamente, após as alterações promovidas no art. 144 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04.

### 4 – Cabimento

A Emenda Constitucional nº 45/04 alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, inclusive aquelas oriundas da Administração Pública direta e indireta regidas pela Consolidação das Leis de Trabalho, conforme redação dada ao inciso I do referido artigo. Nessa toada, o inciso IV prevê, expressamente, a competência dessa justiça especializada para processar e julgar mandado de segurança (individual e coletivo), *habeas corpus* e *habeas data* quando o ato impugnado estiver em sua esfera de jurisdição (LEITE, 2017).

O cabimento do mandado de segurança coletivo é o mesmo aplicado para o mandado de segurança de natureza individual, qual seja, “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (BRASIL, 1988).

O cabimento do mandado de segurança, segundo Bueno (2014, p. 933), se dá pela pertinência temática, ou seja, pela relação havida entre o objeto da impetração e o vínculo associativo, isso, porque a impetração do mandado de segurança coletivo por sindicatos (foco deste trabalho) decorre de substituição processual. Importa ressaltar que não há exigência legal de que o pleito tenha relação com a finalidade de constituição do sindicato, nem muito menos que seja de interesse da totalidade dos representados, desde que verse sobre ofensa a direito líquido e certo de parte dos trabalhadores representados pelo sindicato impetrante.

Leite (2017, p. 1.713) destaca que o legislador constituinte não se importou em elencar ou disciplinar o objeto a ser tutelado pelo mandado de segu-

rança coletivo, apenas preocupou-se em disciplinar os legitimados a impetrar o remédio constitucional em tela.

O art. 21 da Lei nº 12.016/09 disciplina que o mandado de segurança coletivo tutela direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. O legislador não abarcou, expressamente, a tutela dos direitos difusos pelo referido remédio constitucional.

A omissão ao cabimento de mandado de segurança coletivo para a tutela dos direitos difusos é questionada por Santos e Hajel Filho (2018, p. 735). Segundo os autores, embora o legislador constitucional tenha seguido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal à época da elaboração da Lei nº 12.016/09, de forma a persistir na utilização do mandado de segurança apenas na seara individual, tal posicionamento, contrário a todo movimento mundial de reconhecimento e proteção dos direitos de massas, foi superado. Atualmente, de acordo com as ponderações dos autores, a Corte reconhece o mandado de segurança coletivo como remédio constitucional apto à proteção dos direitos difusos, embora não conste de previsão legal expressa. *In verbis*:

“Acreditamos que não foi suficientemente ousado o legislador ao excluir a categoria de direitos difusos do rol de direitos passíveis de serem protegidos pelo mandando de segurança coletivo, pois pura e simplesmente incorporou a posição dominante no STF, à época, segundo o qual o manejo da referida ação (tendo por objeto interesses difusos) teria o condão de transformá-la em sucedâneo da ação popular (Lei nº 4.717/65), que seria o meio legítimo para o exercício de uma pretensão constitutiva negativa de atos lesivos a interesse público. (...) Não obstante, a posição atual do STF consta do voto condutor do ex-Ministro Carlos Velloso, para quem ‘(...) entendimento no sentido de que o MS coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos quanto os direitos subjetivos’.” (STF, Tribunal Pleno, RE 181.438-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229)

Nesse mesmo sentido, Ferraresi (2009, p. 244) pondera que a expressão “coletivo” constante do art. 21 da Lei nº 12.016/09 não deve ser interpretada como direito coletivo *stricto sensu*, pois o sentido desse remédio constitucional é atender ao fenômeno mundial de coletivização dos direitos, logo, deve ser interpretado e utilizado “de forma genérica”.

Bueno (2014, p. 233) determina que é incorreto afirmar que o mandado de segurança coletivo tutela somente os direitos coletivos *stricto sensu*, visto que o remédio constitucional em comento se presta também para a tutela dos

direitos difusos e direitos individuais homogêneos, definidos pela aplicação ao caso concreto e sempre respeitando a legitimidade ativa do impetrante. Nesse sentido, contesta que para os legitimados da alínea *b* do art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, quais sejam sindicatos, entidades de classe e/ou associações, o cabimento do mandado de segurança se preste apenas à tutela de direitos coletivos *stricto sensu* ou de direitos individuais homogêneos. Isso porque um ato de uma autoridade administrativa pode vir a ferir a finalidade desses entes, de forma a ser assim oponível o mandado de segurança coletivo por atingir àquela determinada coletividade, ainda que o direito discutido seja classificado como direito difuso. Logo, o cabimento do mandado de segurança coletivo por esses entes não se refira somente aos interesses e direitos dos filiados do impetrante (direito coletivo *stricto sensu* ou direito individual homogêneo), mas se refira a “razão de ser do impetrante, com a razão de ser do vínculo associativo”.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 1.715) não acompanha a divergência, destaca que o mandado de segurança coletivo se presta somente à tutela dos direitos coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Adotou, portanto, a linha de que a proteção dos direitos difusos deve ser feita através da ação popular disciplinada pela Lei nº 4.717/65.

Em que pese toda a discussão acima exposta, na Justiça do Trabalho o mandado de segurança é admissível contra ato judicial prolatado em processo trabalhista, contra ato administrativo que envolva matéria trabalhista ou contra penalidades impostas pela fiscalização trabalhista, por ato ilegal ou arbitrário violador de direito líquido e certo (MARTINS, 2015).

Nas palavras de Garcia (2017, p. 595), direito líquido e certo é entendido como o direito que não suscita dúvida quanto à sua existência e quanto à sua situação de fato e por seu objeto ser determinado. Deve ainda ser demonstrado documentalmente. A Súmula nº 415 da TST determina que não se aplica ao mandado de segurança, individual e coletivo a previsão contida no art. 321 do CPC quanto à possibilidade de emenda da petição inicial.

A Orientação Jurisprudencial nº 144 da SBDI-II do TST esclarece que, embora seja admitido o mandado de segurança preventivo, não se admite que a sentença decorrente do mandado de segurança seja genérica, ou seja, para a aplicação a eventos futuros e incertos (GARCIA, 2017).

### 5 – Não cabimento

Disciplina o art. 5º da Lei nº 12.016/09:

“Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado.”

No que concerne ao inciso I *supra*, aplica-se no processo do trabalho nos casos de aplicação de multa por órgãos de fiscalização do trabalho. As previsões contidas na Súmula Vinculante nº 21 do STF combinada com a previsão do art. 639 da CLT impedem que antes do julgamento de recurso administrativo apresentado para questionar decisão que julga subsistente o auto de infração com a interposição do mandado de segurança. Isso, porque o art. 639 da CLT impede a cobrança de multas antes do julgamento de recursos administrativos, pois estes têm efeito suspensivo (LEITE, 2017).

No processo do trabalho, em razão do princípio de irrecorribilidade das decisões interlocutórias (§ 1º, art. 893, da CLT) e do princípio da celeridade, não se admite impetração de mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. A Orientação Jurisprudencial nº 92 da SBDI-II, assim como a Súmula nº 267, ambas do TST, preveem o impedimento, mas, esta última, ressalva que em casos de dano reparável cabalmente demonstrado, o mandado de segurança poderá ser admitido, ainda que em sede de decisão interlocutória. Garcia (2017, p. 1.681) enfatiza que a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra todas as decisões na Justiça do Trabalho, não seria “lícito nem adequado”. Pondera que, de acordo com Súmula nº 444 do TST, o meio adequado para dar efeito suspensivo a recursos trabalhistas, é a ação cautelar, no entanto, a Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-II do TST:

“AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE INTERESSE. EXTINÇÃO (DJ 11.08.2003). É incabível medida cautelar para imprimir efeito suspensivo a recurso interposto contra decisão proferida em mandado de segurança, pois ambos visam, em última análise, à sustação do ato atacado. Extingue-se, pois, o processo, sem julgamento do mérito, por ausência de interesse de agir, para evitar que decisões judiciais conflitantes e inconciliáveis passem a reger idêntica situação jurídica.”

O não cabimento de mandado de segurança contra decisão transitada em julgado estabelecido no inciso III do art. 5º da Lei nº 12.016/09 foi reafirmado no âmbito da Justiça do Trabalho pela Súmula nº 33 do TST e Orientação Jurisprudencial nº 99 da SBDI-II do TST.

Nesse diapasão, Romar (2019, p. 483) cita:

“Súmula nº 418. TST. A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

OJ SDI-2 nº 67, TST. Não fere direito líquido e certo a concessão de liminar obstativa de transferência de empregado, em face da previsão do inciso IX do art. 659 da CLT.”

Leite (2017, p. 1.682-1.683) elenca outros exemplos de não cabimento de mandado de segurança na esfera trabalhista, quais sejam: a) Súmula nº 266 do STF, não cabe mandado de segurança contra lei em tese, e b) Súmula nº 269 do STF, contra ação de cobrança.

### 6 – Legitimidade

O art. 5º, inciso LXX, *b*, da Constituição Federal autoriza que “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano”, impetrem mandado de segurança “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Bueno (2014, p. 233) explica que, de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, o objeto do mandado de segurança coletivo consubstancia-se na defesa dos direitos dos associados, ainda que o direito por eles pleiteado não guarde relação com a finalidade do sindicato. A exigência contida no dispositivo constitucional, de acordo com análise do Supremo Tribunal Federal – STF, é que o direito pleiteado diga respeito às atividades exercidas pelos associados não contento exigência que o mandado de segurança represente a totalidade de associados, ou seja, pode ser de interesse de apenas parte deles (RE 181.438/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 28.06.96, DJ 04.10.96, p. 37.111; e do RE 193.382/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 28.06.96, DJ 20.09.96, p. 34.547).

No mais, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado de que o sindicato tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo independentemente do tempo de sua constituição, visto que para associações há determinação legal de existência mínima de um ano para impetração do mandado de segurança coletivo, exigindo apenas que sua existência jurídica seja comprovada por registro em cartório próprio, ou seja, não são exigidos demais formalidades acerca da apresentação dos estatutos e registro no Ministério do Trabalho (LEITE, 2017).

Cabe-nos ainda destacar que a Súmula nº 629 da Corte Máxima reconhece a legitimidade do mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, ainda que sem a autorização dos trabalhadores, desde que lhes favoreça.

Já Carla Teresa Martins Romar afirma que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária (ROMAR, 2019, p. 484).

Concernente ao polo passivo do mandado de segurança coletivo exige-se o litisconsórcio necessário à eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes, conforme preconiza o art. 114 do Código de Processo Civil. Ressalte-se que, as regras relacionadas ao litisconsórcio aplicadas ao mandado de segurança coletivo são aquelas previstas nos arts. 113 ao 118 do Código de Processo Civil (GARCIA, 2017).

Nesse diapasão, cabe-nos ressaltar que de acordo com a Súmula nº 631 do STF, o mandando de segurança coletivo será extinto, se o litisconsorte passivo necessário não for citado dentro do prazo legal.

### 7 – Competência

A competência do Ministério Público do Trabalho (MPT) para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo está prevista no art. 84, *caput*, § 6º, inciso I, da Lei Complementar nº 75, de 1993. Embora a lei atribua a referida competência ao Ministério Público da União, entende-se que esta se estenda ao MPT.

O art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/09 define que autoridade coatora é aquela que praticou o ato impugnado ou daquela de onde emanou a ordem para a prática do referido ato. No processo do trabalho, de acordo com Garcia (2017, p. 596), poderão ser consideradas autoridades coatoras o juiz do trabalho, o juiz de direito no exercício da jurisdição trabalhista, o servidor da justiça do trabalho, o agente público do órgão de fiscalização do trabalho, o membro do Ministério Público do Trabalho.

A regra das competências para julgamento de mandando de segurança na Justiça do Trabalho é a seguinte, se: a) autoridade coatora for juiz da Vara do trabalho ou órgão de fiscalização do trabalho por penalidade imposta contra empregador, a competência de julgamento será do Tribunal Regional do Trabalho da respectiva Vara; b) autoridade coatora for juiz ou desembargador do Tribunal Regional do Trabalho, a competência para julgamento do mandado de segurança será o Tribunal Regional do Trabalho, conforme disciplinar o

regimento interno (do Pleno, da Sessão Especializada ou Órgão Especial), c) autoridade coatora for ministro ou órgão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a competência de julgamento será do próprio TST ou do órgão especializado, conforme disciplina a Súmula nº 624 na qual está estabelecido que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais” (GARCIA, 2017).

### 8 – Sentença e seus efeitos

A Lei nº 12.016/09 determina, em seu art. 12, devido ao fundamento da urgência que permeia o mandado de segurança coletivo (e individual), que seu julgamento deve ser feito com celeridade, motivo pelo qual seu julgamento deve ser exarado no prazo de 30 (trinta) dias. Corrobora com a previsão do art. 20 quanto à prioridade a ser dada para o mandado de segurança coletivo e seus recursos sobre os demais processos, excetuando o *habeas corpus*. O art. 20 prevê ainda que nas instâncias superiores que o julgamento dos recursos advindos de mandado de segurança coletivo deve ser feito na “primeira sessão que se seguir à data em que for enviado à conclusão do relator”, conforme bem descreve Garcia (2017, p. 599).

Cabe ressaltar que não há possibilidade de haver litispendência entre qualquer ação coletiva, seja esta para defender qualquer uma das modalidades dos direitos metaindividuais e ação individual. O art. 22, § 1º, da Lei nº 12.016/09 determina que os efeitos produzidos pela sentença decorrente de mandado de segurança coletivo não alcançarão àquele que não tiver desistido do mandado de segurança individual. Dessa feita, de acordo com o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, o juiz do trabalho deverá dar ampla publicidade da impetração do mandado de segurança coletivo para que, de acordo com o art. 21, § 1º, da Lei nº 12.016/09, o impetrante do mandado de segurança individual tenha a oportunidade dele desistir para se valer dos efeitos do mandado de segurança coletivo através de ação de liquidação de sentença, no prazo de 30 dias do conhecimento da impetração do *mandamus* coletivo ou prosseguir com o mandado de segurança individual e ser atingido somente pelos efeitos da sentença proferida nesta ação (LEITE, 2017).

Nessa seara, o art. 485, IV, do Código de Processo Civil vigente determina que a ação individual proposta posteriormente à propositura da ação coletiva deve ser extinta sem resolução de mérito, logo, não há possibilidade de haver litispendência entre ações coletivas e ações individuais. No entanto, no caso de ausência da devida publicização da impetração do mandado de segurança coletivo e, por desconhecimento, a ação individual tiver sido mantida, Leite

(2017, p. 1.716) entende que devem ambas as sentenças ser mantidas, no entanto, haverá possibilidade de impetração de ação rescisória contra a sentença proveniente da ação coletiva por ter havido descumprimento de literal disposição de lei (GARCIA, 2017).

No mais, a Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal determina que “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.” O que, indiscutivelmente, aplica-se ao processo do trabalho.

No que concerne aos honorários advocatícios, as Súmulas ns. 512 do Supremo Tribunal Federal (STF), 105 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o art. 25 da Lei nº 12.016/09 determinam que não cabíveis no caso de mandado de segurança coletivo com a ressalva, que a Lei em comento os prevê em caso de litigância de má-fé.

A Lei nº 12.016/09 prevê a execução imediata da sentença proferida em sede de mandado de segurança coletivo, isto devido à natureza mandamental da tutela em comento. Assim sendo, o descumprimento da sentença implica em crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), sem prejuízo das sanções administrativas pertinentes e, ainda, daquelas advindas em decorrência de crime de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/1950.

### 9 – Recursos

No processo do trabalho, da decisão denegatória ou concedendo do mandado de segurança coletivo proferida pelo juiz da Vara do Trabalho caberá interposição de recurso ordinário, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho, conforme disciplina o art. 895, inciso I, da CLT, conforme destaca Garcia (2017, p. 600).

O art. 895, inciso III, da CLT e a Súmula nº 201 da CLT disciplinam que das decisões proferidas quando a competência originária para julgamento do mandado de segurança coletivo for do Tribunal Regional do Trabalho caberá recurso ordinário a ser julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 152 da SBDI-II do TST determina o não cabimento de recurso de revista.

Concernente ao recolhimento de custas processuais no mandado de segurança coletivo, especificamente ao recurso ordinário, a Orientação Jurisprudencial nº 148 da SBDI-II determina que a responsabilidade de recolhimento é da parte que o interpuser, no prazo de 15 dias (Súmula nº 365 do STF c/c o art. 511 do CPC), sob pena de deserção (GARCIA, 2017).

## DOCTRINA

No que concerne ao reexame necessário, esse só se aplicada no processo do trabalho, se na relação processual estiver presente pessoa jurídica de direito público prejudicada com a solução dada ao feito. É a dicção contida na Súmula nº 303, inciso IV, do TST.

Disciplina o art. 14, § 2º, da Lei nº 12.016/09 que a entidade coatora tem o direito de recorrer nos termos acima discorridos.

O art. 14, § 4º, da Lei nº 12.016/09 e as Súmulas ns. 269 e 271 do STF disciplinam os efeitos patrimoniais decorrentes da decisão do mandado de segurança coletivo não alcançaram valores anteriores à impetração do mandado. Isso, porque a cobrança desses valores havidos entre a impetração do mandado e a decisão deverá ser feita por ação de cobrança. No caso de valores devidos pela Fazenda Pública deverão ser pagos por precatório, disciplina contida no art. 100 da Constituição Federal.

Garcia (2017, p. 601) observa a previsão contida no art. 15 da Lei nº 12.016/09 que estabelece que da decisão do presidente do tribunal que suspender o efeito da decisão ou liminar do mandado de segurança decorrente de requerimento de pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público fundado na alegação de possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de cinco dias, que deve ser levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

### Conclusão

O mandado de segurança coletivo é ação constitucionalmente prevista e, posteriormente, regulamentada pela Lei nº 12.016/09.

Em que pese seu cabimento seja específico, aplica-se ao processo do trabalho por força da previsão contida no art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC (Código de Processo Civil) de 2015 pela previsão de aplicação subsidiária de leis nas lacunas havidas na lei trabalhista.

A legitimidade dos sindicatos e do Ministério Público do Trabalho para a sua impetração são indiscutíveis e de grande relevância para a defesa dos direitos dos trabalhadores enquanto coletividade.

O *mandamus* coletivo tem relevância para a proteção dos direitos dos hipossuficientes, dessa feita, aplica-se com relevância na seara trabalhista formada por trabalhadores, em regra, hipossuficientes.

Certo é que o legislador mostrou-se conversar para a elaboração da lei regulamentadora desse remédio constitucional, dada algumas exigências con-

tidas para a interposição de tal ação no que concerne aos seus legitimados. No entanto, para o processo do trabalho, flexibilizou ao não exigir tempo de constituição dos sindicatos para representarem os trabalhadores nessas demandas, como fez, por exemplo, com as associações.

A celeridade e simplificação desse instrumento processual são as características que o fazem de destacada importância para a defesa dos direitos dos hipossuficientes, inclusive dos trabalhadores.

### Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Thomson Reuters Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, França, v. 9, p. 585-604, out. 2011. Este texto serviu de base para uma apresentação feita pelo autor no “Colloque sur les Actions Collectives”, no plenário da Corte de Cassação francesa, realizado em Paris, no dia 02.06.05, sob o patrocínio da Corte e do Institut des Hautes Etudes sur la Justice. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03)>. Acesso em: 2 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 405*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=405.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Súmula nº 624*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=624.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217867/>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5596-0>>. Acesso em: 12 out. 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ações coletivas e tutela antecipada no direito processual do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 100, p. 111-129, out./dez. 2000. Bimestral. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547227609>>. Acesso em: 12 out. 2018.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2017.

## DOCTRINA

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de direito processual do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502113732>>. Acesso em: 12 out. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? *Thomson Reuters Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, Paraná, v. 10, p. 1641-1673, ago. 2015. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antônio Bittar. *Processo coletivo do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979010>>. Acesso em: 12 out. 2018.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Aarão Miranda da. *O direito difuso do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

SOUZA, Daniel Eric dos Santos; BARROS NETO, Saint Clair. Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos na esfera trabalhista. *Revista Jus Naviganti*, maio de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

Recebido em: 06/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# DA PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO ATRAVÉS DA PRÁTICA DO *DUMPING* SOCIAL

## *THE PRECARISATION OF THE WORK RELATIONSHIP THROUGH THE PRACTICE OF SOCIAL DUMPING*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson\*  
Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira\*\*

RESUMO: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por finalidade realizar uma análise dogmática quanto à prática do *dumping* social como instrumento de prática de concorrência desleal, seja em relação ao mercado internacional ou interno, em face da mácula dos primados mínimos do trabalho decente, vindo-se a abordar os mecanismos utilizados no âmbito do comércio internacional para combatê-lo. Além disso, vai se adentrar na questão da possibilidade ou não do reconhecimento *ex officio*, pelo magistrado do trabalho, no reconhecimento do dano social pela prática do *dumping* social, na dimensão do sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Valor do Trabalho. *Dumping* Social. Precarização.

*ABSTRACT: The on-line research, using a methodology of qualitative analysis, using the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, has the purpose of performing a dogmatic analysis of the practice of dumping as an instrument for the practice of unfair competition, either in relation to the international or domestic market, in view of the macula of the minimum priorities of decent work, and the mechanisms used in international trade to combat it. In addition, it will address the question whether or not the ex officio recognition, by the labor magistrate, of recognition of social damage by the practice of social dumping within the scope of the Brazilian legal system is possible.*

KEYWORD: Dignity of Human Person. Value of Work. Social Dumping. Precariousness.

---

\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN; especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte; especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar; ex-professor do curso de Direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX; líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central; professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara.

\*\* Mestre em Educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN; especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP; especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP; membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central; auditora federal; advogada; chefe da Auditoria-Geral do IFRN.

## 1 – Das considerações iniciais

Um dos vetores fundantes da economia de mercado, no qual se baseia o sistema capitalista, consiste na liberdade concorrencial entre os agentes econômicos produtores/fornecedores<sup>1</sup>.

A livre concorrência versa, exatamente, sobre um espaço que propicie igualdade de condições para que os atores econômicos possam disputar/competir entre si em determinado segmento lícito na busca de êxito econômico conforme as leis do mercado<sup>2</sup>.

A tutela jurídica da liberdade concorrencial busca, em primeiro plano, garantir a legitimidade da economia de mercado, bem como a sua eficiência, coibindo distorções que criem monopólios e/ou oligopólios e, conseqüentemente, lucros arbitrários e abusos do poder econômico.

Deve ficar clarividente que a eficiência e a própria existência da economia de mercado só poderão subsistir em face da capacidade do Estado (por meio de regulação e fiscalização) em garantir as “regras do jogo”<sup>3</sup>, de sorte a permitir condições de igualdade no processo competitivo dentro do mercado, o que proporcionaria o real exercício da liberdade pelos agentes econômicos<sup>4</sup>.

É importante evidenciar que a Constituição Federal de 1988, em um capítulo próprio, prescreveu os fundamentos e princípios da ordem econômica,

---

1 Código de Defesa do Consumidor: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

2 Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 259.

3 Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 262.

4 “(...) A livre concorrência, longe de exigir uma absoluta abstenção do Estado, está exatamente a impor uma intervenção (normativa e fiscalizadora) deste, no sentido de garantir que no mercado permaneça a liberdade geral, que poderia estar sendo tolhida pelo poder de algum agente econômico.” (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 260)

“(...) necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala, etc., impedindo, porém, que essa se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, no caso de agências reguladoras. (...)” (FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito da concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento*. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012. p. 66)

## DOCTRINA

no Brasil, vindo a adotar a economia de mercado e a livre concorrência como norma principiológica<sup>5</sup>. *In verbis*, a redação constitucional:

“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:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

*IV – livre concorrência;*

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (Grifos nossos)

A Constituição tutela a liberdade de concorrência<sup>6</sup> (por meio de uma regra constitucional de eficácia limitada) quando no art. 174, § 4º, explicita

---

5 “(...) considera o mercado o mecanismo de decisão econômica mais idóneo para gerar a melhor alocação dos recursos e assim permitir a maximização da satisfação das necessidades dos operadores econômicos, empresários e consumidores. Mas a manutenção do mercado apenas pode garantir-se mediante a consolidação de uma ordem jurídica onde o direito da concorrência tem lugar cativo, capaz de eliminar ‘falhas do mercado’ que se traduzem em ineficiências decorrentes de preços abusivos. A ligação entre mercado e norma jurídica é assim endêmica.

A norma jurídica tem um papel essencial na garantia da eficiência do mercado, permitindo que através do adequado fluir dos preços se distribuam da melhor maneira entre os diversos operadores os recursos e a produção. Sem norma jurídica não há mercado eficiente nem bem-estar geral. O mercado não é um fim em si, mas apenas o meio mais capaz de chegar ao bem-estar geral. Mas, só lá chega se alicerçado na norma jurídica.” (MONCADA, Luiz S. Cabral de. *Direito econômico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 482)

6 “No que tange à configuração do ambiente institucional almejado pelo constituinte, talvez a defesa da concorrência seja uma das balizas mais relevantes. Isso, porque o combate ao poder de mercado signfica

que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”<sup>7</sup>.

Em face da prescrição constitucional retro, por meio da Lei nº 8.884/94, tem-se a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia<sup>8</sup>, bem como vem instituir normas sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica<sup>9</sup>.

Uma prática anticoncorrencial perpetrada no contexto da globalização<sup>10</sup>, em específico, do processo de planificação do globo face o desenvolvimento

não só coibir condutas anticoncorrenciais (conluio, cartéis, vendas casadas, preços predatórios, etc.), mas também refrear estruturas de mercado que distorçam a livre entrada e saída de agentes dos mercados relevantes (combate aos monopólios, monopólios, oligopólios e oligopólios, por exemplo).” (SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin [Coord.]. *Direito constitucional brasileiro: constituições econômica e social*. São Paulo: RT, 2014, v. 3, p. 178)

- 7 “(...) Pressupõe-se que os lucros sem justificação dessa ordem são arbitrários, porque podem chegar a comprometer as estruturas do livre mercado. Por essa razão, tais condutas são reputadas infracionais. Atente-se, por outro lado, à conjunção aditiva ‘e’, do final do § 4º do art. 173 da Constituição Federal; ela sugere que a lei somente pode reprimir abusos do poder econômico que manifestem os três efeitos potencialmente lesivos à economia liberal (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). É certo, por outro lado, que esses efeitos, em muitas vezes, se sobrepõem: quem domina mercado também elimina, pelo menos em parte, a concorrência, e vice-versa. Pois bem, da ocasional indissociabilidade desses conceitos decorre uma outra formulação para a questão: arbitrário é o lucro obtido por práticas anticoncorrenciais, não explicável por nenhuma outra razão econômica. Grosso modo, portanto, o lucro que não se justifica, sob o ponto de vista tecnológico, administrativo, econômico ou financeiro, foi produzido de modo arbitrário, por uma prática empresarial irregular.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 221-222)
- 8 Principal entidade pública destinada à repressão de práticas contra a ordem econômica Brasil. Sem dúvida que sua transformação em Autarquia foi positiva ao permitir autonomia administrativa e financeira de sorte a possibilitar uma atuação mais eficiente, de caráter técnico, desvinculando, pelo menos em parte, de questões políticas.
- “O texto constitucional especifica que cabe ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica nacional (art. 174 da CF/88). O órgão estatal que desempenha essa tarefa atualmente é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962, substancialmente alterado pela Lei nº 8.884/94, e completamente reformulado pelo Projeto de Lei nº 3.937/04, aprovado em 05.10.2011 pelo Congresso Nacional e posteriormente convertido na Lei nº 12.529/2011. Sua função não é meramente repressiva, mas também preventiva e até educativa – caracterizando-se, por alguns, como um verdadeiro Tribunal Administrativo.” (MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012. p. 14)
- 9 A Lei nº 8.884/94 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
- 10 “Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 1980 a uma nova economia política das relações internacionais. Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas

tecnológico (robotização, microeletrônica, microinformática, hiperconectividade gerado pela internet<sup>11</sup>, etc.), é o *dumping*. Discorrida prática está bastante visível em contextos como o da financeirização do capitalismo, das novas formas de organização de produção, em que a concorrência não se limita ao mercado local<sup>12</sup> ou mesmo nacional, mas, sim, global.

A essência do *dumping* consiste, originariamente e essencialmente, na venda de produtos por empresas a um valor abaixo do preço praticado no mercado do país exportador acarretando a quebra da igualdade concorrencial e, conseqüentemente, dano à economia do país importador do produto<sup>13</sup>.

---

condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente intersetorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intrasectorial e intrafirmas; a ‘desnacionalização’ dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.” (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59-60)

11 “Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso – mas também de gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da web ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o PC, o *smartphone*, a internet e o Facebook estão fazendo ‘é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa’ que lhe interesse – ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 – um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas.” (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80)

12 “As pessoas dispõem agora não apenas de seu próprio sistema de acesso às informações para entender melhor o que está ocorrendo em seus países ou fora dele, não apenas para discuti-las entre si, mas também do mecanismo de comando e controle para se organizar e tomar uma providência’, acrescenta Mundie. ‘No passado, somente governos e exércitos dispunham desses tipos de sistemas de comando e controle. Agora as pessoas dispõem. E quanto mais essas ferramentas penetram em grandes volumes, mais cai o preço de sua produção e uso, e então mais elas penetram e mais longe se difundem. E, quanto mais se difundem, mais impossível se torna controlar qualquer coisa do centro.’ Mais impossível se torna também manter qualquer coisa no nível ‘local’. Tudo agora flui instantaneamente dos cantos mais remotos de qualquer país para essa plataforma global onde tudo é compartilhado.” (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80)

13 “Inicialmente na Economia, entendia-se a prática do *dumping* como qualquer prática desleal de comércio internacional considerada perigosa para a economia do país importador. Aos poucos se reduziu

Frisa-se que o *dumping* não é algo recente, configura-se como um fenômeno já presente no século XX. A preocupação com a repressão a tais atos tem estimulado a busca por instrumentos capazes de coibir e punir a referida prática.

Com o advento do capitalismo informacional, no qual as pessoas são conectadas em rede e se tem a mutação dos fenômenos econômicos, sociais e políticos em decorrência das tecnologias de informação, o *dumping* evoluiu para apresentar novas facetas de uma mesma ação predatória, já conhecida nos mercados.

Os agentes do mercado reconhecem duas formas iniciais de promover o aumento dos ganhos. A primeira seria mediante o aumento do valor do produto ou serviço, motivado pelo aumento da demanda. A segunda possibilidade seria a diminuição das despesas.

Tendo em mente a questão das despesas, quais seriam as maiores despesas de uma atividade empresária? Em regra, os encargos sociais com mão de obra, nos termos do trabalho decente, determinado pela Organização Mundial do Trabalho (OIT)<sup>14</sup> representam esse *quantum*.

---

o âmbito desse conceito, para práticas ligadas ao preço de mercadorias. Daí, o *dumping* passou a ser entendido frequentemente como a venda da mesma mercadoria em diferentes mercados, por preços diferentes. Desse uso inicial, pode-se constatar a presença de alguns elementos comuns, em todas as acepções usadas. Nessa concepção inicial, três elementos o caracterizam: a) a relação com uma prática desleal de comércio; b) a manutenção da expressão original em inglês; e c) uma conotação sempre pejorativa, como um comportamento negativo ou condenável.” (TOMAZETTE, Marlon. O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, n. 1, v. 4, p. 195, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acesso em: 20 maio 2019)

“(…) pode-se, agora, conceituar o *dumping* reprovável como a venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados no mercado, provocando danos materiais à indústria doméstica existente ou inibindo seu desenvolvimento.” (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82)

“Considerando-se *dumping* como forma de concorrência desleal podemos caracterizá-lo sob dois aspectos: sob o âmbito interno, seria definido como a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo e sob o âmbito internacional, seria entendido como a venda de produtos ao exterior a preços abaixo do valor normal praticado no mercado interno. (...)” (SILVA, Alice Rocha da. *Dumping e direito internacional econômico*. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 392)

- 14 “O Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Entende-se por Trabalho Decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apoia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social.” (Agenda Nacional de Trabalho Decente, Brasília, 2016. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_226229.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019)

Tem-se, hoje, uma dinâmica de organização de produção em que algo é projetado em um país, o produto é fabricado em outro, para ser vendido em um terceiro país. Percebe-se a migração das plantas de produção para países onde premissas básicas de proteção ao trabalhador são deixadas de lado, em clara afronta ao conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, com o único fito de diminuir as despesas de produção alavancando de forma arbitrária os lucros<sup>15</sup>, maculando, assim, de forma mortal, a dinâmica concorrencial.

Essa prática anticoncorrencial que descamba em um capitalismo predatório, tendo por objeto cortar despesas com mão de obra por meio do desrespeito ao direito do trabalho, chama-se *dumping* social<sup>16</sup>.

A concepção, acima retratada do *dumping* social, está voltada muito para a esfera do comércio internacional. Entretanto, pode qualificar também como *dumping* social, violações sistemáticas da legislação trabalhista interna com o único fim de alavancar os lucros e aumentar a competitividade do mercado de forma desleal<sup>17</sup>.

---

15 “A Nike vende tênis produzidos em países asiáticos, explorando mão de obra aviltada. Conta Freitas, que um levantamento feito junto a 4 mil trabalhadores de uma fábrica que serve a empresa na Indonésia, revelou que 56% queixaram-se de receber insultos verbais, 15,7% das mulheres reclamam de bolinas e 13,7% contam que sofreram coerção física em serviço. Outro levantamento feito no Vietnã mostrou que os trabalhadores ganham US\$ 1,60 por dia e teriam que gastar US\$ 2,10 para fazer três refeições diárias. Só podem usar o banheiro uma vez por dia e tomar água apenas duas vezes. Conta ainda que o descumprimento de normas, como o uso do uniforme, é punido com corridas compulsórias. Em outros casos, o trabalhador é obrigado a ficar de castigo ajoelhado.

(...)

Freitas ainda conta que estes verdadeiros traficantes de mão de obra já andaram pelo Nordeste brasileiro, mas acharam que por aqui o trabalho é muito caro, pois as cooperativas nacionais pagam pouco, não assinam a carteira de trabalho, mas remuneram as férias e o 13º salário. Com esse custo, a mão de obra aviltada brasileira fica três vezes mais cara que a asiática. Talvez esteja aí, a chave de tanto empenho que algumas pessoas fazem pela aprovação da famigerada flexibilização das normas trabalhistas. Teria sido a Lei Áurea assinada a lápis?” (MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 31)

16 “Com práticas de desrespeito aos patamares mínimos de direitos constitucionais dos trabalhadores, a empresa praticante do *dumping* social fere um dos princípios basilares entabulados na Constituição Federal de 1988 que é a dignidade da pessoa humana, sendo o direito do trabalho um instrumento inafastável de afirmação do princípio nas relações entre capital e trabalho.” (AMORIN, Kelly. *O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 400)

17 “Nos dias atuais vemos empresas descumprindo reiteradas vezes as leis trabalhistas, submetendo os seus empregados a jornadas exaustivas, acúmulo de função, ambientes insalubres, perigosos e até mesmo penosos para diminuir os seus custos e aumentar os seus lucros e isso nada mais é que a tal citada mais-valia de Karl Marx, com ligação direta e estreita com o que tanto chamamos hoje de *Dumping Social*.” (AMORIN, Kelly. *O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique [Org.]. *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 400)

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por finalidade realizar uma análise dogmática quanto à prática do *dumping* social como instrumento de prática de concorrência desleal, seja em relação ao mercado internacional ou interno, em face da mácula dos primados mínimos do trabalho descente, vindo-se a abordar os mecanismos utilizados no âmbito do comércio internacional para combatê-lo.

Além disso, vai se abordar especificamente também a divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange à questão da possibilidade ou não do reconhecimento *ex officio*, pelo magistrado do trabalho, no reconhecimento do dano social pela prática do *dumping* social na dimensão do sistema normativo interno.

### 2 – Da prescrição legal sobre o *dumping* no Brasil

De forma basilar, é importante apontar que o Brasil é signatário do Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), finalizado em Genebra, em 12 de abril de 1979, que institui um Código Antidumping, sendo institucionalizado no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 93.941/87.

Segundo o Código Antidumping, no item 1 do artigo 2º, assim se configuraria a prática do *dumping*:

“1. Para os fins deste Código, um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exterior.”

Em decorrência da assinatura do Brasil da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT<sup>18</sup>, assinada em Marraquexe, em 12 de abril de 1994<sup>19</sup>, inserido no orde-

18 Esse se constitui no maior acordo comercial da história. Cf. AMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguaí: uma tentativa de síntese. *Estud. Av.*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Apr. 1995, p. 247. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 maio 2019.

19 “(...) o pacote de acordos multilaterais relativos ao comércio de bens inclui ainda doze textos, cobrindo os seguintes temas: agricultura; aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias; têxteis e confecções; barreiras técnicas ao comércio; medidas de investimento relacionadas ao comércio; implementação do Artigo VI do Gatt; implementação do Artigo VII do Gatt; inspeção de pré-embarque; regras de origem; procedimentos relativos a licenças de importação; subsídios e medidas compensatórias; e salvaguardas.”

namento pátrio através do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, tendo no corpo de sua estrutura um dos textos sobre a implementação do Artigo VI do GATT, tem-se a promulgação da Lei nº 9.019/95, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios.

A Lei nº 9.019/95 constitui-se exatamente na tentativa do Brasil em instituir medidas de defesa e sistema de processo administrativo para apurar as práticas de *dumping* de sorte a proteger os setores produtivos nacionais da concorrência desleal. Com efeito, os países encontram-se expostos diretamente à concorrência internacional, razão pela qual se mostra imperiosa a necessidade de se consolidar um sistema de telecomunicação e de um sistema de logística confiável que permita a transação comercial com qualquer parte do mundo, a fim de minimizar a concretização das práticas do *dumping*.

Com o desiderato de regulamentar o corpo legislativo retro sucede-se o Decreto nº 1.602/95 e, posteriormente, o Decreto nº 8.058/2013. Destaca-se que nos termos do Decreto nº 8.058/2013, tem-se a seguinte definição de *dumping*:

“Art. 7º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal.”

Frisa-se que o conceito retro é *ipsis litteris* ao do revogado Decreto nº 1.602/95, não tendo corrido nenhum tipo de aprimoramento/acrescimento/redução da redação *sus* mencionada.

Por fim, conforme a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências, tem-se a prática do *dumping* como uma infração de ordem econômica. *In verbis*:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

---

(AMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. *Estud. Av.*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Apr. 1995, p. 247. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 maio 2019.

## DOCTRINA

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

*XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.*” (Grifos nossos)

### 2.1 – Do Projeto de Lei nº 1.615/2011

Encontra-se na Câmara dos Deputados, em tramitação, Projeto de Lei nº 1.615/2011, de autoria do ex-Deputado Federal Carlos Gomes Bezerra, em que define o que seria *dumping* social e as respectivas sanções decorrentes dessa infração, *in verbis*:

“Art. 1º Configura ‘*dumping* social’ a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

Art. 2º A prática de ‘*dumping* social’ sujeita a empresa a:

a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;

b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;

c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.”

### 2.2 – Breves ponderações

Em uma sociedade que vivencia as modificações sociais de maneira extremamente célere, há muita dificuldade do ordenamento jurídico ofertar uma resposta regulatória tempestiva para disciplinar as novas questões, as quais se concretizam no cotidiano das relações laborais. Como dito na introdução, o *dumping* social é fruto dessa sociedade informacional do século XXI.

De tal sorte, evidencia-se a razão pelo qual as convenções internacionais na qual o Brasil é signatário, ou mesmo na legislação interna brasileira de de-

fesa a concorrência trata unicamente do *dumping* em sua concepção originária datada do século XX.

Em síntese: constata-se a inexistência de fonte heterônoma, ou seja, de legislação brasileira que verse sobre a figura do *dumping* social, vindo tal conduta anticoncorrencial ser uma construção normativa decorrente da doutrina e da jurisprudência.

Assim, se não há definição legal da figura do *dumping* social de forma a ofertar os limites do *standart*, torna-se certo que pensar em instrumentos para conter tal prática venha-se a constituir-se em uma tarefa de caráter hercúleo<sup>20</sup>.

### 3 – Das modalidades de *dumping*

Apresentam-se, aqui, algumas modalidades de *dumping* conforme é ventilado pela doutrina.

#### 3.1 – *Dumping* não intencional

O *dumping* não intencional apresentar-se-ia em face de eventos externos, de caráter temporário, não planejado ou articulado pela empresa, que acabasse por acarretar uma situação de *dumping*<sup>21</sup>.

A título de exemplo, seria a escassez de determinado produto face um problema beligerante e determinada empresa internacional passasse a se encontrar em um *status* monopolista (escassez de oferta acarreta naturalmente a elevação dos preços).

#### 3.2 – *Dumping* intencional

Já no *dumping* intencional, o agente econômico articula meios para quebrar o *status* de igualdade de competição do mercado.

A doutrina ventila as seguintes modalidades de *dumping* intencional: *dumping* predatório; estrutural; tecnológico; ambiental; cambial e social.

---

20 “(...) não é uma tarefa fácil discutir medidas que possam coibir este fenômeno, uma vez que sequer há uma normatização do *dumping* social no ordenamento brasileiro, sendo, pois, este o maior enfrentamento perante o tema nos dias atuais sobre o tema.” (AMORIN, Kelly. *O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique [Org.]. *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 403)

21 “(...) diz respeito a aspectos circunstanciais, temporários, decorrentes da própria dinâmica da economia. Não se está diante, aqui, de manejo de estratégias empresárias, mas da ocorrência de um fenômeno inerente ao modo de produção capitalista, sendo naturais a esse modelo eventuais desequilíbrios de mercado.” (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 83)

Deixar-se-á para analisar o *dumping* social, objeto de estudo do presente “paper”, em item próprio e de forma aprofundada.

### 3.2.1 – *Dumping* predatório

Tal modalidade se caracterizaria pelo intento de eliminar concorrência ofertando produtos ao mercado a preço abaixo do custo de produção, de sorte a dizimar os concorrentes para em momento posterior alavancar o preço obtendo lucros arbitrários.

### 3.2.2 – *Dumping* estrutural

Ocorre quando há produção em excesso no mercado, ocasionando uma maior oferta que a demanda, acarretando a exportação desse excesso a preços mais baixos do que ofertados internamente<sup>22</sup>.

### 3.2.3 – *Dumping* tecnológico

Dar-se-ia quando o elemento tecnológico evolui tão rapidamente que acarreta o despencamento do custo de produção e, em consequência, a elevação dos lucros de tal forma que a igualdade concorrencial fica fracionada<sup>23</sup>.

### 3.2.4 – *Dumping* ambiental

Configura-se com a transferência de empresas, cujas atividades empresariais não se adequam ao padrão protetivo ao meio ambiente de determinado lugar, para outro local onde a legislação de proteção ambiental seja mais complacente ou mesmo inexistente<sup>24</sup>.

De forma geral, se tem a migração de polos industriais de países desenvolvidos para países em desenvolvimento, o qual possui vulnerabilidade no amparo ao meio ambiente, diminuindo, assim, o custo da produção e, conseqüentemente, uma abusividade do processo competitivo.

No que tange ao *dumping* ambiental, assim lapida Carla Piffer:

---

22 Cf. SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e direito internacional econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 400.

23 Cf. SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e direito internacional econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 400.

24 Cf. PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o *dumping* ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 3, n. 1, 1º quadrimestre de 2008, p. 401. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 20 maio 2019.

“Desta forma, a prática do *dumping* ambiental caracteriza-se pela venda internacional de produtos, por preços mais baixos que o da concorrência, devido à desnecessidade da empresa exportadora seguir determinadas regras protetivas ao meio ambiente.

Em contraposição, exemplificando, a empresa preterida, ao cumprir determinadas exigências que visem à proteção ambiental, tem que aumentar o custo de seus produtos, não conseguindo competir com a empresa praticante de *dumping*. A consequência dessa redução de custos, seria, inevitavelmente, um aumento ilegítimo da competitividade em detrimento do meio ambiente.”<sup>25</sup>

O ambiente do comércio internacional possui um contexto extremamente propício ao *dumping* ambiental posto a falta de harmonização e homogeneidade da legislação ambiental no mundo. Vai-se de Estados onde o meio ambiente é reconhecido como sujeito de direito (Constituição do Equador)<sup>26</sup> a Estados onde inexistente qualquer preocupação com a questão ambiental.

### 3.2.5 – *Dumping* cambial

Tem-se presente essa modalidade de *dumping* com artificialização das taxas de câmbio para baixo com o fito de incentivar as exportações e coibir as importações<sup>27</sup>.

Sobre o *dumping* cambial explicita o professor Marlon Tomazette:

“O *dumping* cambial se configuraria pela manutenção de taxas cambiais que desvalorizassem a moeda nacional, de modo que os produtos importados ficariam muito caros e os produtos exportados seriam mais baratos, facilitando a exportação dos mesmos que chegariam no mercado

---

25 PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o *dumping* ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 3, n. 1, 1º quadrimestre de 2008, p. 402. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 maio 2019.

26 Constitución del Ecuador de 2008: “Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>).

27 Cf. SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e direito internacional econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 401.

externo a um preço relativamente mais baixo. Tome-se o exemplo de venda de produtos brasileiros para os Estados Unidos, antes da desvalorização do real, pelo valor de US\$ 10,00 (dez dólares), considerando o produto vendido no Brasil por R\$ 10,00 (dez reais). Com a desvalorização do real que não afetaria o preço do produto no Brasil, o qual se manteria em R\$ 10,00 (dez reais), a mesma mercadoria passou a ser vendida por US\$ 5,00 (cinco dólares) no mercado americano, afetando fortemente os competidores no mercado americano.”<sup>28</sup>

É importante frisar que o doutrinador retro não vislumbra tal prática como modalidade de *dumping*, posto que não haveria uma discriminação de preços, nos termos da definição clássica de *dumping*<sup>29</sup>.

#### 4 – Da definição do *dumping social*

Como apresentado no item alhures, o Projeto de Lei nº 1.615/2011 ventila a seguinte definição de *dumping social*: “Art. 1º Configura ‘*dumping social*’ a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência”.

A doutrina abalizada, assim vem por conceituar o *dumping social*:

“*Dumping social* pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais<sup>30</sup>.”

(...) O *dumping social*, portanto, caracteriza-se pela conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, através do aumento da competitividade desleal

---

28 TOMAZETTE, Marlon. O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, n. 1, v. 4, p. 194-214, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acesso em: 20 maio 2019.

29 Cf. TOMAZETTE, Marlon. O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, n. 1, v. 4, p. 194-214, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acesso em: 20 maio 2019.

30 FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços<sup>31</sup>.

(...) O conceito de *Dumping Social* como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.”<sup>32</sup>

De tal sorte, pode-se sintetizar *dumping social* como a deterioração da concorrência no mercado (podendo ser no âmbito interno ou externo) em face da elevação dos lucros abusivos da empresa em face da diminuição de custo de produção através do aproveitamento da precarização da mão de obra, seja pelo desrespeito das normas trabalhistas internas, seja pela migração do processo produtivo para Estado onde a normativa social não atenda aos preceitos do trabalho decente esculpido pela OIT<sup>33</sup>.

A precarização do trabalho mostra-se como um fenômeno bastante atual e diretamente interligado com preceitos neoliberais. Apresenta como característica relevante, o deterioramento das condições de vida e do trabalho, marcado pela ausência de vínculos regulares e a consequente perda de direitos trabalhistas, tornando o empregado ainda mais vulnerável.

31 AMORIN, Kelly. *O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 403.

“O cerne do *Dumping Social* está na intenção empresária em baratear cada vez mais o seu produto com a intenção fraudulenta e arbitrária de eliminar a sua concorrência, porém as consequências dessa prática são sentidas pelos trabalhadores, na relação, na relação comprometida e precária do contrato, com afronta direta aos seus direitos sociais.” (AMORIN, Kelly. *O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista*. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique [Org.]. *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 401)

32 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, n. 91, v. 60, p. 209-221, jan./jun. 2015, p. 210. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27269>>. Acesso em: 20 maio 2019.

“O *dumping social* caracteriza-se na prática de concorrência desleal com o fito de, através da retenção de custos de mão de obra, reduzir o valor final do produto. Para tanto, desconsideram-se valores morais, e, por consequência, ferem a dignidade da pessoa humana e aniquilam o valor social do trabalho.” (GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim; DUTRA, Lincoln Zub. *Impactos do dumping social na ordem econômica e ao valor social do trabalho*. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano VIII, n. 15, jul./dez. 2016, p. 85)

33 “A redução dos custos da mão de obra pode ser obtida seja mediante violação direta dos direitos dos empregados de determinada empresa, seja por meio da prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos.” (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89)

## 5 – Da caracterização do *dumping* social

### 5.1 – Da concorrência desleal

Como explicitado na parte introdutória deste ensaio, a Constituição Federal de 1988 respalda a livre concorrência dando *status* principiológico ao mesmo.

No momento que se garante o ambiente concorrencial, não se pode permitir que pelo uso da livre iniciativa (também constituidor da base principiológica da ordem econômica da Constituição) tenha-se práticas antiéticas e contrárias à boa-fé, de sorte a fraturar a concorrência do mercado com a quebra de um ambiente isonômico de competitividade.

O *dumping* social configura-se em caso de concorrência desleal pelo custo reduzido da mão de obra fundada na inobservância dos direitos sociais básicos, afetando diretamente o preço ou não do produto praticado no mercado, acarretando a elevação dos lucros de forma arbitrária.

Perceba que o *dumping* social permite uma repaginação no fenômeno do *dumping*, pois ele permitiria a prática da comercialização de produtos abaixo do preço de mercado (perspectiva tradicional do *dumping*); ou a manutenção do preço de mercado do produto, mas com a elevação dos lucros em decorrência da exploração da mão de obra por inobservância de padrões laborais mínimos.

Afirma que nessa última hipótese haveria clara dificuldade ou mesmo impossibilidade de identificar a prática do *dumping* social apenas a partir de uma análise mercadológica, posto que o preço comercializado no mercado se mantém inalterado.

### 5.2 – Do uso de mão de obra em descompasso com os *standards* laborais mínimos

A lucratividade abusiva, no *dumping* social, dá-se pelo desrespeito do conjunto normativo laboral do trabalhador.

As regras de cada mercado interno dependerão dos dispositivos legalmente fixados, assim esse quadro é pintado e irá variar conforme as normas trabalhistas de cada país. Em sede de Brasil, o *standard* laboral mínimo vê-se esquadrihado no art. 7º da Constituição Federal, o qual repercute na CLT e demais legislações infraconstitucionais, bem como nas normas trabalhistas autônomas.

Aferem-se práticas ensejadoras do *dumping* social: terceirização ilícita; uso de cooperativas de trabalho para fraudar vínculo empregatício por meio

de simulação; pejetização; fraude em contratos de estágio (desvirtuação do estágio); uso de mão de obra infantil; trabalho análogo a de escravo.

Em âmbito internacional, entretanto, a definição de um padrão mínimo laboral apresenta uma grande dificuldade quanto à sua definição, posto falta de consenso sobre o mesmo<sup>34</sup>.

Lembra Leandro Fernandez (2014) que a diferença remuneratória entre trabalhadores de regiões ou entre países diversos não se pode entender como *dumping* social, em face das realidades socioeconômicas diversas nas quais há um conjunto de variáveis que influenciam na formação dessa assimetria. A questão é aferir a existência ou não de desrespeitos a direitos sociais no caso concreto em face das regras e princípios constitucionais.

“Importa ressaltar, ainda, que eventuais assimetrias no custo da mão de obra existentes entre diferentes regiões de um país ou entre países distintos não configuram *dumping* social. Tais distinções são decorrência, em geral, do nível de desenvolvimento socioeconômico de determinado local, bem como da qualificação profissional de seus trabalhadores.

(...)

Assim, as discrepâncias na remuneração dos trabalhadores que não se verifiquem em decorrência de desrespeito a direitos sociais, mas a condições inerentes à própria estrutura socioeconômica contemporânea, não podem ser reputadas como prática de *dumping* social.”<sup>35</sup>

### 5.3 – Da prática reiterada e sistemática

O *dumping* social configura-se, exatamente, por um conjunto de condutas (diversos atos) reiteradas, durante certo lapso de tempo, que acaba por acarretar danos na esfera transindividual e afetando o equilíbrio concorrencial do mercado.

Não há como se falar em *dumping* social por uma única ou isolada prática violadora dos direitos sociais dos trabalhadores.

---

34 “(...) Não há consenso entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre quais direitos trabalhistas devem ser universalmente reconhecidos e em que extensão. As controvérsias proliferam nos fóruns internacionais, tendo havido pouco avanço na disciplina jurídica internacional de tutela dos direitos sociais. Uma das soluções que se tem adotado é a inserção de cláusulas sociais em tratados internacionais, a fim de se imporem patamares mínimos. (...)” (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92)

35 FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

Em sede de mercado interno, pode ser constada a prática reiterada de violação dos patamares mínimos dos direitos laborais quando aquela determinada empresa é “cliente” cativa da Justiça do Trabalho, não sendo raro ocorrer o preenchimento da pauta de uma vara de trabalho, de um dia, com uma única empresa.

A presente característica fica clara no seio da jurisprudência trabalhista nacional:

“*DUMPING SOCIAL. PRÁTICAS LESIVAS AOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA BUSCA DO PLENO EMPREGO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.* A figura do *dumping* social caracteriza-se pela prática da concorrência desleal, podendo causar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial à coletividade como um todo. *No campo laboral, o dumping social caracteriza-se pela ocorrência de transgressão deliberada, consciente e reiterada dos direitos sociais dos trabalhadores, provocando danos não só aos interesses individuais, como também aos interesses metaindividuais, isto é, aqueles pertencentes a toda a sociedade, pois tais práticas visam favorecer as empresas que delas lançam mão, em acintoso desrespeito à ordem jurídica trabalhista, afrontando os princípios da livre concorrência e da busca do pleno emprego, em detrimento das empresas cumpridoras da lei. Na hipótese dos autos, restou demonstrada a prática do dumping social, tendo em vista que ao deixar de emitir a CAT nas hipóteses previstas na lei a ré obteve vantagem indevida perante a concorrência, na medida em que o número de acidentes de trabalho ocorridos é considerado no cálculo da contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, por meio do FAP – Fator Acidentário de Prevenção (art. 202-A do Decreto nº 3.048/99). Sentença mantida.”<sup>36</sup> (Grifos nossos)*

### 5.4 – Dos danos sociais

Afere-se que os danos sociais se constituem em lesão ao bem jurídico de transindividual/metaindividual/supraindividuais de caráter extrapatrimonial<sup>37</sup>.

---

36 TRT da 18ª R., RO 0011576-74.2015.5.18.0054, Tribunal Pleno, Rel. Des. Elvecio Moura dos Santos, decisão de 18.06.2018.

37 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

Em síntese: quando da elevação de forma arbitrária dos lucros ao custo da violação das premissas de direitos trabalhistas vindo de tal sorte a comprometer o aspecto concorrencial do mercado tem-se o efeito negativo da conduta empresarial ao perpetrar o “*dumping social*”, que vai além do aspecto patrimonial ou da higidez psicofísica, maculando os interesses de uma coletividade indeterminada.

Constata-se que os tribunais reconhecem o dever de indenização pelo dano social acarretado pela prática do *dumping social*:

“*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.”<sup>38</sup> (Grifos nossos)

### **6 – Dos instrumentos internacionais para combater a prática do *dumping social***

Como explicitado, prefacialmente, o fenômeno do *dumping* como prática antijurídica dá-se na dinâmica do comércio internacional, sendo rechaçado por meio de instrumentos internacionais.

O *dumping social* como fenômeno do “achamento do globo” torna-se um fenômeno de debates atuais quanto à construção de uma engenharia jurídica para coibir e desincentivar a presente prática.

Assim, será explicitado, nesse tópico, quatro dos principais instrumentos utilizados com o desiderato de combater o *dumping social* através do direito internacional.

---

38 TRT da 1ª R., RO 0000353-71.2011.5.01.0076, Segunda Turma, Relª Desª Maria Aparecida Coutinho Magalhães, j. 04.09.2013, publ. 04.04.2014.

## 6.1 – Do selo social

A ideia do selo social fora ventilada pelo Diretor-Geral da OIT, Michel Hansenne, em 1997<sup>39</sup>, e tem por escopo a realização uma etiquetagem social de produtos e marcas, com o fim de informar o respeito a normas laborais no processo de produção, sendo a adesão voluntária pelas empresas.

No Brasil, a Fundação Abrinq (Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos) criou um selo (“Empresa amiga da criança”), em 1995, com o fim de combater o trabalho infantil, certificando empresas que atuam com a devida responsabilidade social em prol das crianças e adolescentes<sup>40</sup>.

Constata-se que o uso do selo se destina ao exercício da consciência social do consumidor que optaria por aqueles produtos desenvolvidos conforme os preceitos laborais básicos.

É certo que o presente instrumento possui visíveis dificuldades, posta a necessidade de um mercado consumidor consciente; a voluntariedade na adesão; e a ausência de sanções reais aos violadores dos padrões laborais mínimos (no máximo há perda do selo). Sobre o assunto, assim explicita Leandro Fernandez:

“Em primeiro lugar, a concretização dos objetivos pretendidos com as etiquetas sociais depende invariavelmente da existência de um mercado consumidor consciente de sua importância para ampliação do espectro de proteção dos direitos sociais na dinâmica de um sistema configurado sob os moldes pretendidos com selos sociais e disposto a, via de regra, pagar mais caro por bens produzidos com a observância de direitos trabalhistas fundamentais. Não havendo uma cultura de responsabilidade social por parte dos próprios consumidores, torna-se inviável o sucesso de qualquer selo social. (...)”

O segundo motivo reside no caráter de voluntariedade que caracteriza as etiquetas sociais. Em decorrência dele, nada impede que, a despeito da adesão efetuada por certas empresas transnacionais, outras companhias simplesmente prossigam na violação a direitos trabalhistas básicos. (...)”

---

39 Cf. World of work. *The Magazine of the ILO*, n. 22, 1997, p. 12-13. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms\\_080635.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080635.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2019.

40 Disponível em: <[https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-empresa-amiga-da-crianca?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&utm\\_campaign=peac&utm\\_term=selo&gclid=Cj0KCQjw6cHoBRDdARIsADiTTzYKbTH6\\_yWIEulMdOZtpogdgJX8f7f-i3UE24Pg\\_GSTlaCfiGKbflQaAIFYEALw\\_wcB](https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-empresa-amiga-da-crianca?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=peac&utm_term=selo&gclid=Cj0KCQjw6cHoBRDdARIsADiTTzYKbTH6_yWIEulMdOZtpogdgJX8f7f-i3UE24Pg_GSTlaCfiGKbflQaAIFYEALw_wcB)>. Acesso em: 30 maio 2019.

Em terceiro lugar, há que se considerar a ausência de sanções reais nesse sistema. Caso determinada empresa que haja aderido ao sistema de certificação deixe de observar os padrões mínimos que se comprometera a garantir, sofrerá apenas a perda do selo social. Não há qualquer punição direta e efetiva a tal comportamento, cabendo à empresa, na prática, decidir se em dada conjuntura econômica é mais conveniente – leia-se: lucrativo – seguir os parâmetros laborais que afiançara assegurar.<sup>41</sup>

### 6.2 – Do ISO social

O ISO Social consiste em um programa de qualidade que certifica a empresa quanto à implementação dos direitos laborais básicos, nos termos dos fixados pela OIT.

Os parâmetros do referido programa foram instituídos através do Social Accountability nº 8000, o qual fora criado em 1997 pelo Conselho de Prioridades Econômicas.

Constitui-se em um instrumento interessante, todavia padece dos mesmos problemas do selo social, como a ausência de sanções efetivas e concretas, além da possibilidade de enveredar-se, apenas, para questão de *marketing* jurídico<sup>42</sup>.

### 6.3 – Do *global compact*

O presente instrumento é um projeto desenvolvido no seio da ONU, pelo Secretário-Geral, Kofi Annan, lançado em 2000, que consiste em um programa quanto à reponsabilidade social, ambiental e humanitária no bojo do planejamento estratégico das empresas transnacionais.

O referido projeto estrutura-se nos seguintes princípios:

#### *“Direitos humanos*

Princípio 1: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos, reconhecidos internacionalmente;

Princípio 2: Garantir a sua não participação em violações dos direitos humanos.

#### *Práticas laborais*

Princípio 3: As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo à negociação coletiva;

---

41 FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98.

42 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

## DOCTRINA

Princípio 4: A abolição de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório;

Princípio 5: Abolição efetiva do trabalho infantil;

Princípio 6: Eliminação da discriminação no emprego.

### *Proteção ambiental*

Princípio 7: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais;

Princípio 8: Realizar iniciativas para promover a responsabilidade ambiental;

Princípio 9: Encorajar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias amigas do ambiente.

### *Anticorrupção*

Princípio 10: As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno.”<sup>43</sup>

Com o fim de incentivar a adesão, as Nações Unidas criaram um Selo da ONU. Todavia, não se constituiria em um selo social, posto que o “Global Compact” versa sobre outros elementos além da observância de premissas laborais mínimos<sup>44</sup>.

## 6.4 – Dos códigos de conduta

Os códigos de conduta constituem-se em padrões éticos assumidos pela empresa quanto à observância dos *standards* laborais básicos, vindo a constituir a carga axiológica da prática corporativa, seja no aspecto interno ou externo (exigência de obediência quanto ao respeito dos direitos sociais também das subcontratadas e parceiras de negócios), na busca da consecução dos direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>45</sup>.

É importante destacar que os padrões éticos impostos nos códigos de conduta pelas empresas transnacionais podem acabar entrando em conflito com a normatização do país onde se encontram instaladas. Em Estados soberanos onde a legislação trabalhista é mais protetora em relação ao código de conduta, esta acaba deixando de ter aplicabilidade para prevalecer a norma heterônoma.

43 Disponível em: <<https://pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acesso em: 30 maio 2019.

44 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

45 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

Todavia, em outras circunstâncias, onde há fragilidade na legislação trabalhista local, vindo o código de conduta ter uma dimensão protetiva muito maior, segue a dificuldade da implantação da mesma em face da convivência dos padrões jurídicos diversos.

Por óbvio que o instrumento do código de conduta não passa incólume a críticas:

“A primeira delas é a ausência de real fiscalização do cumprimento dos compromissos sociais declarados. Livres de monitoramento rígido, empresas transnacionais poderiam publicar códigos de conduta como mero instrumento de propaganda, inserido no âmbito de uma estratégia de *marketing* empresarial.”<sup>46</sup>

Além do desvirtuamento do uso do código de conduta para fins meramente de *marketing*, questão problema semelhante de outros instrumentos outrora ventilados, tendo em vista o caráter interno do código, o mesmo pode ser constituído com as temáticas laborais de conveniência empresarial, ou seja, uma seletividade em relação a direitos trabalhistas albergados face uma proposta de *marketing*, o que vem por desvelar a importância da legislação laboral local.

Sobre esse apontamento, explicita Leandro Fernandez:

“Dados de uma pesquisa realizada em 1998 pela OCDE revelam que, dentre quase trezentos códigos de conduta analisados, a minoria trata de temas como a liberdade sindical. Consagram-se, assim, princípios e diretrizes valorizados pela opinião pública, relacionados à vedação de práticas de concorrência desleal violadoras de direitos humanos – tais como a utilização de mão de obra infantil barata –, mas simplesmente não há menção ao direito fundamental de liberdade sindical, utilizado pelos empregados como instrumento para pressionar o empresariado a reduzir a mais-valia. Diante disso, é perceptível que os interesses econômicos das empresas transnacionais determinam a seletividade da temática dos códigos de conduta.”<sup>47</sup>

### **7 – Do reconhecimento de ofício do *dumping* social e a respectiva condenação por danos sociais pela Justiça do Trabalho**

Neste tópico chega-se a um dos pontos problemas do presente ensaio, que é responder se há possibilidade do juiz do trabalho, ao reconhecer, em uma

46 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103.

47 Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104.

demanda individual, a existência do *dumping* social, condenar a reclamada em danos sociais?

Constate de forma imediata que o *dumping* social não constitui objeto da ação, não havendo pedido de danos sociais. Poderia o juiz atuar *ex officio*?

No XIII Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), em sua nona tese, tem-se o entendimento favorável à atuação *ex officio* pelo magistrado trabalhista, *in verbis*:

“As agressões reincidentes 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, mesmo por atuação ex officio.* O dano à sociedade configura-se 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, revertendo-se esta indenização a um fundo público.

O cerne do *Dumping Social* está na intenção empresária em baratear cada vez mais o seu produto com a intenção fraudulenta e arbitrária de eliminar a sua concorrência, porém as consequências dessa prática são sentidas pelos trabalhadores, na relação comprometida e precária do contrato, com afronta direta aos seus direitos sociais.”<sup>48</sup> (Grifos nossos)

A questão do reconhecimento de ofício da prática do *dumping* social pelo juiz do trabalho encontra-se ventilado no Projeto de Lei nº 1.615/2011:

“Art. 3º O juiz, de ofício, a pedido da parte, de entidade sindical ou do Ministério Público pode declarar a prática de ‘*dumping social*’, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas *a* e *c* do art. 2º.”

A presente tese da atuação *ex officio* pelo magistrado, em caso da constatação de *dumping* social, é defendida arduamente pelo professor Jorge Luiz Souto Maior:

---

48 AMORIN, Kelly. O *dumping* social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 401.

## DOUTRINA

“A necessidade de reconhecer essa possibilidade de condenação, independentemente de pedido da parte, pela prática de dano social, decorre da constatação de que a legitimidade coletiva, conferida ao Ministério Público do Trabalho e aos Sindicatos, não tem sido, reconhecidamente, satisfatória para a correção da realidade, nem mesmo contando com a atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego.

Muitas vezes as lesões não têm uma repercussão econômica muito grande para cada trabalhador lesado e estes, individualmente, não se sentem estimulados a ingressar com ações em juízo e nem mesmo os entes coletivos dão a tais lesões a devida importância.

Outras vezes, mesmo tendo repercussão econômica palpável, muitos trabalhadores deixam de ingressar em juízo com medo de não conseguirem novo emprego, pois impera em nossa realidade a cultura de que mover ação na justiça é ato de rebeldia. O agressor da ordem jurídica trabalhista conta, portanto, com o fato conhecido de que nem todos os trabalhadores lhe acionam na justiça (na verdade, os que o fazem sequer são a maioria). Conta, ainda, com prazo prescricional de cinco anos; com a possibilidade de acordo (pelo qual acaba pagando bem menos do que devia); e com a demora processual, além de juros inferiores àqueles praticados pelas instituições bancárias.

(...)

As discussões acerca da legitimidade e dos limites da ação ao pedido formulado pelas partes constituem tentativa de sobrepor a forma ao conteúdo, fazendo prevalecer a visão positivista e descomprometida do processo. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que afeta o interesse social, penalize/discipline o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de sua implementação, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.<sup>749</sup> (Grifos nossos)

Continua o festejado doutrinador fundamentando sua tese a partir dos poderes instrutórios, conferidos na CLT, ao juiz e da possibilidade de solução da lide via equidade.

---

49 MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 90-91.

## DOCTRINA

“(…) a possibilidade de o juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual e, no que se refere ao respeito à regulamentação do Direito do Trabalho, constitui um dever, pois o não cumprimento convicto e inescusável dos preceitos trabalhistas fere o próprio pacto que se estabeleceu na formação do nosso Estado Democrático e Social de Direito, para fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi alheia ao fenômeno, atribuindo ao juiz amplos poderes instrutórios (art. 765) e liberdade para solução justa do caso na perspectiva da equidade, conforme previsão dos arts. 8º e 766, não se esquecendo da perspectiva dos efeitos sociais, conforme regra do já citado art. 652, *d*’.<sup>50</sup>

Assim explicita o professor Jorge Luiz Souto Maior as razões da condenação por dano social no bojo de uma demanda individual:

“(…) o hiato existente entre a realidade e a teoria; a ausência de força real de luta pela efetivação dos direitos trabalhistas no âmbito de um contrato para o qual sequer reconhecemos o dever de motivação na hora da dispensa. Enfim, a importância de que se reveste o Poder Judiciário trabalhista, como instância última e única capaz de demonstrar a necessidade de respeito aos direitos dos trabalhadores.”<sup>51</sup> (Grifos nossos)

Todavia, afere-se pacífica, no bojo das diversas turmas do TST, jurisprudência no sentido de configurar julgamento *extra petita* o reconhecimento de ofício de *dumping* social, vindo a macular os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, acarretando o provimento do recurso e consequente reforma da decisão *a quo*.

Seguem, abaixo, as decisões colacionadas do TST:

“RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. Apesar de a prática de *dumping* social ser veementemente combatida por esta Justiça Especializada, por ferir não só os direitos individuais dos trabalhadores diretamente envolvidos com as empresas litigantes, mas também a sociedade de modo geral, por se configurar em prejuízo social, o julgador deve estar adstrito aos limites da lide estabelecidos na petição

---

50 MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 93.

51 MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 97.

inicial apresentada, sob pena de a decisão ser considerada *ultra* ou *extra petita*. Na hipótese dos autos, constata-se da inicial que não houve formulação de pedido de condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por ‘*dumping social*’. Constata-se, portanto, que a condenação, de ofício, violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC/1973.”<sup>52</sup> (Grifos nossos)

(...)

“INDENIZAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. *DUMPING SOCIAL*. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

Não obstante a reprovabilidade da conduta da reclamada de reiteradamente descumprir a normas trabalhistas, o deferimento, de ofício, da indenização pelo descumprimento reiterado das normas trabalhistas não encontra previsão na legislação processual vigente e impede que as partes exerçam o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, princípios consagrados no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. Assim, não havendo pedido certo e determinado a esse respeito, torna-se inviável a condenação mantida pela Corte *a quo*, sendo nítida a afronta ao art. 492 do CPC/2015. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.”<sup>53</sup>

“*DUMPING SOCIAL*. DANO SOCIAL. DEFERIMENTO *EX OFFICIO*. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CONFIGURAÇÃO. INDEENIZAÇÃO INDEVIDA.

Discute-se, no tópico, a possibilidade de se condenar a empresa ao pagamento de indenização por eventual dano social, em face do reiterado desrespeito aos direitos trabalhistas de seus empregados, quando ausente pedido nesse sentido. O conceito de *dumping social* passou a ser utilizado mais amplamente no âmbito das relações trabalhistas após a 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Anamatra, realizada no final de 2007, que resultou, dentre outros, na produção do Enunciado nº 4. Segundo tal enunciado: ‘*dumping social*’. 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 in-

52 TST, RR-527-40.2014.5.04.0772, Rel. Des. Conv. Roberto Nobrega de Almeida Filho, j. 26.09.2018, 1ª Turma, DEJT 04.10.2018.

53 TST, RR-1624-97.2010.5.15.0032, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 23.05.2019.

devida perante a concorrência. A jurisprudência desta Corte tem adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de dano social por *dumping* social consiste em julgamento *extra petita*. De qualquer sorte, a realidade descrita no acórdão recorrido não permite vislumbrar ‘agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas’, de modo a ferir a sociedade e obter vantagem indevida perante a concorrência. Dessa forma, ainda que repugnante a prática em questão, a empresa não pode ser condenada ao pagamento da indenização em debate, pois se estaria a permitir julgamento fora dos limites da lide, circunstância que autoriza o provimento do apelo. Recurso de revista conhecido por violação do art. 128 do CPC e provido.”<sup>54</sup> (Grifos nossos)

“RECURSOS DE REVISTA. *DUMPING* SOCIAL. INDENIZAÇÃO. CONDENAÇÃO *EX OFFICIO*. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. 1. A Constituição Federal garante aos litigantes em processo judicial o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF). 2. Nos termos do art. 128 do CPC, o Juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, para cujo conhecimento a lei exige a iniciativa das partes. 3. Acórdão regional que condena a empregadora, de ofício, ao pagamento de indenização por *dumping* social, não obstante a ausência de pedido e de oportunidade para a parte expor suas razões em contraditório e exercer a ampla defesa, viola a ordem constitucional vigente, bem como extrapola os limites da lide. 4. Recursos de revista das Reclamadas de que se conhece e a que se dá provimento.”<sup>55</sup> (Grifos nossos)

“RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR. NULIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. O cerne da controvérsia está em saber se

54 TST, RR-20307-17.2014.5.04.0561, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 12.12.2018, 3ª Turma, DEJT 14.12.2018.

“*DUMPING* SOCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS COLETIVOS. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. A jurisprudência desta Corte tem firmado entendimento no sentido de que o deferimento, de ofício, sem que tenha havido pedido na inicial, da indenização por *dumping* social (ou indenização por dano social) viola os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), configurando manifesto julgamento *extra petita* (arts. 128 e 460 do CPC). Recurso de revista conhecido e provido no tema. (...)” (TST, ARR-1282-71.2012.5.04.0663, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 11.04.2018, 3ª Turma, DEJT 13.04.2018)

55 TST, RR-2899-93.2012.5.15.0070, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 02.12.2015, 4ª Turma, DEJT 18.12.2015.

poderia o egrégio Tribunal Regional no âmbito de Reclamação Trabalhista individual, mesmo que ausente pedido específico, condenar *ex officio* a Reclamada no pagamento de indenização suplementar por dano social causado a título de *dumping* social. Há de se reconhecer o julgamento *extra petita* pelo egrégio Tribunal Regional quando condena a Reclamada ao pagamento de indenização que não foi requerido na petição inicial. A Jurisprudência das 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 7ª Turmas desta Corte tem adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de *dumping social* consiste em julgamento *extra petita*: RR-1032-98.2012.5.15.0156, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma; RR-49300-51.2009.5.15.0137, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte; R-131000-63.2009.5.04.0005, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; RR-79-37.2011.5.09.0965, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; RR-78200-58.2009.5.04.0005, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma; RR-11900-32.2009.5.04.0291, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.”<sup>56</sup> (Grifos nossos)

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RECLAMADA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. *DUMPING* SOCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. 1. Recurso de revista sob a vigência da Lei nº 13.015/2014. 2. No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT. 3. O entendimento desta Corte Superior é de que caracteriza julgamento *extra petita* a condenação *ex officio* por *dumping* social, uma vez que não há pedidos nesse sentido na exordial. Ademais, é patente a violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Há julgados. 4. Recurso de revista a que se dá provimento.”<sup>57</sup> (Grifos nossos)

A tese do professor Jorge Luiz Souto Maior, bem como a ventilada no XIII Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat) é tentadora, posto a necessidade premente, em um país como o Brasil, de dar efetividade aos direitos sociais, os quais são deixados de lado de forma sistemática em verdadeiro desrespeito à ordem jurídica e à promoção da dignidade da pessoa humana.

56 TST, RR-3894-13.2010.5.15.0156, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 13.11.2015.

57 TST, RR-20249-60.2014.5.04.0772, Relª Minª Kátia Magalhães Arruda, j. 05.04.2017, 6ª Turma, DEJT 11.04.2017.

Todavia, como compatibilizar com o conjunto normativo da Constituição e do Código de Processo Civil?

Aceitar a tese *supra* é reconhecer a validade de um julgado *extra petita*, maculando, assim, o princípio do dispositivo (art. 2º do NCPC)<sup>58</sup>, da cooperação processual (art. 6º do NCPC)<sup>59</sup>, do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF<sup>60</sup> e art. 7º do NCPC)<sup>61</sup>, da boa-fé processual (art. 5º do NCPC)<sup>62</sup>, além de regras processuais como da vedação da decisão surpresa (art. 10 do NCPC)<sup>63</sup> e da proibição expressa da decisão *extra petita* (art. 492 do NCPC)<sup>64</sup>.

O sistema acusatório deve ser preservado e respeitado. Vislumbrando o magistrado do trabalho, na demanda individual, situação que se subsuma a figura do *dumping* social, deve o mesmo notificar ao Ministério Público do Trabalho, o qual é incumbido constitucionalmente da defesa da ordem social<sup>65</sup>.

### 8 – Considerações finais

Em face do que foi exposto, entende-se por *dumping* social a deterioração da concorrência no mercado (podendo ser no âmbito interno ou externo) em face da elevação dos lucros abusivos da empresa em face da diminuição de custo de produção através do aproveitamento da precarização da mão de obra, seja pelo desrespeito das normas trabalhistas internas, seja pela migração do processo produtivo para Estado onde a normativa social não atenda aos preceitos do trabalho decente esculpido pela OIT.

---

58 NCPC: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

59 NCPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

60 Constituição de 1988: “Art. 5º (...). LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

61 NCPC: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

62 NCPC: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

63 NCPC: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

64 NCPC: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

65 Constituição de 1988: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

## DOCTRINA

O *dumping* social, apesar de sua natureza fenomênica no seio do mercado internacional, é reconhecido quando perpetrado no seio do mercado interno, gerando a possibilidade de condenação de indenização por dano social.

Não vislumbramos como mais acertado a tese da atuação *ex officio* do juiz do trabalho em condenar pelo dano social o reclamado em face do *dumping* social, posto constituir uma forma de vilipendiar a segurança jurídica, a qual é tão cara e tão pouco respeitada no ordenamento jurídico brasileiro.

Os fins não justificam os meios. Mais do que nunca, se precisa ater ao *due process of law* – o processo como garantia dos meios para se poder atingir os desideratos do projeto constitucional.

De tal sorte, em face de uma ação individual do trabalho, constatando a existência do *dumping* social, deve o juiz do trabalho notificar o Ministério Público do Trabalho.

### Referências bibliográficas

AMORIN, Kelly. O *dumping* social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 99. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de agosto de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1602.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 93.941, de 16 de janeiro de 1987. Promulga o Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 de janeiro de 1987. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93941.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de março de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9019.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.539, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 13 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 1.615, de 2011. *Dispõe sobre o dumping social*. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7DC7AAFAC82440220F48B9CF04E2C83B.proposicoesWebExterno1?codteor=1316468&filename=Parecer-CTASP-01-04-2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7DC7AAFAC82440220F48B9CF04E2C83B.proposicoesWebExterno1?codteor=1316468&filename=Parecer-CTASP-01-04-2015)>. Acesso em: 13 maio 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Direito da concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012.

FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós: a crise americana e como resolvê-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim; DUTRA, Lincoln Zub. Impactos do *dumping social* na ordem econômica e ao valor social do trabalho. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano VIII, n. 15, jul./dez. 2016.

ILO – Agência Nacional de Trabalho Decente. Brasília, 2016. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo\\_brasilia/documents/publication/wcms\\_226229.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo_brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2019.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping social: relações das multinacionais e dos sujeitos de direito público interno e externo com as normas de trabalho*. *Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, n. 43, v. 4, p. 7-21, agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=43&edicao=9181>>. Acesso em: 20 maio 2019.

## DOCTRINA

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. *Direito econômico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o *dumping* ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 3, n. 1, 1º quadrimestre de 2008. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 20 maio 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O *dumping* social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, n. 91, v. 60, p. 209-221, jan./jun. 2015, p. 210. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27269>>. Acesso em: 20 maio 2019.

SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: constituições econômica e social*. São Paulo: RT, 2014, v. 3.

SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e direito internacional econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, n. 1, v. 4, p. 194-214, jan./jul. 2007. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acesso em: 20 maio 2019.

Recebido em: 12/08/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# A LICENÇA-PATERNIDADE SOB A ÓTICA FEMINISTA

## *THE PARITY LICENSE UNDER THE FEMINIST OPTICAL*

Angelo Antonio Cabral\*

Késley Karinne Souza de Oliveira\*\*

RESUMO: O presente ensaio pretende demonstrar, à luz das teorias feministas marxistas, como a licença-paternidade, criada à égide do modo de produção capitalista, potencializa a divisão sexual do trabalho, ao incentivar a desleal competição entre homens e mulheres por espaço no mercado de trabalho, no qual a masculinidade se consubstancia em fator determinante ao ingresso, manutenção, saída, formalização (dentre outros), da participação de mulheres na produção capitalista. Para a crítica que ora se elaborará, será o direito do trabalho tomado em sua essencialidade, qual seja a área que compõe o extenso rol de direitos humanos a serem materializados dentro de um Estado que se pretenda Social e Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Licença-Paternidade. Masculinidade. Competição Desleal. Feminismo.

*ABSTRACT: The present essay envisage the demonstration, from a feminist-marxist point of view, of the dynamics by which the paternity leave, created by the same seeds of the capitalist production, potentiates the sexual division of labour (SDL). The factor increases the strength of unfair competition between men and women in search of places in the labour market, in which the masculinity already plays a substantial role in the admission, maintenance, lay-off, formalization (among others), and participation of women. The criticism to be made will be based on the Labour Law taken by its essence, i.e., an area composed by an extensive list of human rights to be materialized by a State who pretends to be a Social State of Law.*

*KEYWORDS: Paternity Leave. Masculinity. Unfair Competition. Feminism.*

### 1 – Introdução

Um dos feitos alcançados com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi a adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, no qual, embora esteja mantida a lógica de produção capitalista,

---

\* Advogado doutorando na Universidade de Coimbra e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; possui especialização em Relaciones Laborales para Expertos Latinoamericanos (Universidad de Castilla-La Mancha) e pós-graduação na modalidade especialização em Direitos Fundamentais (Coimbra) e Direito do Trabalho (USP); parecerista da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central e da Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

\*\* Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-graduanda em Direitos Humanos e Segurança Pública no Brasil na Academia de Polícia Dr. Coriolano Correia Cobra (ACADEPOL); membra efetiva da DeFEMde – Rede Feminista de Juristas, e do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

passam a ser atendidas algumas necessidades básicas da classe trabalhadora. Dentre as regras elaboradas para o atendimento dessas necessidades, há tanto conquistas fruto da luta de classes como há outras que, embora aparentem trazer benefícios aos trabalhadores, foram elaboradas para manutenção da lógica do modo de produção voltado ao capital, porquanto atingem seu fim ao arrefecer os movimentos de trabalhadores com a concessão desses “aparentes direitos” ou “quase-direitos”<sup>1</sup>.

Não se olvida, portanto, a importância social da conquista na inserção do instituto da licença-paternidade na Constituição de 1988 (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;”), mas tal como os inúmeros direitos sociais previstos na Maior Lei do país, e que até hoje não possuem a respectiva disciplina legislativa, a licença-paternidade se insere no ordenamento jurídico nacional como uma garantia social aos homens, que, não obstante, potencializa a divisão sexual do trabalho, pois reforça a mulher na posição de exercente do trabalho reprodutivo, com previsão expressa na CF do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a licença-maternidade, enquanto a licença-paternidade se dará nos termos fixados em lei.

Depois de promulgada a Constituição de 1988, que previa em seu Ato de Disposições Transitórias o prazo de cinco dias para usufruto da licença-paternidade até que a lei disciplinasse a questão, a única menção posterior ao instituto consta da Lei nº 11.770/08, que criou o Programa Empresa Cidadã, e autoriza a concessão de incentivo fiscal às empresas que prorroguem a licença-maternidade, além de, sob o escopo de incentivar a paternidade responsável, aumentar o prazo da licença-paternidade de cinco para 20 dias<sup>2</sup> para as empresas que aderem ao programa.

Não há, contudo, lei que trate especificamente da licença-paternidade, estando o instituto em segundo plano na disciplina do Programa Empresa Cidadã, sem que surtam, como necessário, os efeitos pretendidos pela disposição

- 
- 1 Conceito utilizado para designar a relativização da eficácia e da eficiência do Direito Internacional ante interesses dos estados nacionais em momentos pontuais, tais como processos de justificativa de intervenções militares, e usado, no presente contexto, para fazer referência aos direitos previstos na Constituição Federal que não possuem a devida disposição legal em função da dinâmica social estabelecida pela luta de classes. José Afonso da Silva define essas disposições como “normas de eficácia limitada”, do que se extrai a opção do constituinte originário pela manutenção de determinados direitos à sorte das tensões sociais e políticas, enquanto a outras questões (majoritariamente liberais), as disposições constitucionais são demasiadamente minuciosas.
  - 2 “Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (...) II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

constitucional no contexto em que foi criada. Em contrapartida, a licença-paternidade se materializa como benefício previdenciário ao homem que se torna pai, mas infere que sua responsabilidade de cuidado para com a criança está limitada ao minguido prazo de cinco dias, enquanto à mulher, ainda que em recuperação decorrente de eventuais particularidades relacionadas a seu parto, tem o dever de cuidado estendido do por 120 dias.

A ausência de previsão constitucional de prazo para o usufruto do benefício da licença-paternidade é, conforme se defenderá, decorrente da lógica volvida no modo de produção capitalista, na qual o trabalho reprodutivo (trabalho não remunerado) sempre sobra à figura da mulher.

## 2 – Breve histórico

Qualquer estudo que pretenda compreender a materialidade das relações estabelecidas no modo de produção capitalista deve tomar em conta as lições de Silvia Federici, escritora, professora, e ativista feminista, autora de uma das mais importantes obras sobre trabalho doméstico, reprodução e luta feminista, o livro “Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação”.

Nas lições de Federici, ao tratar da transição econômico-social ocorrida do fim da Idade Média para a Idade Moderna:

“(…) as mulheres foram as que mais sofreram quando a terra foi perdida e o vilarejo comunitário se desintegrou. Isso se deve, em parte, ao fato de que para elas era muito mais difícil tornarem-se ‘vagabundas’ ou trabalhadoras migrantes, pois uma vida nômade as expunha à violência masculina, especialmente num momento em que a misoginia estava crescendo. As mulheres também tinham mobilidade reduzida, devido à gravidez e ao cuidado dos filhos, um fato ignorado pelos pesquisadores que consideram que a fuga da servidão (por meio da migração e outras formas de nomadismo) seja a forma paradigmática de luta. As mulheres tampouco podiam se tornar soldados pagos, apesar de algumas terem se unido aos exércitos como cozinheiras, lavadeiras, prostitutas e esposas; porém, essa opção também desapareceu no século XVII, à medida que, progressivamente, os exércitos foram sendo regulamentados e as multidões de mulheres que costumavam segui-los foram expulsas dos campos de batalha (KRIEDTE, 1983, p. 55). As mulheres também se viram prejudicadas pelos cercamentos, porque assim que a terra foi privatizada e as relações monetárias começaram a dominar a vida econômica, elas passaram a encontrar dificuldades maiores do que as dos homens para

se sustentar, tendo sido confinadas ao trabalho reprodutivo no exato momento em que este trabalho estava sendo absolutamente desvalorizado. Conforme veremos, esse fenômeno, que acompanhou a mudança de uma economia de subsistência para uma monetária, pode ser atribuído a diferentes fatores em cada fase do desenvolvimento capitalista. Fica claro, todavia, que a mercantilização da vida econômica forneceu as condições materiais para que isso ocorresse.”<sup>3</sup>

Conforme sustenta a autora, numa das mais brilhantes leituras marxistas da atualidade, na Europa pré-capitalista vigia a economia de subsistência, na qual havia uma unidade entre produção e reprodução, típica de todas as sociedades baseadas na “produção para o uso”. No capitalismo, atividades produtivas e reprodutivas se transmudaram a ponto de portar outras relações sociais, e foram paulatinamente sendo sexualmente diferenciadas.

Federici sustenta que no novo regime monetário, volvido à “produção para o mercado” como atividade criadora de valor, o trabalho reprodutivo, qual seja, o trabalho que, segundo Marx, não gera mercadoria<sup>4</sup>, deixou de ser considerado um trabalho, pois a reprodução do trabalhador passou a ser considerada como algo sem valor, em que pese fosse remunerado – com valores muito inferiores ao ideal, quando exercido para senhores ou fora do lar.

Citem-se as palavras da autora quanto à consequência desse fenômeno:

“(…) a importância econômica da reprodução da força de trabalho realizada no âmbito doméstico e sua função na acumulação do capital se tornaram invisíveis, sendo mistificada como uma vocação natural e sendo designada como ‘trabalho de mulheres’. Além disso, as mulheres foram excluídas de muitas ocupações assalariadas, e, quando trabalhavam em troca de pagamento, ganhavam uma miséria em comparação com o salário masculino médio. Essas mudanças históricas – que chegaram ao auge no século XIX, com a criação da figura da dona de casa em tempo integral – redefiniram a posição das mulheres na sociedade e com relação aos homens. A divisão sexual do trabalho que emergiu daí não apenas

---

3 FEDERICI, Silva. *Calibã e a bruxa*: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Trad. coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017. p. 132-133.

4 Para Marx, a menor parte do capitalismo é a “mercadoria”, partícula a partir da qual realiza seu estudo sobre esse modo de produção. É na mercadoria que Marx identifica a apropriação da mais-valia pelo capitalista (pagamento a menor em contraprestação à força de trabalho dispendida pelo trabalhador para produção de determinada mercadoria). Deveras, como a força de trabalho é, dentro do modo de produção capitalista, uma mercadoria, então há que se considerar a possibilidade de compreensão do trabalho reprodutivo como gerador da mercadoria força de trabalho (gerir, cuidar e educar para o exercício da mão de obra assalariada). *O Capital* (Volume I).

## DOCTRINA

sujeitou as mulheres ao trabalho reprodutivo, mas também aumentou sua dependência em relação aos homens, permitindo que o Estado e os empregadores usassem o salário masculino como instrumento para comandar o trabalho das mulheres. Dessa forma, a separação efetuada entre produção de mercadorias e reprodução da força de trabalho também tornou possível o desenvolvimento de um uso especificamente capitalista do salário e dos mercados como meios para a acumulação de trabalho não remunerado.”<sup>5</sup>

É com base nas lições de Federici, construída sob o materialismo histórico e dialético de Karl Marx, e de tantas outras autoras, dentre elas a brasileira Heleieth Saffioti, que se constrói o feminismo marxista, que, segundo Mirla Cisne, em “Feminismo e Marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais”<sup>6</sup>, perfaz-se numa em ramo teórico de suma importância na luta por uma igualdade social substantiva. E completa a autora:

“A classe, portanto, não é uma massa homogênea, mas tem ‘raça’/etnia e sexo e o capitalismo utiliza dessas dimensões como ‘uma estratégia de ‘dividir para reinar’” (Souza-Lobo, 2011, p. 173). Cada uma das particularidades estruturantes da classe – sexo – ‘raça’/etnia, imprime determinações e implicações diferenciadas para as mais variadas desigualdades e opressões. Assim é que as mulheres brancas ganham salários inferiores aos dos homens brancos e superiores aos das mulheres negras e aos dos homens negros; ao mesmo tempo, mulheres brancas podem sofrer violência de um homem negro; a vivência do racismo e da LGBTfobia se diferem segundo a classe; assim como mulheres podem explorar mulheres numa relação de classe. De tal forma que nenhuma das relações sociais (de sexo, raça e classe) podem ser analisadas isoladamente, em virtude das inter-relações de poder que permeiam.”

É, portanto, sob tais postulados que será realizada a análise do instituto da licença-paternidade, uma das maiores evidências da veracidade por trás das elucubrações e produções feminista-marxistas, como ora se demonstrará.

---

5 *Idem*, p. 132-133.

6 CISNE, Mirla. Feminismo e marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 132, p. 211-230, mai./ago. 2018. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n132/0101-6628-sssoc-132-0211.pdf>>.

### 3 – A licença-paternidade no Brasil

Importa destacar a conexão, sabiamente estabelecida por Federici, entre ação do Estado e das empresas e o uso do salário masculino como instrumento para comando e controle do trabalho das mulheres, pois é nesse liame que se insere a licença-paternidade.

O instituto foi inserido pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1988, da qual consta no art. 7º que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIX – *licença-paternidade, nos termos fixados em lei*”. Não há, contudo, conforme já mencionado neste ensaio, lei que discipline a licença-paternidade, e seu prazo (cinco dias) está previsto apenas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estendida para 20 dias aos trabalhadores que laborem em empresas participantes do “Programa Empresa Cidadã”, enquanto à mulher, ainda que em recuperação decorrente de eventuais particularidades relacionadas a parto, o dever de cuidado está constitucionalmente previsto no inciso XVIII do art. 7º da CF/88 (120 dias).

Embora se admita que o corpo da mulher passe por processo de recuperação no período denominado “pós-parto”, o prazo estabelecido no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988 não considera essa necessidade, pois o prazo de recuperação varia entre as mulheres de acordo com, dentre outros fatores, o biotipo genético e tipo de parto realizado, razão pela qual se deduz que a fixação de prazo de 120 dias para que a mulher permaneça em casa é, não obstante, decorrente da ideia patriarcal de que à mulher deve restar o dever de cuidado, com os filhos e com a casa, dever que se inicia muito antes da gestação da qual decorre a licença, mas da própria condição de mulher dentro do modo de produção capitalista.

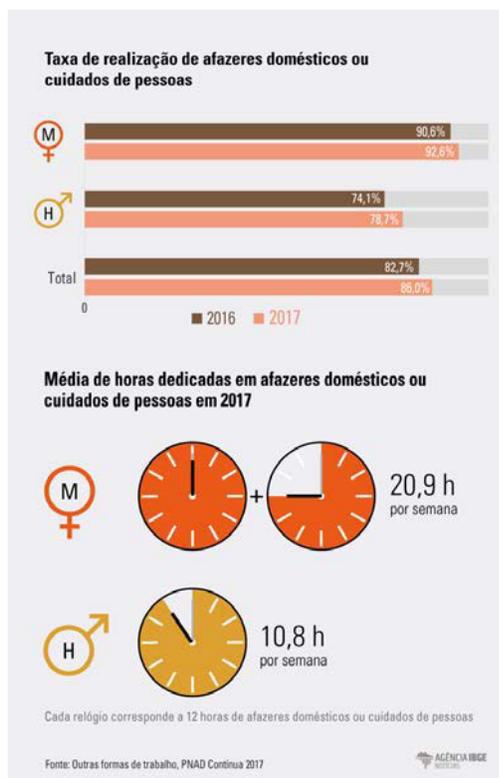
A dedução ora realizada, mais que a mera informação de que a recuperação das mulheres varia a depender de inúmeros fatores, também toma em conta o fato de que, findada a licença, o dever de cuidado permanece com a mulher.

Segundo o IBGE, em módulo da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2017<sup>7</sup>, as mulheres brasileiras continuam a trabalhar com afazeres domésticos e no cuidado de pessoas, por semana, o dobro do tempo dos homens:

---

7 Indicadores IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* – Março de 2017. Disponível em <[http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/05/pnadc\\_201703\\_comentarios.pdf](http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/05/pnadc_201703_comentarios.pdf)>.

## DOCTRINA



(imagem extraída do *site* da agência de notícias do IBGE)<sup>8</sup>

Para além, a previsão de licença-maternidade em período temporal muito superior ao da licença-paternidade gera desincentivo à contratação de mulheres ou a sua permanência no mercado de trabalho. Pesquisa recente realizada por Cecília Machado, por meio da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostra que “48% das mulheres que gozaram de licença-maternidade foram demitidas em até dois anos do retorno a seu posto de trabalho”<sup>9</sup>.

A licença-paternidade de cinco dias se consubstancia, portanto, tal como aludido por Federici, num instrumento, dentre tantos outros, por meio do qual Estado e empresas continuam a determinar a participação das mulheres no

8 Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20912-mulheres-continuam-a-cuidar-mais-de-pessoas-e-afazeres-domesticos-que-homens>>.

9 MACHADO, Cecília; PINHO NETO, V. *The labor market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil*. Pesquisa “Thinktank” da Fundação Getúlio Vargas. Dez. 2016. Disponível em: <[https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the\\_labor\\_market\\_consequences\\_of\\_maternity\\_leave\\_policies\\_evidence\\_from\\_brazil.pdf](https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf)>.

sistema de produção, além do expresse incentivo (licença-maternidade de 120 dias) para que realizem apenas o trabalho reprodutivo, demasiado desvalorizado e realizado, com exceção do emprego doméstico, sem qualquer remuneração.

Como resultado, “a mulher fica impossibilitada de atuar na vida política, de seguir sua carreira no trabalho e de efetuar outras atividades, frente à exigência de que deve cuidar sozinha de sua família e de sua casa, ficando, portanto, excluída das decisões de vários aspectos da vida privada e pública”<sup>10</sup>.

Em contrapartida, aos homens são concedidos, desde muito pequenos, todos os privilégios inerentes à ideia da masculinidade, conceito que se delinea a depender do contexto, mas que possui uma essência, no sentido de se manifestar sempre sob a mesma base:

“A criança do sexo masculino, ainda educada segundo o modelo hegemônico de masculinidade que valoriza a virilidade, quando se torna pai, se vê diante de crescentes demandas por uma paternidade comprometida com o afeto e o cuidado, algo que, de algum modo, contradiz a formação de sua personalidade enquanto macho.”<sup>11</sup>

Daí a compreensão de que extensão do prazo da licença-paternidade é útil, ainda que sob a égide do modo de produção capitalista, ao alcance da “igualdade substantiva”<sup>12</sup>, pela equação da relação entre gênero e desenvolvimento, com a promoção da difícil conjunção entre política econômica e os direitos humanos da mulher.

Ideal é que, à luz da busca pela igualdade material entre homens e mulheres, preconizada pelo *caput* do art. 5º da Constituição, no qual se lê que homens e mulheres são iguais perante a lei, seja fixada em lei específica que discipline o exercício da paternidade responsável, a licença-paternidade com prazo de 120 dias, tal como é o prazo da licença-maternidade, pois o dever de cuidado com a criança é dever do homem na mesma medida em que o é da mulher.

Tramitam na Câmara de Deputados cerca de 278 projetos com a pretensão de regulamentar a licença-paternidade, dentre os quais o PL nº 7.153/2017, de

---

10 THOMÉ, Candy Florencio. A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009, p. 46.

11 MARQUES, Stanley Souza. Ampliar a licença-paternidade para despatriarcalizar o Estado e a sociedade. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas*, Universidade Federal da Paraíba, n. 1, 2015, p. 252.

12 GUIMARÃES, Nadya Araújo. *A igualdade substantiva e os novos desafios nas relações de gênero no trabalho*. Instituto de Gênero da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 24, n. 2, maio-ago. 2016, p. 639.

autoria do Deputado Francisco Floriano do DEM/RJ, do qual consta previsão de ampliação de um dia para 30 dias o prazo para o empregado deixar de comparecer ao trabalho, sem prejuízo de seu salário, em caso de nascimento de filho(a), e a inserção do art. 473-A, que dispõe:

“Art. 473-A. O empregado poderá prorrogar o benefício da licença-paternidade previsto no inciso III do art. 473 por, no máximo, o mesmo período da licença-maternidade concedido à mãe, mediante a redução pela metade do salário na ativa.

I – o beneficiado pela licença-paternidade prorrogada não poderá exercer qualquer atividade remunerada durante o novo período da licença-paternidade.

II – o descumprimento do disposto no inciso I implicará o cancelamento da prorrogação da licença-paternidade e o registro da ausência como falta ao serviço.

III – o disposto neste Artigo é aplicável a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança”. (Grifado)

É interessante observar, ainda, a justificativa apresentada para apresentação do projeto, no qual a regulamentação da licença-paternidade é necessária, não para incentivar a participação dos pais no cuidado dos filhos, mas por um suposto aumento dessa participação, sem que tenha a realidade sido acompanhada pela legislação:

“A licença-paternidade criada em 1988 pelo inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal, está, há quase 27 anos, sem regulamentação legal.

Aos menos 40 projetos de lei tramitam nessa Casa visando a essa regulamentação. São propostas diversas cujo período da licença varia de 10 a 90 dias.

Enquanto isso, vigora a regra de transição prevista no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de que a licença-paternidade é de apenas cinco dias.

Nesses anos todos, houve uma grande evolução nas relações familiares. Os homens passaram a participar mais da criação dos filhos, transformando-se em verdadeiros meeiros nessa missão, que antes era quase que totalmente cumprida pelas mulheres.

Porém, a legislação brasileira não acompanhou essa realidade. Sem dúvida, ela muito beneficiou as mulheres, permitindo-lhes compatibilizar

o sonho de ser mãe e profissional, por meio da ampliação do período da licença-maternidade que pode chegar até a seis meses, de ausência ao serviço, sem prejuízo do emprego e do salário. Esse benefício chega bem próximo aos concedidos pelos países com maiores índices de desenvolvimento humano. Mas muito pouco foi garantido aos trabalhadores.

Aos homens, como responsáveis exclusivos pela criação dos filhos, apenas são asseguradas as licenças previstas nos arts. 392-B (em caso de morte da genitora, quando pode gozar a licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe) e 392-C (em caso de adoção ou guarda).

Resta agora a regulamentação de licenças que possibilitem o compartilhamento, pelos cônjuges, dos cuidados com os filhos.

É o que propomos com o presente projeto de lei. Primeiro, sugerimos que o prazo da licença-paternidade seja de 30 dias a ser gozada pelo período de um ano, após o nascimento do filho. Segundo, que essa licença possa ser ampliada por um ano, mas sem remuneração. Para evitar que o empregado possa ser dispensado imediatamente após a prorrogação da licença, propomos ainda lhe conceder uma garantia de emprego até cinco meses após o término da licença.

A prorrogação da licença para os homens, sem remuneração, pode ser uma opção para quando o pai ficar responsável pelos cuidados da criança e a mãe, pelo custeio das despesas da família, por um determinado período, quando isso se mostrar, financeiramente, adequado ao casal. Ante o exposto, pedimos o apoio dos ilustres pares para a aprovação do presente projeto de lei.<sup>13</sup>

Em que pese a errônea premissa de que a licença-paternidade deve ser regulamentada em razão do aumento da participação dos homens no cuidado com os filhos, e como benefício que traz consequências legais apenas à figura masculina, o projeto traz na justificção a questão fundamental à regulamentação do instituto: a necessidade de que o homem participe do cuidado dos filhos!

#### 4 – O instituto em outros ordenamentos jurídicos

No norte da Europa, uma das poucas referências mundiais na elaboração de políticas públicas em favor das mulheres (ante a já constatada desigualdade material, a ser superada pela formulação jurídica do direito), políticos e

---

13 O texto do projeto se encontra disponível na *site* da Câmara dos Deputados, no *link*: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1382304](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1382304)>.

formuladores de políticas públicas, como informa Sara Cools, Jon. H. Fiva e Lars J. Kirkebøen<sup>14</sup>, acreditam firmemente que a licença-paternidade fortalece a posição das mulheres no mercado de trabalho, reduz a disparidade salarial entre os gêneros (numa leitura binária e ainda um tanto precária), bem como dá às crianças efetiva oportunidade de se relacionar com seus pais, com a possibilidade da devida recíproca dos progenitores com seus filhos.

Os autores mencionam em seu estudo um programa de longa duração elaborado pelo governo norueguês e aplicado entre os anos de 1990 e 1993, do qual constava, em tradução livre que “para fortalecer o papel do pai na vida do filho, é importante que ele participe da assistência infantil durante o primeiro ano da criança”<sup>15</sup>.

A ampliação da licença-paternidade na Noruega, que se deu com base na compreensão de que o pai deve participar tanto quanto a mãe do cuidado para com os filhos (as) recém-nascidos (as), e o igual compartilhamento, pelos pais, da denominada “licença-parental”, desfez a ideia de que a licença para cuidado é exclusiva da mãe, e reforçou, no imaginário dos homens noruegueses, a necessidade de mudança em sua postura no meio social.

Não basta que haja, contudo, previsão legal de divisão do período de licença para cuidado da criança recém-nascida, se os homens não fizerem uso dessa previsão. É necessário que os homens se utilizem do benefício para que haja efetiva mudança de paradigma em relação à questão.

Segundo estudo realizado pela OECD – Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico<sup>16</sup>, Japão e Coreia do Sul possuem, a título exemplificativo, previsões legais ampliativas da licença-paternidade (um ano de licença apenas para o pai), mas pouquíssimos homens optam por se afastar quando têm filhos, e, por consequência, mantêm a obrigação do cuidado com as mulheres, que usam mais do benefício em decorrência do parto. A mesma falta de adesão (ou simplesmente uso do benefício) ocorre na Austrália e na Polônia. Em contrapartida, nos países nórdicos e em Portugal a proporção de homens que utilizam da licença-parental ultrapassa os 40% (quarenta por cento), segundo o mesmo estudo.

---

14 COOLS, Sara; FIVA, Jon. H.; KIRKEBØEN, Lars J. *Causal effects of paternity leave on children and parents*. CESifo Working Paper, n. 3513. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/49474/1/664390196.pdf>>. p. 2.

15 *Idem*, p. 2: “To strengthen the father’s role in his child’s life, it is important for him to participate in childcare during the child’s first year”.

16 *Parental leave: where are the fathers. Policy Brief* sem autoria, publicado sob a responsabilidade da Secretaria Geral da OECD – Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico. mar. 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/policy-briefs/parental-leave-where-are-the-fathers.pdf>>.

A análise do instituto em outros ordenamentos jurídicos revela nítida tendência à ampliação da licença-paternidade, principalmente se observados os países plenamente desenvolvidos. E essa tendência tem se materializado dentro do capitalismo, embora encontre respaldo em teorias socialistas, do que se extrai a natureza híbrida e transitória do *Welfare State* implementado nesses países, no quais já se supera, aos poucos, o binômio do trabalho produtivo e reprodutivo.

### 5 – Considerações finais

Como sabiamente expõe Stanley Souza Marques, em artigo publicado no Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraíba, na mesma linha do que se defendeu no presente ensaio:

“(...) a responsabilidade atribuída às mulheres pelo trabalho e organização da vida doméstica é indicativo de uma divisão sexual do trabalho intocada. No interior do arranjo familiar tradicional o conflito entre vida laboral e demandas familiares que, em regra, diz respeito à mulher e não ao homem, continua a ser solucionado com pouca (ou nenhuma) dificuldade a partir de rígidos referenciais patriarcais: o homem como provedor material e o ‘naturalizado’ destino materno de dedicação afetiva à família.”<sup>17</sup>

A questão está longe de solução efetiva, pois à luz dos ensinamentos de Fiderici, baseada nos escritos de Marx, é o trabalho reprodutivo não remunerado que sustenta as sociedades pós-modernas, porquanto a igualdade nas relações de gênero e a elevação do trabalho reprodutivo pode, em tese, dar azo a outro sistema diferente do capitalismo, ou pode ser viável dentro da lógica do capital, no qual os sistemas de exploração se renovam, como ocorre há cerca de 600 anos.

Mas longe de finalizar este ensaio com elucubrações utópicas, tampouco pessimistas, os ensinamentos de Marx devem ser utilizados, dentre outras possibilidades, para compreender a lógica do capital e trabalhar com os instrumentos que estão disponíveis.

É talvez improvável que se alcance a igualdade de gênero dentro da visão binária de homem e mulher com a mera extensão do período da licença-paternidade, mas talvez seja esse instituto, pela evidência com que se dá o tratamento legislativo a homens e mulheres, a chave para as mudanças estruturais pretendidas pelo movimento feminista, e que ocorrem de forma paulatina, como já é notório na história.

---

17 Ampliar a licença-paternidade para despatriarcalizar o Estado e a sociedade, p. 245-246.

## DOCTRINA

Na década de 1920, as sufragistas europeias conquistaram, sob muita luta e resistência, o direito ao voto, o que só passou a compor o rol de direitos das mulheres brasileiras na década de 1960. Desde a conquista ao voto, década a década, outros direitos foram sendo conquistados, sempre sob o escopo de atingir, juridicamente, o mesmo *status* de sujeito de direito direcionado apenas à figura masculina.

Talvez no próximo século recebam os mesmos salários, no próximo tenham seus companheiros cuidando também dos filhos, e um dia, quem sabe, sejam reconhecidas por seu potencial e não como meras reprodutoras de força de trabalho assalariado.

### Referências bibliográficas

CISNE, Mirla. Feminismo e marxismo: apontamentos teórico-políticos para o enfrentamento das desigualdades sociais. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 132, p. 211-230, maio/ago. 2018.

COOLS, Sara; FIVA, Jon. H.; KIRKEBØEN, Lars J. *Causal effects of paternity leave on children and parents*. CESifo Working Paper, n. 3513.

FEDERICI, Silva. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Trad. coletivo *Sycorax*, São Paulo: Elefante, 2017.

GUIMARÃES, Nadya Araújo. *A igualdade substantiva e os novos desafios nas relações de gênero no trabalho*. Instituto de Gênero da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 24, n. 2, maio/ago. 2016.

\_\_\_\_\_. A igualdade substantiva e os novos desafios nas relações de gênero no trabalho. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 639-643, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1805-9584-2016v24n2p639>>. DOI: 10.1590/1805-9584-2016v24n2p639.

MACHADO, Cecilia; NETO, V. Pinho. *The labor Market consequences of maternity leave policies: evidence from Brazil*. Pesquisa “Thinktank” da Fundação Getulio Vargas. Dez. 2016.

MARQUES, Stanley Souza. Ampliar a licença-paternidade para despatriarcalizar o Estado e a sociedade. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas*, Universidade Federal da Paraíba, n. 1, 2015.

OECD POLICY BRIEF. *Parental leave: where are the fathers. Policy Brief* sem autoria, publicado sob a responsabilidade da Secretaria Geral da OECD – Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico. Mar. 2016.

THOMÉ, Candy Florencio. *A licença-paternidade como desdobramento da igualdade de gênero: um estudo comparativo entre Brasil e Espanha*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 50, n. 80, p. 41-53, jul./dez. 2009.

Recebido em: 21/01/2019

Aprovado em: 07/11/2019

# DA SUBSTITUIÇÃO SINDICAL: ASPECTOS PROCESSUAIS E EXTRAJUDICIAIS

## *TRADE UNION REPLACEMENT: PROCEDURAL AND EXTRAJUDICIAL ASPECTS*

**Bruna Casimiro Siciliani\***

**RESUMO:** As mudanças trazidas pela reforma trabalhista têm suscitado tormentosas discussões a respeito da representatividade sindical e da defesa coletiva pelos sindicatos. Este trabalho tem por objetivo investigar se pode o sindicato limitar a abrangência de sua legitimação para a defesa dos interesses da categoria profissional, restringindo os efeitos das ações coletivas e das negociações coletivas tão somente aos filiados, excluindo dos não associados os benefícios alcançados. Na primeira parte, é realizado o estudo da substituição processual, distinguindo-a da hipótese de representação, a fim de investigar a figura da substituição processual pelos sindicatos. Na segunda parte, partindo dos resultados obtidos com a análise da legitimação processual, o estudo analisará a hipótese da substituição sindical especificamente quanto aos instrumentos coletivos de negociação. O método utilizado é o analítico-dedutivo na primeira parte, e o analítico-indutivo na segunda parte, valendo-se de revisão bibliográfica sobre os institutos objeto de análise, cotejando-se com a base legal vigente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimação Extraordinária. Substituição Processual. Substituição Sindical.

*ABSTRACT: The changes brought about by the labor reform have caused stormy discussions about union representation and collective defense by unions. This paper aims to investigate whether the union can limit the scope of its legitimacy for the defense of the interests of the professional category, restricting the effects of collective actions and collective bargaining only to affiliates, excluding the non affiliates of the benefits achieved. In the first part, the study of procedural substitution is carried out, distinguishing it from the hypothesis of representation, in order to investigate the figure of procedural substitution by unions. In the second part, starting from the results obtained with the analysis of procedural legitimation, the study will analyze the hypothesis of union substitution specifically regarding collective bargaining instruments. The method used is the analytical-deductive in the first part, and the analytical-inductive in the second part, using a literature review about the institutes under analysis, comparing with the current legal basis.*

**KEYWORDS:** Extraordinary Legitimation. Procedural Substitution. Union Replacement.

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

## 1 – Introdução

**A**s mudanças trazidas pela reforma trabalhista no âmbito do direito coletivo do trabalho, especialmente no tocante às contribuições sindicais, têm suscitado tormentosas discussões a respeito da representatividade sindical e da defesa coletiva. Muitos sindicatos têm afirmado que, diante dessas mudanças, a sua atuação se restringirá aos filiados contribuintes, suprimindo de sua defesa aqueles que não desejarem a associação. Nesse diapasão, questiona-se: pode o sindicato limitar a abrangência de sua legitimação para a defesa dos interesses da categoria profissional? Podem as ações coletivas e negociações coletivas gerarem efeitos tão somente aos filiados, excluindo dos não associados os benefícios alcançados?

Com o objetivo de verificar a possibilidade ou não de o sindicato poder limitar a defesa da categoria tão somente aos seus filiados tanto na esfera judicial como na extrajudicial, este trabalho iniciará, na primeira parte, com o estudo da substituição processual, distinguindo-a da hipótese de representação, a fim de investigar a figura da substituição processual pelos sindicados. Em um segundo momento, partindo dos resultados obtidos com a análise da legitimação processual, a pesquisa analisará a hipótese de substituição sindical especificamente quanto aos instrumentos coletivos de negociação.

O método utilizado é o analítico-dedutivo na primeira parte, e o analítico-indutivo na segunda parte, valendo-se de revisão bibliográfica sobre os institutos objeto de análise, cotejando-se com a base legal vigente.

## 2 – A substituição processual

A legitimação *ad causam* pode ser compreendida como o atributo jurídico que confere a alguém a possibilidade de pleitear em juízo algum direito. Embora seja um conceito de natureza processual, consoante leciona Araken de Assis (2015), existe um ponto de contato entre o autor da ação processual e o titular do direito material. Ainda que, em regra, só o titular de um direito pode reclamá-lo em juízo, isso não permite que se confunda a legitimação e a titularidade do direito material, já que se supõe a legitimação para agir pela simples alegação pela parte acerca da titularidade do direito subjetivo postulado na peça inicial.

Tradicionalmente, a legitimação *ad causam* é dividida entre legitimação ativa, própria daquele que deduz pretensão em juízo, isto é, o autor da lide, e passiva, relativa àquele em face de quem se deduz a pretensão, ou seja, o réu da demanda. Do exposto em José Frederico Marques (1959), para que haja

## DOCTRINA

interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. Assim, considera-se autor com legitimidade para agir aquele que, à primeira vista, parece ter o direito subjetivo de exigir alguma coisa, e réu com legitimidade para sofrer demanda, aquele que hipoteticamente deve fazer ou prestar o que lhe é pedido.

A doutrina costuma classificar a legitimidade de partes em legitimação ordinária e extraordinária, conforme a situação legitimante coincida ou não com a posição assumida pela parte no processo (SILVA, 2003).

Quando a chamada situação legitimante, ou a relação legitimante, como a denomina Luigi Monacciani (1951), coincide com a pessoa que promove a ação, apresenta-se a legitimação ordinária. Como regra, o legitimado para a causa é aquele que a norma de direito objetivo material atribui, em abstrato, a titularidade do direito subjetivo ou do dever jurídico afirmado em juízo. Têm legitimidade para a ação as pessoas que sejam as partes da relação jurídica de direito material afirmada na causa e, como tal, definidas pelo direito objetivo.

Quando situação legitimante pertence à pessoa diversa daquela legitimada para a ação, diz-se que há substituição processual, ou seja, a pessoa que figura na relação processual como parte não é a mesma pessoa titular da relação de direito material deduzida em juízo.

A legislação processual brasileira traz a previsão da legitimação ordinária como regra no art. 18 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019a), ao dispor que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico, concedendo de forma excepcional a legitimação para agir à pessoa que não seja titular do direito material quando autorizado pelo ordenamento jurídico. É preceito similar ao encontrado no art. 81 do Código de Processo Civil italiano (ITÁLIA, 2019), o qual dispõe que “afora os casos previstos expressamente na lei, ninguém pode pleitear em seu nome direito alheio”.

A substituição processual trata-se, portanto, de uma hipótese de legitimação extraordinária. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (1971) noticia que coube a Josef Köhler o mérito de ter estudado pela primeira vez o fenômeno da substituição processual. O conceito passou para o processo civil através de Hellwig, e, após um período de desenvolvimento pela doutrina alemã, foi introduzido no direito processual civil italiano por Chiovenda.

Segundo Chiovenda (1965), o sujeito privado da relação processual não é sempre, necessariamente, o sujeito da relação material deduzida na lide. Neste ponto, é importante que já sejam tecidas considerações acerca da distinção entre

## DOCTRINA

a substituição processual e a representação. Na substituição processual, a parte age, em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio. Nas palavras de José Frederico Marques (1962, p. 224-225), “trata-se de fenômeno ligado à *legitimatío ad causam* (é caso de legitimação extraordinária), pois a substituição processual ocorre quando alguém está legitimado em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, para a defesa do direito de outrem”.

O mesmo não ocorre com a representação. Nesta, o representante defende direito do representado, em nome deste, e não em nome próprio. Na representação, a titularidade da ação é do representado. A parte, na relação processual, é o representado e não o representante. Na lição de Chiovenda (1965), o representante processual age em nome de outrem, de modo que parte na causa é verdadeiramente o representado, enquanto o substituto processual age em nome próprio e é parte na causa. Já na substituição processual, o substituto é o titular da ação, parte na relação processual. O substituto é autorizado pela lei, ou pelo ordenamento jurídico, a estar em juízo pelo direito de outrem, porque, de um lado, tem-se em vista a existência de uma relação em que ele, o substituto, se encontra com o sujeito do direito, o substituído; e, de outro lado, a atividade que ele, substituto, desenvolve tem necessariamente influência e eficácia em relação ao sujeito do direito pelo que ele litiga.

Na substituição processual, como observa Calamandrei (1970), há a manifestação de um fenômeno mais amplo do que o da representação, qual seja o da separação entre a titularidade do direito material e do direito de ação.

Calamandrei (1970, p. 478-479) identifica em sua doutrina dois casos em que ocorre o que ele denominou de “excepcional cisão entre o direito o poder de fazê-lo valer em juízo”. O primeiro caso é o da legitimação por categoria, no qual o poder de agir para modificar judicialmente uma certa relação ou *status* pertence à pessoa integrante de um certo âmbito familiar ou social, pessoa essa diversa daquela que é diretamente parte da relação controvertida. O segundo caso é exatamente aquele da substituição processual, a qual se distingue da outra figura pela natureza do interesse que legitima o substituto a fazer valer em juízo o direito do substituído.

Observa Calamandrei, na linha esboçada por Chiovenda e apresentada acima, que a substituição processual tem uma característica especial, que não se passa nos demais casos de legitimação extraordinária. Para este autor (CALAMANDREI, 1970), o substituto processual, de fato, é legitimado a fazer valer em juízo o direito de outro, porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação jurídica de caráter substancial, pela qual através do direito do substituído vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio.

## DOCTRINA

Seguindo essa linha de pensamento, Luigi Monacciani (1951) aponta dois tipos de substituição processual em sua doutrina, classificando-as em duas categorias. A primeira, aquela em que da existência do direito subjetivo material do substituído depende a existência de um direito do substituto; e a segunda, aquela em que da inexistência de um direito do substituído depende a existência de obrigação do substituto. Na primeira hipótese, a atividade do substituto se resolve em uma defesa indireta da própria esfera jurídica, mediante específica tutela da condição ou pressuposto de uma particular situação ativa; na segunda hipótese, aquela defesa indireta se resolve em uma tutela contra a condição ou pressuposto de uma situação passiva.

Essas premissas só autorizam falar de substituição processual quando entre substituto e substituído houver uma relação ou situação tal que o exercício do afirmado direito do substituído importa em atender, de alguma forma, interesse juridicamente relevante do substituto. É exatamente por isso que ao substituto se lhe concede legitimação para agir em nome do substituído.

Da relação entre o substituto e o substituído é que decorre a legitimação para a causa do substituto, o qual passa a defender, em nome próprio e no seu interesse, direito do substituído. Não ocorrendo tal relação, não se estará perante caso de substituição processual. Se o autor do processo estiver fazendo valer, em juízo, um direito de outro em nome desse outro, há representação, e não substituição.

No entanto, Calamandrei (1970) identificou uma figura a qual qualificou de intermediária, entre a substituição e a representação. Entre a figura do substituto e a figura do representante, a lei oferece diversas figuras intermediárias de sujeitos legitimados a fazer valer um direito alheio em nome próprio, o que faz pensar formalmente em substituição, mas no interesse alheio, o que reclamaria substancialmente a representação.

Um exemplo contido no direito italiano e referido por Calamandrei (1970) era o do artigo 76 da legislação processual vigente à época da realeza italiana. Por força daquele dispositivo, a família real era substituída em juízo pelo Ministro da Casa Real. Nesse caso, o Ministro defenderia, em nome próprio, direito da Casa Real, mas no interesse desta, razão pela qual não poderia ser, a teor da definição adotada, uma hipótese de substituição. Não poderia também ser uma hipótese de representação, pois o Ministro agia em nome próprio, por determinação expressa da lei. Por esse motivo, Calamandrei optou por adotar a expressão “figura intermediária”.

O ordenamento jurídico brasileiro oferece várias hipóteses daquilo que Calamandrei chamou de “figura intermediária”. Cita-se meramente como exemplo a legitimação do cidadão, na ação popular, em que defende direito coletivo, prevista pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 2019b), e a do partido político, com representação no Congresso Nacional, no mandado de segurança coletivo, cuja previsão encontra-se no art. 5º, LXX, da Carta Magna (BRASIL, 2019b). Também a disposição contida no art. 8º, III, da Lei Maior (BRASIL, 2019b), ao tratar da hipótese em que o sindicato faz valer, em nome próprio, direito dos empregados de sua categoria.

A legislação brasileira não faz distinção entre a substituição processual propriamente dita e a substituição processual chamada de “figura intermediária” por Calamandrei, sendo dispensável em ambos os casos a autorização do titular do direito material, isto é, o substituído. Como a presente pesquisa tem como foco o estudo da substituição processual pelos sindicatos, o tema passará a ser abordado na sequência, sob esse viés especificamente.

### **3 – A substituição processual pelos sindicatos**

A substituição processual pelos sindicatos está prevista pelo art. 8º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 2019b), o qual dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Esse tipo de legitimação extraordinária está situado no âmbito das relações jurídicas que envolvem pessoas, no caso, os substituídos.

Não existe controvérsia quanto ao fato de o art. 8º, III, da Carta Constitucional conferir ao sindicato legitimidade para defender, em juízo, direitos e interesses coletivos e individuais dos integrantes da categoria. A norma é expressa a respeito.

Dito isso, faz-se necessário analisar os conceitos contidos na previsão constitucional e relacionar tais conceitos com a legitimação *ad causam*.

A Constituição outorga ao sindicato a titularidade para a defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, bem como dos direitos e interesses individuais da categoria. Convém precisar uma importante distinção: uma coisa é a defesa de direitos coletivos, outra coisa é a defesa coletiva dos direitos individuais (ZAVASCKI, 1995).

Quanto aos primeiros, a toda evidência, trata-se da defesa de direitos coletivos, possuindo o sindicato o monopólio da legitimação para promover os dissídios coletivos. Já quanto aos direitos e interesses individuais da catego-

ria, trata-se de defesa coletiva de direitos individuais. Entretanto, para isso ser possível, essa só é admissível nos casos de direitos individuais de trabalhadores que sejam comuns aos integrantes da categoria ou de parte dela.

São os chamados “direitos homogêneos”, que decorrem do fato de possuírem uma origem comum, conforme a previsão do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2019c). Consoante a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli (2010), tratam-se de interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas que compartilham prejuízos divisíveis surgidos de origem comum. A origem comum não significa necessariamente uma unidade factual e temporal, mas, sim, a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, ainda que tenha sua ocorrência postergada no tempo em mais de uma ação (WATANABE, 2007).

No âmbito do direito do trabalho, porque de origem comum, isto é, oriundos da relação de emprego, e, portanto, homogêneos, esses direitos, embora sejam individuais, vinculam-se à categoria profissional de trabalhadores, o que autoriza sua defesa coletiva e, conseqüentemente, a incidência das regras constitucional e processual que autorizam a substituição processual pelos sindicatos. Desse modo, a Carta Maior conectou a legitimação extraordinária do sindicato para a defesa coletiva à categoria por ele representada. A origem comum decorre, portanto, do fato de os empregados integrarem a categoria, sendo irrelevante o fato de serem todos eles associados ou não ao sindicato.

Ao optar pelo sistema de unicidade sindical, a Lei Maior impôs o monopólio da representatividade (MARTINEZ, 2016) e, conseqüentemente, da defesa coletiva dos direitos e interesses individuais da categoria ao sindicato. Vincular o sindicato somente aos filiados inviabilizaria por completo a defesa coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos próprios da categoria, haja vista que a defesa ficaria restrita aos associados, e não à categoria profissional.

Não há substituição quando os direitos forem estritamente individuais e decorrerem de específica e particular relação jurídica, como ocorreria caso se admitisse a hipótese de o sindicato representar apenas seus associados. Como o próprio nome indica, se trataria de representação, e não de substituição, exatamente pela natureza distinta entre os dois institutos. Outro, talvez, pudesse ser o raciocínio, se a opção constitucional tivesse sido pela pluralidade sindical em que, em uma mesma base territorial, mais de um sindicato da mesma categoria teria a representação restrita aos seus filiados (MARTINEZ, 2016), mas esse não é o caso.

No ordenamento jurídico atual, só faz sentido a defesa coletiva de direitos individuais dos empregados se, e somente, esses direitos individuais também

forem homogêneos, ou seja, tiverem uma origem comum decorrente da categoria profissional que integram. Os direitos e interesses individuais a que alude o art. 8º, III, da Constituição Federal só podem ser homogêneos, haja vista que apenas essa espécie de direitos subjetivos singulares permite a tutela coletiva por via de legitimação extraordinária.

A admissibilidade de postulação por um único substituto processual de direitos individuais que não guardem relação de fato ou de direito entre si comprometeria a atividade jurisdicional e afrontaria a garantia constitucional do réu, cujo direito de defesa, estruturado no contraditório, acabaria, na prática, sacrificado.

Em uma demanda trabalhista, o réu ficaria impossibilitado, por exemplo, de se defender quanto à configuração dos eventuais direitos individuais, pertinentes a cada um dos trabalhadores substituídos. Sem que as relações específicas sejam postas em juízo, ao empregador não seria possível opor, em sua defesa, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos atinentes a cada um de seus empregados.

Alguém poderia alegar que este empecilho poderia ser removido, bastando indicar na exordial uma lista com a relação dos empregados substituídos. Ora, o Tribunal Superior do Trabalho (2019) já havia pensado nesta “solução” ao editar a Súmula nº 310. A referida súmula foi revogada em 2003, exatamente pela incompatibilidade da substituição processual com a tutela específica de direitos individuais, na trilha da hermenêutica conferida pelo Superior Tribunal Federal (LORA, 2012).

A exigência de identificar os empregados filiados do sindicato para separá-los dos não filiados, por si só, já descaracterizaria a ação coletiva. Ao trazer ao bojo da ação coletiva peculiares atinentes a cada substituído, aniquilar-se-ia a prevalência dos aspectos coletivos dos direitos individuais os quais se visariam proteger. Para preservar a característica fundamental da ação coletiva, qual seja, a eficácia *ultra partes* da sentença (GRINOVER, 2007), a identificação dos substituídos não pode ser tida como necessária.

Nessa esteira, uma tutela coletiva de direitos individuais, com substituição processual, só comporta discussões de caráter homogêneo frente à categoria profissional, ou parte dela, em que haja transindividualidade do interesse, não havendo espaço para alegações de cunho absolutamente individual, relativas a um ou outro empregado. A legitimação extraordinária irrestrita, suscetível de abranger defesa de direitos e interesses individuais heterogêneos, significaria

aberta contradição com a própria exegese do art. 8º, III, da Magna Carta, que busca favorecer, dentro do processo coletivo, os trabalhadores substituídos.

Em momento algum a Constituição pretendeu erigir o sindicato como titular dos direitos individuais dos integrantes da categoria por ele representada. Solução diversa implicaria em admitir que a Constituição teria erigido o sindicato como cotitular dos direitos subjetivos individuais de filiados e não filiados. Tal linha de pensamento importaria em uma interpretação que expropriaria, pelo sindicato, os direitos individuais dos trabalhadores.

Em conclusão, não havendo direito individual homogêneo, não há espaço para se falar em substituição processual. Se não se tratar de direitos coletivos ou homogêneos, não há incidência do art. 8º, III, da Constituição Federal.

#### **4 – A substituição pelos sindicatos nas negociações coletivas**

Na Consolidação das Leis do Trabalho, é a partir do art. 511 que se encontram as disposições acerca da organização sindical e da associação em sindicato. O art. 511, § 2º, do Diploma retromencionado (BRASIL, 2019d) define o que é a categoria profissional ao dispor que é “a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional”. O art. 513, alínea *a* (BRASIL, 2019d), por sua vez, estabelece ser prerrogativa do sindicato a representação “perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida”.

Evidentemente, os preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho devem ser interpretados à luz da Constituição Federal. Nos termos do art. 8º, III, da Carta Maior (BRASIL, 2019b), “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Como já exposto, no campo processual, o sindicato atua como substituto, e não representante, na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria econômica, e não apenas de seus associados. Como já estabelecido do tópico anterior, a substituição pelo sindicato para a defesa dos direitos e interesses da categoria só é possível quando esses direitos se tratarem de direitos coletivos da categoria e de direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum.

Observa-se que o Constituinte optou por utilizar, na redação constitucional, a expressão “inclusive em questões judiciais ou administrativas”, não

fazendo exclusão de qualquer outra. Ora, assim como os dissídios coletivos traduzem o maior instrumento de defesa judicial dos direitos e interesses da categoria, na esfera extrajudicial são as convenções e acordos coletivos que expressam a instrumentalização da vontade e dos interesses da categoria, criando-se o direito material que gera a pretensão de ser defendido pela via judicial quando violado. O art. 8º, VI, da Carta Magna também estabelece ao sindicato o monopólio das negociações coletivas de trabalho, autorizando a legislação à participação direta da categoria somente quando ausente manifestação do sindicato, conforme preceitua o art. 617 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2019d).

Logo, por óbvia simetria e consoante a melhor exegese em conformidade à Constituição Federal, também na seara extrajudicial atuará o sindicato como substituto na defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, e na defesa coletiva dos direitos e interesses individuais, quando se tratarem de direitos individuais homogêneos, defendendo não apenas os seus filiados, mas todos os integrantes da categoria profissional, independentemente de associação.

O acordo e a convenção coletivos são institutos peculiares do Direito do Trabalho. Embora o acordo e a convenção coletivos possuam caráter normativo, e não contratual, como moldura o art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2019d), é possível traçar um paralelo com os contratos de direito privados, pois, assim como o contrato é expressão típica do direito privado, a negociação coletiva é a expressão do direito sindical.

No âmbito do direito civil, os contratos são negócios jurídicos que dependem de duas ou mais conjunções de vontades para a sua existência, vontades estas que devem ser livres, pressupondo ainda agentes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Também os acordos e convenções coletivas são negócios jurídicos, aplicando a estes, no que couber, as disposições do art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2019e), por efeito do art. 8º, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2019d).

O acordo e a convenção coletiva, convém recordar, obrigam a todos, empregados e empregadores, sejam ou não associados ao sindicato. Entretanto, os sindicatos não são partes na relação jurídica de direito material cujos direitos e interesses negociam. A despeito das diversas teorias existentes a cerca da natureza jurídica dos acordos e convenções coletivas, o foco aqui abordado será o da legitimidade para a sua celebração, equiparando ambos, acordo e convenção coletiva, a negócios jurídicos com fulcro na base legal retroapregada.

## DOCTRINA

A doutrina civilística, seguindo inspiração processual, inseriu na teoria do ato jurídico, além da capacidade civil, a legitimação da parte para a prática de atos jurídicos. Consoante leciona Marcos Bernardes de Mello (1999), para definir a titularidade do direito e o conseqüente poder do indivíduo de dispor do objeto do negócio jurídico, era comum a expressão poder de disposição. A sua imprecisão levou a doutrina a substituí-la pelo uso do vocábulo legitimação.

Desse modo, sendo possível à legitimação decorrer de atribuição pelo ordenamento jurídico, na esteira das premissas já traçadas quanto à substituição processual, a conclusão natural é a de que o sindicato também atua como substituto nas negociações coletivas, atuando em nome próprio, mas na defesa e no interesse dos direitos da categoria, por força do preceito constitucional traçado no art. 8º, III, da Carta Maior, diferentemente das hipóteses de representação do direito material, nas quais o representante age em nome do representado e no interesse do representado.

Embora celebre em nome próprio o acordo ou a convenção coletiva, não é o sindicato parte da relação jurídica de direito material que regulamenta. Consoante o ensinamento de Carlos Henrique Bezerra Leite (2017), o principal objeto dos instrumentos coletivos é a instituição de cláusulas normativas, destinadas a regulamentar os contratos individuais de trabalho já existentes ou que virão a existir em sua vigência o entendimento majoritário da doutrina nacional é o de que as cláusulas normativas produzem efeitos *erga omnes*, na medida em que vinculam todos os integrantes das categorias do sindicato pactuante. O principal fundamento é exatamente o monopólio da representação sindical em relação a todos os integrantes da categoria concedido pela Constituição Federal, que garante ao sindicato a legitimidade extraordinária processual para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, cuja sentença possui efeitos *ultra partes*.

No tocante, para Carlos Henrique Bezerra Leite (2017), à semelhança dos efeitos da sentença que julga as ações coletivas, os instrumentos coletivos produzem, em verdade, efeitos *ultra partes*. Nominá-los *erga omnes* seria uma imprecisão técnica, haja vista que estes são limitados aos integrantes da categoria da entidade sindical pactuante.

Pelo fato de que a defesa coletiva dos interesses individuais só pode ocorrer quando se tratar de direitos individuais homogêneos, decorrentes da origem comum que é pertencer à categoria, não é possível a criação de cláusulas normativas e direitos específicos que regulamentem das relações de emprego apenas da parcela de empregados filiadas ao sindicato. Qualquer criação de normas e direitos para determinada categoria profissional em qualquer instrumento

coletivo deverá abranger toda a base de trabalhadores, independentemente de filiação sindical.

Em apertada síntese, os destinatários das cláusulas normativas são empregados e empregadores, criando direitos e deveres entre eles, não configurando o sindicato como parte nessa relação jurídica de direito material. Na esteira do mesmo raciocínio utilizado para a substituição processual nas ações coletivas, age o sindicato também como substituto na esfera extrajudicial, em nome próprio, na defesa de interesses e direitos individuais de natureza homogênea, decorrentes da origem comum que é pertencer à categoria profissional.

### 5 – Conclusão

A atuação sindical não pressupõe a representação, mas, sim, a substituição. Uma vez ser o empregado entidade real, com personalidade não ficcional, não carece ele de representação. Em verdade, é ele substituído, e não representado, tanto na esfera judicial, sendo o sindicato o substituto processual no ajuizamento das ações coletivas, como na extrajudicial, nas negociações coletivas.

A substituição trata-se da hipótese em que o substituto, em nome próprio, atua na defesa do direito alheio. No caso, o sindicato, em nome próprio, pode discutir o direito alheio da categoria profissional, e, portanto, de todos aqueles que exerçam a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas, quando se tratar de direitos coletivos ou individuais homogêneos.

Por visarem a defesa de direitos coletivos, os efeitos das ações coletivas promovidas pelos sindicatos operam efeitos *ultra partes*, abrangendo todos os membros da categoria. A defesa dos direitos individuais só pode ocorrer quando se tratar de direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum. Por esse motivo, não é possível limitar a atuação do sindicato apenas para defesa dos direitos dos filiados, sob pena de se desnaturar a ação coletiva.

Partindo dessa premissa, a atuação extrajudicial dos sindicatos também opera de forma coletiva por meio da substituição. O sindicato possui legitimidade extraordinária na negociação coletiva, atuando como substituto dos empregados na celebração dos instrumentos coletivos.

Exatamente pelo fato de que a defesa coletiva dos interesses individuais só pode ocorrer quando se tratar de direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, não é possível a criação de normas e direitos específicos que regulamentes das relações de emprego apenas da parcela de empregados filiada ao sindicato. Qualquer criação de normas e direitos para determinada categoria profissional em convenção coletiva, ou de empregados de determinado

empregador em acordo coletivo, deverá abranger toda a base de trabalhadores, independentemente de filiação sindical.

Como se nota, em que pese o argumento *ad terrorem* dos sindicatos, a sua atuação continua sendo em defesa de todos os integrantes da categoria profissional, sejam eles sindicalizados ou não, em decorrência da previsão constitucional contida no art. 8º, III, da Carta Magna. A Consolidação das Leis do Trabalho deve ser interpretada à luz do preceito constitucional, que alçou a atuação do sindicato como substituto, alcançando os efeitos ações coletivas promovidas pelo sindicato e das negociações coletivas a todos os membros da categoria.

### Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019e.

\_\_\_\_\_. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019c.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019a.

\_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019d.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2019b.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 310*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-310](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-310)>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Morano Editore, 1970. v. IV.

CHIOVENDA. *Principii di diritto Processuale Civili*. Napoli, Editrice Dott, 1965.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da defesa do consumidor em juízo. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ITÁLIA. *Codice di procedura civile*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1940-10-28;1443>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Substituição processual pelo sindicato. *Revista Eletrônica*, janeiro/fevereiro de 2012. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97542/2012\\_lora\\_ilse\\_substituicao\\_processual.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97542/2012_lora_ilse_substituicao_processual.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 jun. 2019.

## DOCTRINA

- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Forense, 1962. v. II.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milano, Giuffrè, 1951.
- OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.
- WATANABE, Kozuo. Da defesa do consumidor em juízo. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 177-192, 1995.

Recebido em: 14/10/2019

Aprovado em: 07/11/2019

**LEX** MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

