

Revista da Escola Judicial do TRT4

3

**O DIREITO DO TRABALHO
CONTEMPORÂNEO E SUA
INTERPRETAÇÃO: relevância
do Direito Comparado**

ISSN 2596-3139



2596-3139

v. 2, n. 3, janeiro/junho 2020



REVISTA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT4

ISSN 2596-3139; ISSN-e 2675-2549

| | | | | | |
|---------------------|--------------|------|------|-------|----------------|
| Rev. Esc. Jud. TRT4 | Porto Alegre | v. 2 | n. 3 | 1-282 | jan./jun. 2020 |
|---------------------|--------------|------|------|-------|----------------|

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte e respectiva autoria. O teor dos textos publicados é de total responsabilidade dos seus autores, não refletindo, necessariamente, a posição do Editor, do Vice-editor e/ou do Conselho Editorial.

R454

Revista da Escola Judicial do TRT4 / Tribunal Regional do Trabalho (Região, 4ª).
Escola Judicial. - Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2019)- . - Porto Alegre : Tribunal
Regional do Trabalho da 4ª Região, 2019- .

Semestral.

Coordenação científica: Leandro Krebs Gonçalves; José Felipe Ledur.

Modo de acesso eletrônico: World Wide Web: <http://www.trt4.jus.br>

v.2, n.3, jan./jun. 2020

ISSN 2596-3139, ISSN-e 2675-2549

1. Direito - Periódico, I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 4ª). Escola
Judicial.

CDU 34(05)

Bibliotecárias responsáveis: Adriana Godoy da Silveira Sarmiento - CRB 10/1165
Carla Teresinha Flores Torres - CRB 10/1600

Coordenação da organização: Coordenadoria de Formação e Aperfeiçoamento Jurídico

Organização e revisão: Núcleo da Revista e de Outras Publicações do Tribunal
Tamira Kiszewski Pacheco
Marco Aurélio Popoviche de Mello

Apoio técnico, análise dos critérios formais e normalização dos artigos: Biblioteca do Tribunal
Adriana Godoy da S. Sarmiento – CRB 10/1165 Caliel Cardoso de Oliveira – estagiário
Carla Teresinha Flores Torres – CRB 10/1600 Suelen Correa da Silva – estagiária
Norah Costa Burchardt – CRB 10/1536 Théo Orlandi da Silva – estagiário

Tradução do editorial: Beatriz Marcante Flores

Tradução das normas de submissão: Beatriz Marcante Flores e Norah Costa Burchardt
As traduções relativas aos artigos são de responsabilidade dos respectivos autores.

Capa e projeto gráfico: Karin Kazmierczak

Editoração eletrônica e revisão de textos: Traço Leal Comunicação

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
Escola Judicial
Av. Praia de Belas, 1432, Prédio III, 2º andar
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2681

Traço Leal Comunicação
Av. Cel. Carneiro Junior, 57 Salas 1005/1006
– Centro • 37500-018 – Itajubá, MG
Fone (35) 3622 3450 • Fax (35) 3621 3382
Site: www.tracoleal.com.br

Versão digital disponível no site do Tribunal
Regional do Trabalho da 4ª Região:
www.trt4.jus.br

Endereço eletrônico para contatos e envio
de materiais:
ej.editor.revistacientifica@trt4.jus.br

**Bibliotecas que indexam a Revista
em seu catálogo on-line:**
Biblioteca do TRT-1; Biblioteca do TRT-2;
Biblioteca do TRT-3; Biblioteca do TRT-4;
Biblioteca do TRT-5; Biblioteca do TRT-6;
Biblioteca do TRT-9; Biblioteca do TRT-13;
Biblioteca do TST (Rede RVBI)

REVISTA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT4

v.2, n.3, jan./jun. 2020

Diretor da Escola Judicial

Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa

Desembargador/TRT4

Editor

Leandro Krebs Gonçalves

Juiz do Trabalho/TRT4

Vice-Editor

José Felipe Ledur

Desembargador aposentado/TRT4

CONSELHO EDITORIAL

Acácia Zeneida Kuenzer

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e
Universidade Federal do Paraná

Álvaro Roberto Crespo Merlo

Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Paris VII (França)

Candy Florêncio Thomé

Fundação Getúlio Vargas, Universidade de São Paulo e
Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha)

Guilherme Machado Dray

Universidade de Lisboa (Portugal)

Hugo Barreto Ghione

Universidade de la Republica (Uruguai)

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e
Universidade de Munique (Alemanha)

José Felipe Ledur

Universidade Federal do Paraná

Katherine Lippel

Universidade de Ottawa (Canadá)

Leandro Krebs Gonçalves

Universidade de São Paulo e
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Lorena Vasconcelos Porto

Centro Universitário do Distrito Federal e
Universidade de Roma II (Itália)

Luciane Cardoso Barzotto

Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade de Edimburgo (Reino Unido)

María José Fariñas Dulce

Universidade Carlos III de Madrid (Espanha)

Ricardo Luiz Coltro Antunes

Universidade de São Paulo e Universidade Estadual de Campinas

Roger Raupp Rios

Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Escola Nacional
de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e
Universidade Federal do Rio de Janeiro

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Ana Carolina Soria Vulcano
Centro Universitário do Distrito Federal

Angela Maria Konrath
Universidade do Vale do Itajaí
Faculdade CESUSC

Angelo Antonio Cabral
Universidade de São Paulo

Antônio Donizete Ferreira da Silva
Universidade Nove de Julho

Bárbara Bedin
Universidade de Caxias do Sul

Beatriz Barros de Souza
Universidade de São Paulo

Carla Reita Faria Leal
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal de Mato Grosso

Carlos Eduardo Oliveira Dias
Universidade de São Paulo

Carolina Pereira Lins Mesquita
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Universidade Federal de Minas Gerais e
Universidade Federal Fluminense

Cibelle Linero Goldfarb
Universidade de São Paulo

Daniele Côrte Mello
Universidade de Santa Cruz do Sul

Emanuela Damo
Fundação Escola Superior
do Ministério Público

Eugenio Hainzereder Júnior
Universidad de Sevilha (Espanha)

Filipe Madsen Etges
Universidade de Santa Cruz do Sul

Gabriela Simões Pereira
Universidade Federal do Rio Grande

Gustavo Jaques
Pontifícia Universidade Católica do
Rio Grande do Sul

Gustavo Martins Baini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Ipojucan Demétrius Vecchi
Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Universidade de Passo Fundo

João Diogo Urias dos Santos Filho
Universidade de São Paulo

Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Leandro do Amaral D. de Dorneles
Universidade Federal de Santa Catarina e
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Luiz Manoel Andrade Meneses
Universidade Federal de Sergipe

Marcelo Barroso Kúmmel
Universidade Federal de Santa Maria e
Universidade Franciscana de Santa Maria

Márcio Martins Ferreira
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Escola Judicial do TRT1

Mariana Del Mônico
Universidade de São Paulo

Marina Santoro Franco Weinschenker
Faculdade de Direito do Largo São Francisco

Mário Garrastazu Médici Neto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Maurício de Carvalho Góes
Universidade do Vale do Rio dos Sinos e
Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Oscar Krost
Universidade Regional de Blumenau

Rafael Selicani Teixeira
Centro Universitário de Maringá e
Faculdade São Francisco de Assis

**Rubens Fernando Clamer
dos Santos Júnior**
Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul, Fundação da Magistratura
do Trabalho do RS, Feevale, Universidade
de Caxias do Sul e Fundação Escola
Superior do Ministério Público

Sandro Bobrzyk
Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Valdete Souto Severo
Universidade de São Paulo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Wolney de Macedo Cordeiro
Centro Universitário de João Pessoa e
Universidade Federal da Paraíba

SUMÁRIO

| | |
|-----------|----|
| EDITORIAL | 11 |
|-----------|----|

| | |
|--|----|
| COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: ponderação de princípios fundamentais no Caso Laval | |
| Denise de Oliveira Horta | 19 |

| | |
|--|----|
| CONTRATO DE TRABALHO E DESPEDIDA ARBITRÁRIA: uma análise luso-brasileira | |
| Ariel Stopassola | 43 |

| | |
|--|----|
| CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS AOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO POR ACIDENTE DO TRABALHO | |
| Helena Lima de Abreu | 77 |

| | |
|--|-----|
| EXPANDIR O DIREITO AO TRABALHO É UMA SOLUÇÃO PARA A ATUAL CRISE EUROPEIA DOS REFUGIADOS? | |
| Cristiane Souza de Castro Toledo | 103 |

| | |
|--|-----|
| O FUTURO DO MERCADO DE TRABALHO EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS: uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro | |
| Rozi Engelke | 129 |

| | |
|---|-----|
| REGIME RETRIBUTIVO DOS TRABALHADORES EM FUNÇÕES PÚBLICAS DE PORTUGAL: breve análise legal, doutrinária e jurisprudencial | 161 |
| <hr/> | |
| RETENÇÃO DOLOSA DE SALÁRIO: impressões a respeito do descumprimento de legislação trabalhista e/ou infração penal | 191 |
| <hr/> | |
| TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS: um estudo acerca da regulação do teletrabalho nas legislações portuguesa e brasileira | 215 |
| <hr/> | |
| O TELETRABALHO E A LIMITAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEM FIM: a utilização das legislações portuguesa e francesa para colmatar as lacunas normativas e ontológicas da CLT | 243 |
| <hr/> | |
| NORMAS PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS | 267 |
| <hr/> | |

TABLE OF CONTENTS

| | |
|-----------|----|
| EDITORIAL | 15 |
|-----------|----|

| | |
|--|----|
| COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION CASE LAW COMMENT: balancing of fundamental principles in Laval Case | |
| Denise de Oliveira Horta | 19 |

| | |
|---|----|
| EMPLOYMENT CONTRACT AND UNMOTIVATED RESIGNATION: portuguese-brazilian analysis | |
| Ariel Stopassola | 43 |

| | |
|---|----|
| CRITERIA FOR FIXING INDEMNITY TO DEPENDENTS OF THE WORKER DEATHED BY WORK ACCIDENT | |
| Helena Lima de Abreu | 77 |

| | |
|--|-----|
| IS EXPANDING RIGHT TO WORK A SOLUTION TO THE CURRENT EUROPEAN REFUGEE CRISIS? | |
| Cristiane Souza de Castro Toledo | 103 |

| | |
|---|-----|
| THE FUTURE OF THE LABOR MARKET ACCORDING TO NEW TECHNOLOGIES: an analysis of the legal framework of tuteling in brazilian labor law | |
| Rozi Engelke | 129 |

| | |
|---|-----|
| RETRIBUTIVE REGIME OF PUBLIC WORKERS IN PORTUGAL: brief legal, doctrinal and jurisprudential analysis | 161 |
| Demétrius de Castro Martins Silveira | |
| <hr/> | |
| MALICIOUS SALARIAL RETENTION: impressions about non-compliance with labor legislation and/or crime | 191 |
| Roberta Eggert Poll | |
| <hr/> | |
| INFORMATION TECHNOLOGIES IN LABOR RELATIONS: a study on the regulation of telework in Portuguese and Brazilian legislation | 215 |
| Francisco Quintanilha Vêras Neto José Sarto Fulgêncio de Lima Filho Ana Larissa da Silva Brasil | |
| <hr/> | |
| THE TELEWORKING AND THE LIMITATION OF THE EXPLORATION OF WORK WITHOUT END: the use of Portuguese and French legislation to fill the normative and ontological gaps of the CLT | 243 |
| Adriano Marcos Soriano Lopes Solainy Beltrão dos Santos | |
| <hr/> | |
| RULES FOR SUBMISSION OF ARTICLES | 267 |
| <hr/> | |

EDITORIAL

Esta edição da **Revista da Escola Judicial do TRT4** abriu seu objeto científico à investigação do Direito Comparado enquanto elemento para a interpretação do Direito do Trabalho sem exclusão de outros aportes compatíveis com a linha editorial.

Em realidade, o direito *ao* trabalho, que é objeto de dois artigos, é pressuposto do próprio direito *do* trabalho. A gradativa implementação de alterações tecnológicas faz retroceder imenso contingente de trabalhadores a mercado de trabalho que nega direitos corriqueiros de quem é titular de relação de trabalho protegida pelo Direito. Qual, afinal, é a tutela que a Constituição de 1988 prometeu ao prever como direito dos trabalhadores a proteção em face da automação? Esse direito fundamental, assim como tantos outros, carece de conformação infraconstitucional, a demonstrar ostensiva falta de compromisso do legislador com a Constituição.

No concerto internacional, os movimentos migratórios rumo a países europeus buscam trabalho para prover a existência, o que abre controvérsias acerca do que o Direito nacional desses países pode oferecer, em termos de proteção, a esses trabalhadores. O tema parece distante, mas eventualmente questões a ele concernentes estão ocultas entre nós, dado que é sabido haver movimentos migratórios internos e também a chegada, por enquanto em número reduzido, de migrantes de países próximos ou mesmo do Caribe e de países africanos.

E a interpretação de nosso Direito do Trabalho em face do Direito Comparado? Diz o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho que autoridades administrativas e Justiça do

Trabalho **decidirão**, entre outras hipóteses, com base no Direito Comparado, diante da falta de disposições legais ou contratuais. A realização do direito ao trabalho não constitui salvo conduto para a exploração sem limites do trabalho. Este é uma dimensão relevante para a existência da pessoa, mas o usufruto de “tempo livre” tem igual valor para o desenvolvimento da personalidade.

O legislador omite-se e não conforma direito essencial, que é a proteção da relação de emprego em face de despedida imotivada ou sem justa causa, garantida há mais de 30 anos. Isso impõe a busca de alternativas no Direito Comparado.

Igual solução pode ser necessária para decidir controvérsias que se originam do teletrabalho. Precisamente do ponto de vista das alterações no modo de prestação do trabalho, que agora adquire relevo diante do alargado uso do chamado *home office* devido à pandemia da Covid-19, verificam-se problemas que advêm da regulação insatisfatória do teletrabalho, o que justifica voltar os olhos ao Direito Comparado.

Ainda no terreno da omissão do legislador, notável é sua falta ao não regradar a proteção a direito fundamental que veda a retenção dolosa do salário, o qual afinal tem natureza alimentícia, segundo a letra do §1º do art. 100 da Constituição. Nessa linha, partindo do reconhecimento da pluralidade de conceitos jurídicos de retribuição, destaca-se a discussão acerca dos limites impostos ao legislador português, quando se trata de restrições remuneratórias aos trabalhadores ocupantes de funções públicas.

Com a premissa de o salário ser a principal fonte de subsistência pessoal e familiar do trabalhador, emerge a discussão sobre os critérios de fixação de alimentos aos seus dependentes, quando falecido em acidente laboral. Aliás, no conflito entre o social e o econômico, consideradas as balizas constitucionais, é necessário conciliar os direitos dos trabalhadores, dentre os quais o de greve e o de livre circulação, com a liberdade de estabelecimento e livre concorrência empresarial no mercado mundial.

O terceiro fascículo da **Revista da Escola Judicial do TRT4** traz como dossiê temático **O DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO E SUA INTERPRETAÇÃO: relevância do Direito Comparado**, a ser desenvolvido ao longo dos trabalhos que compõem esta edição. Renovamos nossos agradecimentos aos articulistas e desejamos um profícuo aprendizado aos nossos leitores.

Leandro Krebs Gonçalves
Editor

José Felipe Ledur
Vice-Editor

EDITORIAL

This edition of the **Revista da Escola Judicial do TRT4** opens a scientific object to the investigation of Comparative Law as an element for the interpretation of the Labor Law, without leaving out compatible contributions to the publishing line.

In fact, the *right to work*, subject of two articles, is mandatory for the *labor law* itself. The gradual implementation of technological changes falls back an immense contingent of workers in the labor market denying common rights for those who hold working relationship protected by Law. After all, what is the tutelage foreseen to provide the right for protection of workers who face automation promised by the 1988 Constitution? This fundamental right, as well so many others, lacks infra constitutional conformity and demonstrates an outward absence of commitment by the legislator regardind the Constitution.

As for the international view, migratory movements towards European countries seek for work to provide for a living, opening controversies about what these countries national law can offer to protect these workers. This issue seems far from us and are occasionally hidden, for once it is acknowledged that there have been internal migratory movements and, even though in a small number, migrants arrive from nearby countries or even from the Caribbean and African countries, as well.

And the interpretation of our labor law towards the comparative law? The Art. 8 of our CLT (Consolidated Labor Laws) states that administrative authorities and the Labor Court will decide, among other hypotheses, based on comparative law in the lack of legal or contractual provisions. The realization of the *right to work* does not

constitute a license for the unlimited exploitation of work. This is a relevant dimension for a person's existence, but the enjoyment of "free time" has equal value for the development of the personality.

The legislator it omitted when employment relationship in unjustified dismissal circumstances is not protected by not setting it up as an essential right, which is guaranteed for over 30 years. This imposes the search for alternatives in comparative law.

Controversies emerging from telework may need an equal solution. Precisely from the viewpoint of the changes implied in the way work is being performed, outstanding now for the widespread use of the so-called *home office* due to the Covid-19 pandemic, there are problems arising from the unsatisfactory regulation for telework, which justifies turning one's eyes to the comparative law.

Still on the field of legislator's omissions, it is notable the failure to regulate the protection of the fundamental right prohibiting the intentional retention of wages, which is after all of nutritional nature according to §1 art. 100 of the Constitution. Following this thought, starting from the recognition of the plurality on legal retribution concepts, the discussion about the limits imposed to the Portuguese legislator stands out when it comes to remunerative restrictions for workers occupying public functions.

It is acknowledged that wages are the workers' main source of their family and their own subsistence, the discussion about the criteria for settling nourishment to their dependents emerges when a laborer dies in an accident at work. By the way, in the conflict between the social and the economic based on constitutional guidelines, it is necessary to reconcile the workers' rights, including the right to strike and to free movement, as well as freedom of establishing and freedom of business competition in the world market.

The third issue of the **Revista da Escola Judicial do TRT4** brings forward the thematic dossier of **CONTEMPORARY LABOR LAW AND ITS INTERPRETATION: relevance of Comparative Law**, developed throughout the papers which make up this edition.

We renew our thanks to the writers and wish our readers a fruitful learning experience.

Leandro Krebs Gonçalves

Editor

José Felipe Ledur

Vice-Editor

**COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO
EUROPEIA: ponderação de princípios
fundamentais no Caso Laval**

***COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
UNION CASE LAW COMMENT: balancing
of fundamental principles in Laval Case***

Denise de Oliveira Horta*

RESUMO

O presente trabalho objetiva trazer uma análise crítica do Caso Laval, que tratou de pleito perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) entre a empresa da Letônia Laval e três entidades sindicais da Suécia. A referida empresa, ao ganhar concurso para construção de escola, optou por deslocar empregados de sua sede em Riga, na Letônia, para a Suécia, local da obra. Ao proceder de tal forma, a empresa estaria se beneficiando dos padrões de proteção social mais baixos no país de origem, incorrendo em *dumping* social, o que mobilizou os sindicatos do país receptor a iniciarem greves contra a companhia. Assim, estabeleceu-se um conflito entre princípios fundamentais: de um lado, as liberdades sociais coletivas; e, de outro, as liberdades econômicas. O TJUE, ao ponderar entre os princípios, decidiu que a liberdade de prestação de serviços em outro Estado-membro é norma fundante da União Europeia e serve como limitação ao exercício de greve, que, nesse caso, foi considerada excessiva. Como conclusão, pode-se dizer que o TJUE, ao sopesar os direitos sociais e os direitos econômicos, acabou atribuindo prevalência aos últimos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de greve. Negociação coletiva. Deslocamento de trabalhadores. Liberdade econômica. União Europeia.

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Servidora no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. E-mail: denisehorta@gmail.com.

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the Laval Case, dealt by the Court of Justice of the European Union (CJEU), between a Latvian company, Laval, and three Swedish trade unions. The company, by winning a school building contest, chose to post employees from its headquarters in Riga, Latvia, to Sweden, construction site. By doing so, the company could benefit from lower social protection standards in its home country, incurring in social dumping, what mobilized the host country's trade unions to strike against the company. Thus, a conflict was established between fundamental principles: on the one hand, collective social freedoms, and on the other, economic freedoms. In considering the principles, the CJEU, decided that freedom to provide services in another Member State is a founding rule of the European Union and serves as a limitation to the exercise of the collective action, which, in this case, was considered excessive. In conclusion, it can be said that CJEU, upon expiration of social and economic rights, ended up assigning prevalence to the latter.

KEYWORDS

Right to strike. Collective bargaining. Posted workers. Economic freedom. European Union.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
- 2 Relatório;
- 3 Comentário à questão de fundo;
 - 3.1 Considerações iniciais;
 - 3.2 Análise crítica;
- 4 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 11/02/2020

Data de aprovação do artigo: 13/07/2020

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo analisar criticamente a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no Processo C-341/05 (UNIÃO EUROPEIA, 2007a), conhecido como Caso Laval. O litígio travou-se entre uma empresa da Letônia e entidades sindicais da Suécia quanto à mobilização de empregados e

os direitos trabalhistas a eles direcionados, de um lado, e a livre concorrência no mercado europeu, de outro.

A questão de fundo concentrou-se em dois artigos do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), hoje Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) (UNIÃO EUROPEIA, 2016a), sobre discriminação e prestação de serviços, e, ainda, sobre a Diretiva 96/71/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1996), relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de prestação de serviços.

O cerne da discussão estava em como conciliar direito de greve, livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, num contexto europeu de valorização não somente de uma integração econômica transnacional, mas, também, das garantias de elevado nível de proteção social.

Assim, a resposta que se buscou nesse processo exigiu a ponderação entre o direito fundamental de exercício de ação coletiva para defender os interesses dos trabalhadores (pelos entes sindicais) e a liberdade fundamental de exercício da livre prestação de serviços (pelas empresas privadas).

2 RELATÓRIO

Trata-se do Processo C-341/05 do Tribunal de Justiça da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2007a), que decidiu litígio entre a empresa Laval un Partneri Ltd, com sede em Riga, na Letônia, e três entes sindicais suecos: Sindicato Sueco dos Trabalhadores do Setor da Construção e das Obras Públicas (*Svenska Byggnadsarbetareförbundet*); Seção Sindical nº 1 do referido sindicato (*Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, Byggettan*); e Sindicato Sueco dos Eletricistas (*Svenska Elektrikerförbundet*).

A ação teve por objeto a interpretação dos artigos 12 do TCE (discriminação em razão da nacionalidade – atual artigo 18 do

TFUE)¹ e 49 do TCE (restrições à livre prestação de serviços – atual artigo 56 do TFUE)² (UNIÃO EUROPEIA, 2016a), bem como da Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996 (UNIÃO EUROPEIA, 1996), relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de prestação de serviços.

A empresa Laval pedia que fossem declaradas ilegais a ação coletiva organizada pelo Sindicato Sueco dos Trabalhadores do Setor da Construção e das Obras Públicas e por sua Seção Sindical nº 1, que afetava todas as obras de que essa sociedade participava, e a ação de solidariedade do Sindicato Sueco dos Eletricistas, que consistia num bloqueio de todos os trabalhos de eletricidade das mesmas obras. Foram requeridas a cessação dessas ações e a condenação das organizações sindicais ao pagamento de indenização à empresa.

A empresa Laval venceu um concurso público para a construção de escola numa cidade sueca, tendo destacado cerca de 35 de seus trabalhadores da Letônia para a Suécia a fim de cumprir o contrato. A empresa havia celebrado na Letônia acordo coletivo com o sindicato dos trabalhadores de construção, pretendendo prevalecer-se dos salários mais baixos vigentes naquele país; não estava, portanto, vinculada a nenhuma convenção coletiva celebrada na Suécia.

¹ Artigo 18 (ex-artigo 12 do TCE): No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

² Artigo 56 (ex-artigo 49 do TCE): No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem determinar que as disposições do presente capítulo são extensivas aos prestadores de serviços nacionais de um Estado terceiro e estabelecidos na União (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Diante desse fato, os sindicatos suecos tentaram iniciar negociações com a referida empresa com o intuito de celebrar acordo coletivo para regular salários e outras condições de prestação do trabalho. Os sindicatos exigiam que a Laval aderisse à convenção coletiva da construção civil sueca para a obra e ameaçavam desencadear uma greve caso não se chegasse a um acordo como esperado. As negociações na Suécia fracassaram, levando os sindicatos suecos de construção e obras a liderarem ações coletivas de bloqueio do canteiro de obra, que impediam o acesso de mercadorias e de trabalhadores à obra, e foram apoiados pela ação coletiva de solidariedade do Sindicato dos Eletricistas, que impediu as empresas suecas do ramo de prestarem serviços à Laval (NEVES; ASFORA, 2016).

Importante referir que, de acordo com o artigo 17 da Constituição sueca, as associações de trabalhadores têm o direito de promover ações coletivas, salvo se uma lei ou uma convenção dispuserem em sentido contrário. Na Suécia, a Lei MBL³ estabelece limitações ao direito de as organizações sindicais desencadearem ações coletivas. Ainda, a legislação sueca não impõe às empresas estrangeiras a aplicação das convenções coletivas suecas e também não prevê remunerações salariais mínimas, cabendo à negociação coletiva a determinação das remunerações dos trabalhadores (NEVES; ASFORA, 2016).

Segundo a interpretação jurisprudencial do §42 da MBL (acórdão *Britannia*), é proibido desencadear uma ação coletiva com o objetivo de revogar ou modificar uma convenção coletiva celebrada entre terceiros. Como consequência do acórdão *Britannia*, foi publicada a *Lex Britannia*, na qual o legislador mitigou o alcance do princípio desenvolvido no acórdão, permitindo as ações coletivas desencadeadas contra um empregador estrangeiro que exerce temporariamente uma atividade na Suécia (UNIÃO EUROPEIA, 2007a).

³ *Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet* (“MBL”), ou seja, Lei relativa à codeterminação no local de trabalho.

Nesse caso, o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a) não apenas declarou a *Lex Britannia* incompatível com Legislação da UE, mas, também, estabeleceu certas interpretações estritas em relação à Diretiva dos trabalhadores deslocados. Embora o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a) tenha reconhecido o direito fundamental dos sindicatos de promover ações coletivas, determinou que as medidas adotadas nesse caso concreto eram contrárias ao artigo 56 do TFUE (ex-artigo 49 do TCE) (UNIÃO EUROPEIA, 2016a) e à Diretiva 96/71 (UNIÃO EUROPEIA, 1996) (ALES; BRUUN; BÜCKER; DORSSEMONT; JONSSON; LEURS; NOVITZ; REED; UNTERSCHÜTZ; WALTER; WARNECK, 2010).

Explicitados os fatos que levaram a empresa Laval a ajuizar ação frente aos sindicatos suecos, passa-se, a seguir, à análise crítica das questões abordadas na decisão do TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a).

3 COMENTÁRIO À QUESTÃO DE FUNDO

No presente tópico, inicialmente serão abordadas questões teóricas que dizem respeito à temática central do litígio, para, em seguida, proceder à análise crítica das conclusões do TJUE no Caso Laval (UNIÃO EUROPEIA, 2007a).

3.1 Considerações iniciais

Inicialmente cumpre tecer algumas linhas sobre os direitos fundamentais sociais, com foco particular na liberdade de associação, no direito à negociação coletiva e no direito de greve. Na evolução histórica dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais sociais, neles incluídos os direitos trabalhistas, fazem parte da chamada segunda dimensão. Sarlet leciona que:

[...] a “teoria dimensional” dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo

especial, na esfera do moderno “direito internacional dos direitos humanos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 319).

A transição do Estado Liberal para o Estado Social provocou profundas mudanças na interação entre Estado e sociedade, passando aquele a atuar nesta com finalidades de desenvolvimento econômico e social. A positivação de referidos direitos sociais teve como consequência a necessidade de gestão da ordem econômica e social pelo Estado para garantir a prestação de condições materiais que assegurassem a dignidade humana. São os direitos positivos prestacionais, a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais (NEVES; ASFORA, 2016).

No entanto, faz-se necessário salientar que, no campo dos direitos de segunda dimensão não estão incluídos apenas direitos prestacionais, mas, também, as chamadas liberdades sociais, das quais são exemplo a liberdade sindical e o direito de greve (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 321).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, mais do que os direitos a prestações, nada obstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 321).

Com relação ao direito de greve, destaca-se entendimento do Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, segundo o qual a greve é um direito fundamental dos trabalhadores e um meio essencial de garantir e defenderem seus direitos (ROMITA, 2013, p. 642). A greve é um direito instrumental, que permite às organizações sindicais a utilização de meios técnicos fundamentais para a defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores. No entendimento de Romita:

O direito de greve aparece como instrumento para efetivar a reforma econômica e social que o Estado por si só não tem capacidade para levar a cabo. O reconhecimento, pelo Estado, do direito de greve traz

em seu bojo a atribuição, à greve, dessa função instrumental e transformadora: instrumento de atuação da justiça social (ROMITA, 2013, p. 644).

Diretamente relacionada ao direito de greve, está a liberdade sindical, que surge, inicialmente, como um aspecto da liberdade de associação em geral, integrando o conjunto de liberdades humanas, tais como as de expressão e reunião.

O movimento sindical estável, livre e independente passou a ser considerado [...] como condição essencial ao estabelecimento das boas relações entre o capital e o trabalho, e, de um modo geral, como contribuinte da melhoria das condições sociais (MARTINEZ, 2013, p. 86).

Os direitos fundamentais sociais, em específico os trabalhistas, derivam de um conjunto de conquistas históricas diretamente relacionadas à liberdade sindical e nela encontram um alicerce para sua edificação. Assim, a liberdade sindical estabelece-se como direito que possibilita a obtenção de condições superiores às mínimas previstas em lei (MARTINEZ, 2013, p. 89).

Por fim, breves notas sobre a negociação coletiva, que é uma forma de composição dos conflitos entre capital e trabalho a contribuir para a concretização da democracia. De acordo com Delgado:

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. Na verdade, a experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social (DELGADO, 2017, p. 198).

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio de sua Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, estabelece a negociação coletiva como um direito fundamental dos trabalhadores.

A negociação coletiva é um meio de garantir que empregados e empregadores celebrem acordos ou convenções coletivas em situação de igualdade, resultando em normas coletivas justas e equitativas (INTERNATIONAL, 2014, p. 31).

O direito à negociação coletiva é uma consequência da liberdade sindical. Para Stürmer,

A Convenção 87 da OIT propugna a liberdade sindical. No aspecto, portanto, *lato sensu*, a ideia é o fomento à negociação coletiva entre empregados e empregadores. [...] o ponto nuclear é a liberdade de negociação sem a interferência estatal (STÜRMER, 2007, p. 141).

Importante mencionar, ainda, que os direitos de negociação e de ação coletiva foram tutelados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 28, *in verbis*:

Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções coletivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a ações colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve (UNIÃO EUROPEIA, 2016b).

No contexto de criação da União Europeia, de ruptura e reconstrução dos direitos humanos, identifica-se a busca pela integração e pela cooperação dos países europeus ocidentais na consolidação de seus principais valores (PIOVESAN, 2006, p. 63). A integração dos países do leste europeu à UE agregou diversidade e heterogeneidade, mas também trouxe o desafio de

[...] enfrentar situações de graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, somadas a incipientes regimes democráticos e a Estados de Direito ainda em construção (PIOVESAN, 2006, p. 64).

A disparidade social e econômica entre países do leste e do oeste propiciou a ocorrência de situações como a do caso em

comento, pois as empresas passaram a procurar se beneficiar das baixas proteções sociais dos países da Europa Oriental, gerando o chamado *dumping* social. Na definição de Miziara:

Especificamente no contexto social-econômico, entende-se por *dumping* social uma forma de exploração da mão de obra para que, com desrespeito aos direitos básicos do trabalhador, o produto final tenha seu valor reduzido artificialmente e, com isso, fazendo com que o lucro final seja maior, provocando uma concorrência desleal no mercado, em detrimento dos demais que cumprem a legislação trabalhista mínima (MIZIARA, 2019, p. 106).

Destarte, insta referir que o setor privado também possui o dever de cumprir sua responsabilidade social, sobretudo as empresas multinacionais, uma vez que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização. Nesse sentido, verifica-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada, entre particulares, por exemplo, entre empregadores e empregados e também entre empresas e sindicatos (SARLET, 2012, p. 322). Ademais, é preponderante “reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação dos direitos econômicos sociais e culturais” (PIOVESAN, 2006, p. 23).

Essa primeira parte buscou apresentar as bases teóricas para a interpretação do caso pelo TJUE. No próximo item, será analisada a questão central do acórdão, com comentário crítico.

3.2 Análise crítica

Na ordem jurídica europeia, as ações coletivas (como a greve) são direito fundamental que deve ser tutelado. No acórdão Laval, o TJUE viu-se diante do confronto de princípios fundamentais, quais sejam, as liberdades de mercado e o exercício de ações coletivas. O dispositivo da decisão do Caso Laval (UNIÃO EUROPEIA, 2007a, Processo C-341/05) é o seguinte:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

Os artigos 49.º CE e 3.º da Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que, num Estado-Membro onde as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias referidas no artigo 3.º, n.º 1, primeiro parágrafo, alíneas a) a g), desta directiva estão previstas por disposições legislativas, com excepção das remunerações salariais mínimas, uma organização sindical possa tentar obrigar, através de uma acção colectiva sob a forma de um bloqueio de obras, como a que está em causa no processo principal, um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro a encetar negociações com ela sobre as remunerações salariais que devem ser pagas aos trabalhadores destacados, bem como a aderir a uma convenção colectiva cujas cláusulas estipulam, para algumas das referidas matérias, condições mais favoráveis do que as resultantes das disposições legislativas pertinentes, ao passo que outras cláusulas têm por objecto matérias não mencionadas no artigo 3.º da referida directiva.

Os artigos 49.º CE e 50.º CE opõem-se a que, num Estado-Membro, a proibição imposta às organizações sindicais, de desencadear uma acção colectiva com o objectivo de revogar ou de modificar uma convenção colectiva celebrada por terceiros, seja subordinada à condição de que a acção diga respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplica directamente (UNIÃO EUROPEIA, 2007a).

A acção consistiu, basicamente, em determinar se os artigos 12 do Tratado da Comunidade Europeia – TCE (atual artigo 18 do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE) e 49 do TCE (atual artigo 56 do TFUE) e a Directiva 96/71/CE, sobretudo em seu artigo 3º (UNIÃO EUROPEIA, 1996),⁴ vedam que as orga-

⁴ Artigo 3º: Condições de trabalho e emprego

1. Os Estados-membros providenciarão no sentido de que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas referidas no nº 1 do artigo

nizações sindicais tentem obrigar, por meio de ação coletiva, uma empresa estrangeira que desloca trabalhadores para a Suécia a aplicar uma convenção coletiva sueca. A legislação sueca que transpõe a Diretiva 96/71/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1996) para o Direito interno daquele país não continha nenhuma disposição quanto à aplicação das condições de trabalho e de emprego previstas nas convenções coletivas. Vale destacar que as Diretivas europeias, diferentemente dos Regulamentos, necessitam de internalização por parte dos Estados-membros.

A Diretiva 96/71/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1996) – relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços – estabelece as condições de emprego aplicáveis à relação de trabalho quando uma empresa sediada num Estado-membro desloca temporariamente trabalhadores para o território de outro Estado-membro. A Diretiva não impede que as condições de trabalho listadas no artigo 3 possam ser pactuadas

1º garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias adiante referidas que, no território do Estado-membro onde o trabalho for executado, sejam fixadas:

- por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e/ou - por convenções colectivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral na acepção do nº 8, na medida em que digam respeito às actividades referidas no anexo:

- a) Períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso;
- b) Duração mínima das férias anuais remuneradas;
- c) Remunerações salariais mínimas, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma;
- d) Condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário;
- e) Segurança, saúde e higiene no trabalho;
- f) Medidas de protecção aplicáveis às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e das puérperas, das crianças e dos jovens;
- g) Igualdade de tratamento entre homens e mulheres, bem como outras disposições em matéria de não discriminação.

Para efeitos da presente directiva, a noção de «remunerações salariais mínimas» referida na alínea c) do nº 1 é definida pela legislação e/ou pela prática nacional do Estado-membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado (UNIÃO EUROPEIA, 1996)

voluntariamente de forma mais favorável às estabelecidas na legislação. Ainda,

[...] Não impede que os Estados-membros imponham às empresas nacionais e às empresas de outros Estados condições de trabalho e emprego que se refiram a questões que não sejam as enumeradas no artigo 3º, desde que sejam disposições de ordem pública (QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, p. 840, tradução nossa).⁵

O objetivo da Diretiva é estabelecer um núcleo de regras obrigatórias para a proteção mínima a ser observada no país anfitrião pelos empregadores que deslocam trabalhadores para realizar trabalho temporário no território de outro Estado-membro. Como todas as diretrizes no campo social, deve ser entendida como um padrão mínimo ou básico, no sentido de que estabelece um núcleo das condições mínimas de trabalho que os Estados-membros devem garantir (ALES; BRUUN; BÜCKER; DORSSEMONT; JONSSON; LEURS; NOVITZ; REED; UNTERSCHÜTZ; WALTER; WARNECK, 2010).

No Caso Laval, o TJUE estabeleceu uma mudança de interpretação, em comparação com sua jurisprudência anterior, ao definir que a Diretiva limita o nível de proteção garantido aos trabalhadores destacados. Nem o Estado-membro de acolhimento nem os parceiros podem impor condições mais favoráveis que vão além do obrigatório pelas regras de proteção mínima estabelecidas na Diretiva (ALES; BRUUN; BÜCKER; DORSSEMONT; JONSSON; LEURS; NOVITZ; REED; UNTERSCHÜTZ; WALTER; WARNECK, 2010)

De acordo com TJUE, o artigo 12 do TCE, que consagrou o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, apenas é aplicável de modo autônomo às situações para as quais o

⁵ [...] no impide que los Estados miembros impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3 en la medida en que se trate de disposiciones de orden público (QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, p. 840).

Tratado não preveja normas específicas de não discriminação. No que respeita à livre prestação de serviços, o artigo 49 do TCE (UNIÃO EUROPEIA, 1957) determina que um Estado-membro não pode proibir um prestador de serviços estabelecido em outro Estado-membro de se deslocar para seu território com seus trabalhadores e também não pode obrigar o prestador de serviços a sujeitar a deslocação do seu pessoal a condições mais restritivas, conforme esclarece Däubler:

Na UE, a liberdade de prestação de serviços implica o direito dos empregadores de enviar seus trabalhadores para outro Estado-membro. Se o nível salarial médio “em casa” for 10% do nível salarial no país onde o trabalho é realizado, ocorrerá automaticamente o *dumping* social. A diretiva da CE sobre trabalhadores destacados traz uma proteção modesta. Algumas regras fundamentais, como proteção à saúde e salários mínimos, serão aplicadas, mas não há mais adaptações aos padrões sociais do país anfitrião. No setor de construção, são aplicados acordos coletivos sobre salários mínimos e férias anuais; os Estados-membros podem incluir outras áreas da economia. A Diretiva é interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia de maneira que outras regras em acordos coletivos (por exemplo, sobre salários normais) não se aplicam. O Tribunal considera que a Diretiva tem um caráter exaustivo que define o padrão mais alto possível (DÄUBLER, 2018, p. 26, tradução nossa).⁶

⁶ *In the EU, the freedom to deliver services implies the right of employers to send their workers to another Member State. If the average wage level ‘at home’ is 10 % of the wage level in the country where the work is done, automatically social dumping will occur. The EC-directive on posted workers brings a modest protection. Some fundamental rules like health protection and minimum wages will apply, but there is no further adaptation to the social standards of the host country. In the construction sector collective agreements about minimum wages and annual leave apply; the Member States can include other parts of the economy. The directive is interpreted by the European Court of Justice in a way that other rules in collective agreements (e.g. about normal wages) do not apply. The Court considers the directive to have an exhausting character defining at the same time the highest possible level (DÄUBLER, 2018, p. 26).*

Dado que a União tem uma finalidade econômica e uma finalidade social, os direitos que decorrem das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias devem ser ponderados com os objetivos prosseguidos pela política social, dentre os quais figuram a melhoria das condições de vida e de trabalho (NEVES; ASFORA, 2016).

Outro pedido referia-se ao artigo 49 do TCE (UNIÃO EUROPEIA, 1957), o qual questionou se a proibição de as organizações sindicais desencadearem ação coletiva com o objetivo de revogar ou de modificar uma convenção coletiva celebrada por terceiros estaria subordinada à condição de que a referida ação coletiva dissesse respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplicasse diretamente.

A legislação sueca referente à remuneração tinha por objetivo criar condições de concorrência leal entre empregadores suecos e empresários provenientes de outros Estados-membros. A Suécia aplicava às empresas estrangeiras o mesmo tratamento destinado às empresas nacionais que não celebraram uma convenção coletiva, criando uma discriminação contra as sociedades estrangeiras, pois não levava em consideração as convenções coletivas que as vinculavam no Estado-membro onde estavam estabelecidas (NEVES; ASFORA, 2016).

Isso posto, o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a) declarou que os artigos 49 do TCE (UNIÃO EUROPEIA, 1957) e 3º da Diretiva 96/71/CE deveriam ser interpretados no sentido de que uma organização sindical não poderia obrigar, por meio de ação coletiva, um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-membro a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulassem, para algumas matérias, condições mais favoráveis do que as oriundas das disposições legislativas existentes ou de cláusulas que tivessem por objeto matérias não mencionadas no artigo 3º da Diretiva 96/71/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1996). Miziara esclarece que:

O entendimento do Tribunal tem sido o de que os Estados-membros de acolhimento só podem

estender aos trabalhadores destacados regimes que decorram de lei imperativa [ou de] convenções com eficácia *erga omnes*, o que não era o caso da Suécia. Se fosse, a ação coletiva teria sido legítima. O Tribunal foi, pois, confrontado com uma situação na qual um sindicato sueco pretende impor [a] uma empresa, por meio de negociação coletiva, um regime de condições de trabalho que não era obrigatoriamente aplicáveis a todos os empresários suecos concorrentes (MIZIARA, 2019, p. 49).

Quanto ao direito de greve e às liberdades econômicas, o Tribunal utiliza-se da proporcionalidade ao declarar que as ações coletivas tomadas para proteger os interesses dos trabalhadores do Estado anfitrião contra o *dumping* social podem constituir, em princípio, uma razão de interesse público, o que justifica uma restrição de uma das liberdades fundamentais.

Porém, no caso concreto, entendeu que a ação promovida pelas entidades sindicais não poderia ser justificada pela Diretiva ou por razões imperiosas de interesse público (ALES; BRUUN; BÜCKER; DORSSEMONT; JONSSON; LEURS; NOVITZ; REED; UNTERSCHÜTZ; WALTER; WARNECK, 2010). As situações de colisão entre direitos fundamentais sociais e liberdades econômicas foram resolvidas pelo método da ponderação, delimitado pelo princípio da proporcionalidade.

A técnica da ponderação foi desenvolvida e amplamente divulgada por Robert Alexy, que defende que a decisão de prevalência de um princípio sobre outro, em caso de colisão, deve advir da ponderação entre eles na análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Alexy explica que:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou

seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2014, p. 117).

A proporcionalidade deve considerar a intensidade da restrição ao direito social relativamente ao favorecimento do outro direito ao qual se quer designar uma proteção, sendo, portanto, um instrumento justificativo de eventual restrição a ser aplicado no caso concreto. No caso em tela, a proporcionalidade foi elevada a um critério de determinação se a greve causa ou não entrave às atividades econômicas.

Destarte, o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 1996) concluiu que a greve convocada havia excedido a proporcionalidade, pois seus promotores pretendiam que se aplicassem condições de trabalho ao deslocamento dos trabalhadores que estavam fora da faixa dos mínimos garantidos pela norma comunitária mencionada. A greve envolvia a exigência de condições a uma empresa que exercia seu direito à livre prestação de serviços não suportadas pelo direito comunitário. Nesse sentido, García Murcia, Castro Argüelles, Escribano Gutiérrez, Llano Sánchez, Nieves Nieto e Rodríguez Cardo afirmam:

A contundência dessas sentenças ao preservar as liberdades econômicas (liberdade de estabelecimento e liberdade de prestar serviços em outro país da comunidade) contra o exercício de ações coletivas, como a greve, deu origem a fortes reações sindicais e a um grande debate no seio da doutrina do trabalho (GARCÍA MURCIA; CASTRO ARGÜELLES; ESCRIBANO GUTIÉRREZ; LLANO SÁNCHEZ; NIEVES NIETO; RODRÍGUEZ CARDO, 2017, p. 140, tradução nossa).⁷

⁷ *La contundencia de estas sentencias a la hora de preservar las libertades económicas (la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en otro país comunitario) frente al ejercicio de acciones colectivas como la huelga dio lugar a patentes reacciones sindicales y a un gran debate en el seno de la doctrina laboralista* (GARCÍA MURCIA; CASTRO ARGÜELLES; ESCRIBANO GUTIÉRREZ; LLANO SÁNCHEZ; NIEVES NIETO; RODRÍGUEZ CARDO, 2017, p. 140).

O TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a) considerou que os direitos fundamentais da contratação coletiva e da ação coletiva, mormente de greve, devem ser exercidos no respeito pelos princípios estruturantes da União Europeia, nomeadamente pelas liberdades económicas fundamentais. Essa simples afirmação de limites desencadeou uma série de críticas, no sentido de que não se poderia sujeitar o social ao económico. Outros afirmaram que as referidas liberdades económicas fundamentais são apenas interesses empresariais, aos quais não deveria ser atribuída a mesma posição hierárquica que ao direito de contratação coletiva e ao direito de greve (GOMES, 2018, p. 136).

A integração europeia tem uma dimensão social e outra económica. Desde uma perspectiva de regulação do mercado, as razões económicas têm maior legitimidade para impor restrições aos direitos sociais e à lei – e, na sua busca por um equilíbrio, não está disposta a priorizar a proteção do trabalhador. Quando prevalece uma lógica de proteção dos direitos sociais fundamentais, o ponto de equilíbrio desloca-se em favor dos trabalhadores. Em qualquer caso, ninguém pode colocar em dúvida que, ainda que de maneira parcial e fragmentada, na União Europeia desenvolveu-se uma dimensão social (GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, 2017, p. 41-42).

Logo, ainda que o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a) tenha decidido pela preponderância das liberdades económicas sobre as liberdades sociais coletivas, o acórdão do Caso Laval é considerado um marco no reconhecimento da greve e das demais ações coletivas como direitos fundamentais da União Europeia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou apresentar uma avaliação crítica da decisão proferida pelo TJUE no *Caso Laval un Partneri Ltd* (Letônia) vs. *Svenska Byggnadsarbetareförbundet* e outros (Suécia), conhecido como Caso Laval. Conforme exposto, relevante destacar o reconhecimento de que o artigo 49 do TCE tem efeito direto

horizontal contra os sindicatos, tendo o Tribunal afirmado que não considera os sindicatos organismos públicos, ou seja, o efeito é legitimamente horizontal.

A doutrina considera que o TJUE (UNIÃO EUROPEIA, 2007a), na decisão do Caso Laval, juntamente com o Caso Viking,⁸ reconheceu efetivamente o direito de greve no âmbito da União Europeia como um direito fundamental. Por outro lado, ao afirmar que esse direito deve ser exercido com limites relacionados às liberdades econômicas, foi alvo de muitas críticas. Nos dois casos, discutia-se o justo meio entre o direito de greve e das liberdades econômicas estabelecidas nos Tratados da União Europeia, decidindo a Corte pela prevalência do princípio da livre prestação de serviço, tendo por fundamento o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALES, Edoardo; BRUUN, Niklas; BÜCKER, Andreas; DORSSEMONT, Filip; JONSSON, Claes-Mikael; LEURS, André; NOVITZ, Tonia; REED, Hannah; UNTERSCHÜTZ, Joanna; WALTER, Torsten; WARNECK, Wiebke. **The ECJ's Viking, Laval and Ruffert judgements: consequences and policy perspectives**. Brussels: ETUI aisbl, 2010. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/gurn/00379.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁸ O Acórdão do TJUE, de 11 de dezembro de 2007 (Processo C-438/05) (UNIÃO EUROPEIA, 2007b), tratou de ação que tinha por objeto a interpretação do artigo 43 CE (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro) e do Regulamento nº 4.055/86 do Conselho, de 22 de dezembro de 1986 (UNIÃO EUROPEIA, 1986), que aplicava o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-membros e Estados-membros para países terceiros. Esse pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que envolveu a Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) e o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU) contra a Viking Line ABP (Viking) e sua filial Viking Line Eesti (Viking Eesti), a propósito de ação coletiva com o intuito de dissuadir a Viking de mudar o pavilhão (bandeira) finlandês de um dos seus navios (Rosella) e registrá-lo sob o pavilhão de outro Estado-membro.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

DÄUBLER, Wolfgang. Human dignity of workers and competition. *In*: JAN, Buelens; MARC, Rigaux (Ed.). **From social competition to social dumping**. Cambridge Core - International Economics: 2018. p. 21-32. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327814366_From_Social_Competition_to_Social_Dumping. Acesso em: 4 dez. 2019.

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

GARCÍA MURCIA, Joaquín; CASTRO ARGÜELLES, María Antonia; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan; LLANO SÁNCHEZ, Mónica; NIEVES NIETO, Nuria de; RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral y social: del concepto de trabajador al ejercicio de derechos de acción colectiva. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Santiago, v. 8, n. 15, p. 115-141, 2017.

GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Manuel Antonio. **La negociación colectiva europea de sector**. Albacete: Editorial Bormazo, 2017.

GOMES, Julio. Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução no nível europeu. *In*: REIS, João; LIBERAL FERNANDES, Francisco; SILVA ROUXINOL, Milena; GOMES, Júlio; REDINHA, Maria Regina; PÉREZ CAMPOS, Ana I.; PINTO PIRES, Ana Margarida Martins; DIAS FERREIRA, Diogo Figueiredo Perfeito; OLIVEIRA SANTOS, Ana Rita. **Estudos laborais**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 125-182. *E-book*. (Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas, n. 8).

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO). **Rules of the game: a brief introduction to International Labour Standards**. 3. ed., rev. Geneva: ILO, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NEVES, Helena Telino; ASFORA, Raphaella Viana Silva. Comentários aos Acórdãos Viking e Laval: o direito de greve na União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 28, p. 68-78, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/>. Acesso em: 8 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. TJCE: Sentencia de 18.12.2007, LAVAL, C-341/05, Libre prestación de servicios, desplazamiento de trabajadores, la supuesta legalización del *dumping* social en el interior de la unión europea. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, Madrid, n. 31, p. 835-848, set./dez. 2008.

ROMITA, Arion Sayão. Comentário ao art. 9º. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 639-645.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, C 202/389, 7 jun. 2016b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016P/TXT>. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. **Jornal Oficial**, Bruxelas, n. L 018, p. 0001-0006, 21 jan. 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996L0071&from=PT>. Acesso em: 24 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 4.055, de 22 de dezembro de 1986. Aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-membros e Estados-membros para países terceiros. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Bruxelas, N° L 378 / 1, 31 dez. 1986. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31986R4055>. Acesso em: 26 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Traité instituant la Communauté Économique Européenne et documents annexes**. 1957. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>. Acesso em: 7 jul. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2016/C 202/01, p. 47, 7 jun. 2016a. (Versão consolidada em: 1º mar. 2020). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT>. Acesso em: 25 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE. **Acórdão de 11 de dezembro de 2007, Processo C-438/05**, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234 CE, apresentado pela Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido). 2007b. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71495&doclang=PT>. Acesso em: 26 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE. **Sentença (Grande Seção), Processo C-341-05**, Laval un Partneri, 18 de dezembro de 2007. 2007a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0341&from=FR>. Acesso em: 24 jun. 2020.

CONTRATO DE TRABALHO E DESPEDIDA ARBITRÁRIA: uma análise luso-brasileira

EMPLOYMENT CONTRACT AND UNMOTIVATED RESIGNATION: *portuguese-brazilian analysis*

Ariel Stopassola*

RESUMO

O contrato de trabalho é um contrato-realidade. Sua formação brota dos fatos, quando presentes determinadas circunstâncias previamente definidas por lei, independentemente da forma atribuída pelas partes. Portugal e Brasil regulam de forma similar a caracterização da relação de emprego, mas protegem em densidade diferente a ruptura contratual por iniciativa da empresa. Este artigo tem a pretensão de demonstrar essas distinções, especialmente à luz das Constituições de cada nação pesquisada.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato de trabalho. Despedida imotivada. Estabilidade. Continuidade da relação de emprego. Direito comparado.

ABSTRACT

The contract of employment is a contract-reality. Its formation springs from the facts, when given certain circumstances previously defined by law, regardless of the form assigned by the parties. Portugal and Brazil similarly regulate the characterization of the employment relationship, but they protect in different density the contractual rupture by initiative of the company. This article intends to demonstrate these distinctions, especially in light of the constitutions of each nation surveyed.

* Advogado. Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Presidente da OAB/RS - Subseção de Canela/Gramado no triênio 2013/2015. Vice-presidente da mesma Subseção no triênio 2016/2018 e Conselheiro Subseccional no triênio 2019/2021. E-mail: ariel@stopassola.com.br.

KEYWORDS

Employment contract. Unmotivated resignation. Stability. Continuity of employment relationship. Comparative law.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Contrato de trabalho. Breve incursão histórica;
 - 3 Requisitos de formação do contrato de trabalho: Portugal e Brasil. Princípios da segurança e da continuidade no emprego;
 - 4 Dissolução do contrato de trabalho. Resilição, resolução, revogação, rescisão e força maior. Conceitos;
 - 5 Portugal: proibição da despedida arbitrária;
 - 5.1 Fato imputável ao trabalhador;
 - 5.2 Despedimento coletivo;
 - 5.3 Despedimento por extinção do posto de trabalho;
 - 5.4 Despedimento por inadaptação;
 - 5.5 Consequências da ilicitude do despedimento;
 - 6 Brasil. Vedação à despedida imotivada;
 - 7 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 24/06/2019

Data de aprovação do artigo: 09/03/2020

1 INTRODUÇÃO

Brasil e Portugal proíbem a despedida arbitrária ou sem justa causa nas relações de trabalho. É o que emana das respectivas Constituições vigentes. No solo brasileiro, veremos, a norma tem eficácia contida.

No entanto, esse desate contratual está proibido **apenas quando formado** um contrato de trabalho. Noutros termos, para imantar a proteção constitucional e preceptivos legais, é necessário que se caracterize um contrato de emprego¹. Por isso, o presente

¹ Trataremos **contrato de trabalho** e **contrato de emprego** como sinônimos. A primeira expressão é utilizada com largueza no Código do Trabalho português e na Consolidação das Leis do Trabalho brasileira. Entretanto, a literatura brasileira utiliza como sinonímias as expressões **contrato de emprego** ou **relação de emprego** para designar as situações em que estão presentes os

artigo tratará, em breves linhas, dos requisitos de concepção desse contrato de tipo nominado.

Mas esse não será o escopo principal; embora importantes os pressupostos de configuração do vínculo de emprego, o estudo tem outra delimitação: abordar os diferentes matizes constitucionais – limitativos ou permissivos – respeitantes à dissolução do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

O problema central, pois, está vinculado às **opções constitucionais** de cada nação; visa abordar as restrições à liberdade de desvincular o trabalhador da empresa, pois Brasil e Portugal emprestam densidade protetiva diferente nesse domínio. Por isso, o conteúdo do presente ensaio não deixa de ser descritivo (no tocante aos limites da autonomia da vontade – por parte do empregador, para dissolver o contrato de trabalho).

Para cumprir a rota programada, principiamos com um breve relato histórico do contrato de trabalho; em seguida, avançamos às formas de cessação dos contratos em geral, contemplando o contrato de emprego; ao cabo, expor-se-ão as hipóteses de dissolução contratual, sempre por iniciativa do empregador, nos contratos de trabalho em Portugal e, comparativamente, no Brasil, visando extrair considerações finais.

2 CONTRATO DE TRABALHO. BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

No direito romano, havia somente duas formas de trabalho livre, diferentes da relação de emprego da atualidade. Tratava-se da *locatio operis*, onde importava o **resultado** (a obra) (portanto, semelhante ao contrato de empreitada), assim como a *locatio operarum*, onde afiguravam-se relevantes os **serviços prestados** (similar à locação de serviços do direito civil contemporâneo) (ALVES, 2018, p. 539-540).

respectivos requisitos de formação desse contrato nominado. A Constituição Federal brasileira de 1988 protege a **relação de emprego** contra a despedida arbitrária (art. 7º, inciso I).

O contrato de trabalho livre, mas subordinado, é um fenômeno relativamente recente. No século XIX predominava o labor servil e, anteriormente, sob forma escrava (DELGADO, 2016, p. 298).

A Revolução Industrial provocou redução expressiva nos salários, pois a mão de obra artesanal foi substituída pela máquina (que, por sua vez, produzia em série) (VIANNA, 2000, p. 32). Esse fato marcante, verificado na segunda metade do século XVIII, naturalmente desencadeou um movimento da classe operária por melhores condições de trabalho, por leis mais protetivas ao trabalho.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943) reuniu diversos diplomas legislativos avulsos de regulamentação do trabalho subordinado, com as características do vínculo de emprego.

Em Portugal, as primeiras regulamentações do trabalho se encontram no Código Civil de 1867. Pressupondo uma paridade formal, regulava, em poucos artigos, o “serviço salariado”, a “aprendizagem” e o “serviço doméstico” (que incluía os “criados de lavoura”). Mais tarde, o Decreto de 14 de abril de 1891 inaugurou um sistema mínimo de proteção legal de mulheres e menores (dispondo sobre a idade mínima de trabalho, duração máxima de labor etc.). Com a primeira República em 1910, seguiram-se legislações avulsas para regular direito de greve, responsabilidade por acidente do trabalho e jornada máxima de trabalho. Com a queda da primeira república pelo “Estado Novo” em 1926, sobrevieram a Constituição Política de 1933 e o Estatuto do Trabalho Nacional no mesmo ano. Surgiu o DL 49408/69, de 24 de novembro, relativo à Lei do Contrato de Trabalho (LCT). Em 2003 e 2009, Portugal codificou a legislação material do trabalho, com a finalidade de sistematizar o conjunto de normas (FERNANDES, 2017, p. 45-58).²

² A evolução legislativa não é exaustiva, senão meramente referencial, para demonstrar um movimento de crescente regulamentação do trabalho (intervencionismo estatal), mas que, no final dos anos 1980 e início de 1990, abala-se por um sopro neoliberal de flexibilização.

3 REQUISITOS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO: Portugal e Brasil. Princípios da segurança e da continuidade no emprego

Atualmente, o contrato de emprego constitui “a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista” (DELGADO, 2016, p. 298).

Sua formação está condicionada a pressupostos específicos e brota do contexto fático, independentemente da **forma** que lhe outorguem as partes contratantes. Por isso, o contrato de trabalho é um “contrato-realidade”.³

O Código Civil português de 1966 prevê a noção do contrato de trabalho como sendo

aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta (art. 1.152) (PORTUGAL, 2018).

O Código do Trabalho lusitano de 2009 contém praticamente igual previsão (art. 11):

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas (PORTUGAL, 2009b).

³ Em Portugal, a lei **presume** o contrato de trabalho sob certas circunstâncias fáticas (art. 12 do Código do Trabalho – Lei 7/2009, de 12 de fevereiro): a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; c) O prestador de atividade observe as horas de início e de término da prestação, determinadas pelo beneficiário desta; d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida desta; e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa (PORTUGAL, 2009b).

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho (2016, p. 20), os conceitos devem ser conjugados. Enquanto o Código Civil estabelece o trabalho **intelectual ou manual**, o Código do Trabalho (CT) registra a figura da **pluralidade de empregadores**. A nosso juízo, o CT estabelece a característica *intuito persona* da relação juslaboral, ao registrar o labor prestado por pessoa **singular**.

Em linhas gerais, são pressupostos do contrato de trabalho pela legislação portuguesa: pessoa singular (pessoalidade), retribuição (onerosidade), prestação de serviços (atividade laboral), no âmbito da organização dos beneficiários do trabalho (subordinação jurídica) (RAMALHO, 2016, p. 23).

No Brasil, a CLT considera empregado a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º) (BRASIL, 1943).

Comparativamente, o Brasil inscreve praticamente os mesmos requisitos da lei portuguesa; entretanto, acresce o pressuposto da **não eventualidade** na prestação de serviços. Portanto, ainda que prestado por pessoa singular, mediante salário, sob dependência do empregador (requisitos até aqui coincidentes com a lei portuguesa), deve ser aplicada a **teoria dos fins da empresa** (CAIRO JÚNIOR, 2014, p. 268-269), segundo a qual o labor deve estar relacionado, direta ou indiretamente, às atividades normais do empregador.⁴

Formado o vínculo de emprego, o desate passa a receber proteção legal.

Daí exsurge, na Constituição lusitana, o **princípio da segurança no emprego**. António Monteiro Fernandes (2018, p. 134) obtempera que esse princípio permeou os legisladores europeus

⁴ Essa definição encontra assento no ordenamento brasileiro: art. 9º, § 4º, do Decreto 3.048: Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa (BRASIL, 1999).

na segunda metade do século XX, nomeadamente, no caso de Portugal, por conta da instabilidade política e perturbação econômica, necessitando, por isso, a intervenção legislativa para assegurar a estabilidade no emprego.

Ao tratar da Carta Magna brasileira, José Afonso da Silva itera que:

se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição (SILVA, 2017, p. 293).

Daí compreende-se que a indenização (pelo despedimento) é sucessiva a um direito que lhe precede: ao da garantia de emprego. Entretanto, conforme será abordado à frente, a noticiada garantia não é tida como **princípio** no ordenamento brasileiro, pois carece de autoaplicabilidade. Em verdade, o princípio é da **continuidade da relação de emprego**.⁵

Aqui reside a primeira diferença importante: enquanto Portugal assenta o contrato de trabalho no princípio da **segurança** no emprego, criando mecanismos para concretizá-lo, o Brasil hauriu a princípio a **continuidade** do vínculo contratual, pois o constituinte originário relegou à lei complementar a regulação da segurança.

4 DISSOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO, REVOGAÇÃO, RESCISÃO E FORÇA MAIOR. CONCEITOS

Antes do estudo relacionado à dispensa por iniciativa do empregador, cumpre-nos estabelecer as diferentes formas de cessação dos contratos em geral, extensiva aos contratos de trabalho.

⁵ Nesse sentido, colhe-se da Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (BRASIL, 2003).

A dissolução pode ocorrer por **resilição**, **resolução**, **revogação**, **rescisão** e **força maior**.

No âmbito dos contratos de trabalho, a **resilição** ocorre quando há **mútuo acordo** ou quando se opera o **direito potestativo unilateral** de resilir o ajuste; nesse último caso, independe da aceitação da outra parte; portanto, é ato de índole constitutiva e tem natureza receptícia (MARANHÃO, 2000, p. 562-563).

Já a **resolução** ocorre por **inexecução faltosa**, por descumprimento das obrigações por uma das partes. Considerando que o contrato de trabalho é sinalagmático (envolve obrigações recíprocas entre as partes), o descumprimento dessas obrigações, a depender da gravidade, pode permitir que seja o mesmo **resolvido** por uma das partes (MARANHÃO, 2000, p. 565).

Segundo Délio Maranhão (2000, p. 566), a **rescisão** ocorre quando há **nulidade** do contrato, absoluta ou relativa.⁶

Já a **revogação** é própria dos contratos a título gratuito, embora possa ocorrer nos casos de contrato oneroso (v. g. mandato). Entretanto, o Código do Trabalho português de 2009 considera a revogação como uma das formas de cessação do contrato de trabalho, quando empregador e trabalhador, por acordo, assim estabelecem.

No que concerne à **força maior**, trata-se da impossibilidade de execução de qualquer contrato (MARANHÃO, 2000, p. 561).

No presente trabalho, valemo-nos das expressões genéricas **dissolução** ou **cessação** do contrato de trabalho, embora a pretensão seja referir-nos ao desate por iniciativa do empregador.

⁶ O Código do Trabalho português preconiza que “a nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada” (art. 121, n° 1), disciplinando que “o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado” (art. 122, n° 1) (PORTUGAL, 2009b).

Tecnicamente, a dispensa por vontade da empresa corresponde à **resilição** ou, quando motivada por inexecução faltosa do empregado, por meio de **resolução**.

5 PORTUGAL: proibição da despedida arbitrária

A Constituição da República de Portugal inaugura os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores com o direito à segurança no emprego.⁷ Trata-se do art. 53, que preconiza:

É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos (PORTUGAL, 2009b).⁸

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conhecida como Convenção de Genebra de 1982, foi ratificada em Portugal⁹ no ano de 1994. Entre outras disposições, restringe a cessação do contrato por motivos relacionados à **capacidade** ou ao **comportamento** do trabalhador (art. 4º), desde que o último possa defender-se das acusações que lhe forem feitas (art. 7º). Permite que o país preveja, no âmbito interno, motivos **econômicos, tecnológicos, estruturais** ou **análogos** (art. 14) para despedimento, o que efetivamente ocorreu em Portugal, conforme trataremos adiante. Entretanto, a Convenção 158 da OIT atribuiu ao empregador o peso da prova sobre a causa justificadora do despedimento (art. 9º, nº 2, “a”) (ORGANIZAÇÃO, 1982).

⁷ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 707) advertem que o direito à segurança no emprego consta como o **primeiro** dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores na Constituição portuguesa, o que, de certa forma, consubstancia o próprio direito à vida do trabalhador; o direito de manter-se empregado.

⁸ O Código do Trabalho de 2009 corrobora: É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos (PORTUGAL, 2009b).

⁹ Por meio do Decreto do Presidente da República 68/94 de 27 de agosto.

A partir do ano de 1975, por meio de diplomas legais avulsos, Portugal passou a permitir a cessação do contrato pelo empregador, apenas por justa causa disciplinar e por despedimento coletivo, o que vigorou por quase uma década e meia (FERNANDES, 2017, p. 523). Essa rigidez na cessação do contrato levou à multiplicação dos contratos a termo (RAMALHO, 2016, p. 747). Contudo, essa inflexibilidade foi reduzida pela LCCT de 1989¹⁰, que passou a permitir outras formas de despedida por iniciativa do empregador: extinção do posto de trabalho e inadaptação do trabalhador. Essa mesma lei dispensou a autorização administrativa para o despedimento coletivo (FERNANDES, 2017, p. 522-524).

Embora perceba-se um movimento pendular (ora enrijecendo-se a garantia constitucional de permanência do trabalhador no posto de trabalho, ora flexibilizando-a), fato é que persiste, nomeadamente com a vigência da Constituição da República de Portugal de 1976, o **princípio da segurança no emprego** ou o **princípio da proibição dos despedimentos sem justa causa** (RAMALHO, 2016, p. 737), inclusive com a garantia de imutabilidade, limitando, por isso, a revisão constitucional pelo constituinte derivado.¹¹

E, para dar concretude à proteção constitucional, o ordenamento jurídico português consagra mecanismos que levam à **impessoalidade** na dissolução contratual de trabalho, independentemente da **identidade** do empregado (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 710). Por isso, em Portugal, o despedimento por iniciativa

¹⁰ Decreto-Lei 64-A/89, de 27 de fevereiro, que instituiu o Regime Jurídico de Cessação do Contrato Individual de Trabalho e da Celebração e Caducidade do Contrato de Trabalho a Termo, conhecida pela sigla LCCT (PORTUGAL, 1989).

¹¹ Nesse sentido, o art. 288 da Constituição da República de Portugal de 1976 estabelece limites materiais de revisão, *in verbis*: As leis de revisão constitucional terão de respeitar: [...] e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (PORTUGAL, 1976).

do empregador atualmente está circunscrito¹² a quatro hipóteses bem delimitadas:

- a) por ato imputável ao trabalhador (justa causa subjetiva);
- b) coletivo;
- c) por extinção do posto de trabalho;
- d) por inadaptação.

Vejamos cada uma das hipóteses:

5.1 Fato imputável ao trabalhador

A noção de justa causa **subjetiva** compreende o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho¹³.

O sistema português, tal qual o brasileiro, segue hipóteses taxativas (*numerus clausus*) na delimitação dos comportamentos¹⁴

¹² O Código do Trabalho de 2009 prevê outras formas – não taxativas – de cessação do contrato de trabalho: pela **caducidade** (quando verifica-se o **termo** do contrato; uma impossibilidade superveniente do trabalhador de prestar serviço e do empregador de recebê-lo; ou pela reforma do trabalhador, nos casos de velhice e invalidez); pela **revogação** (por acordo entre empregado e empregador); por iniciativa do trabalhador, a saber: **resolução** (quando há justa causa no comportamento do empregador) ou por **denúncia** (quando não há justa causa para a ruptura contratual, senão a decisão unilateral do empregado de resilir) (PORTUGAL, 2009b). No presente estudo, pretendemos delimitar as quatro hipóteses de cessação do contrato por iniciativa do empregador, porquanto relacionadas à limitação do princípio da autonomia da vontade.

¹³ Art. 351, nº 1, do Código do Trabalho de 2009 (PORTUGAL, 2009b).

¹⁴ A despeito das hipóteses que legitimam a justa causa, conferir o art. 351, nº 2, do Código do Trabalho de 2009. Apenas a título exemplificativo, citam-se alguns dos comportamentos: desobediência ilegítima de ordens provenientes de superiores hierárquicos; provocação repetida de conflitos com trabalhadores da empresa; faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco; reduções anormais de produtividade, e assim por diante. Mas, para além das tipificações fáticas, é necessário “**nexo de causalidade** entre

que motivam a dissolução do contrato por justa causa do trabalhador. Para fundamentar o ato imputável, a empresa deve emitir a “nota de culpa”, lastreada em inquérito prévio, quando necessário, para fundamentá-la. A nota de culpa deve ser encaminhada à comissão de trabalhadores e ao sindicato representativo dos empregados, quando o trabalhador for representante sindical.

O trabalhador dispõe de 10 dias úteis para consultar o processo e responder à referida nota. Portanto, **abre-se efetivo contraditório**, na esfera administrativa-empresarial. Em seguida, instaura-se a instrução do procedimento; o empregador pode ouvir testemunhas e realizar diligências. A comissão de trabalhadores pode apresentar parecer. Ultimada a instrução, a empresa dispõe de 30 dias para proferir decisão fundamentada e por escrito (ato solene) acerca do despedimento, sob pena de caducidade do direito de aplicar a sanção.

A rigidez formal do processo de despedimento motivado é característica do sistema português, que preconiza quatro fases bem demarcadas: acusação, defesa, instrução e decisão (SOUZA, 2017, p. 20). A inobservância dos procedimentos legais torna insubsistente o desate contratual, que pode ser anulado pelo Tribunal, quando provocado por **ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento**¹⁵. Portanto, passa a interessar ao empregador, que detêm o ônus da prova, a observância dos aspectos formais e materiais que dão sustentáculo ao procedimento, sob pena de anulação do ato.

Nesse ponto, o sistema de aplicação da justa causa é bastante distinto do brasileiro; nesse último, a empresa pode decidir pela aplicação da pena máxima, sob revisão judicial, se assim pretender o demissionário. Porém, a anulação judicial da justa causa

esse comportamento e a impossibilidade de subsistência da relação laboral” (PORTUGAL, 2010, grifo nosso).

¹⁵ Prevista no art. 98-B e ss. do Código de Processo do Trabalho Português (PORTUGAL, 1999).

provoca mera **conversão** da despedida em ruptura do liame **sem justo motivo**, quando esvaziados os fundamentos determinantes da pena máxima. Como consequência, a lei brasileira limita-se a prever efeitos pecuniários (a exemplo da indenização do período relativo ao aviso prévio e acréscimo de 40% sobre valores depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, assim como o recebimento de documentos para habilitação no programa do seguro-desemprego, pago pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador¹⁶, e não pelo empregador). A desconstituição da justa causa, porém, diversamente do sistema lusitano, não promove a reintegração do trabalhador, salvo exceções legais.

5.2 Despedimento coletivo

O sistema de despedimento português foi estruturado na impessoalidade. Por isso, o desligamento do trabalhador, ainda que justificado por razões econômicas, não comporta individualização. Desse modo, a ruptura contratual pela via coletiva tem fundamento **objetivo**, não vinculado com o comportamento do trabalhador.¹⁷

Visando a harmonizar o mercado interno, a Directiva 98/59/CE do Conselho prevê a aproximação das legislações dos Estados-membros da União Europeia, relativamente aos despedimentos coletivos (UNIÃO EUROPEIA, 1998). Mesmo assim, o sistema português prevê indenizações menores, se comparado aos demais países europeus (RAMALHO, 2016, p. 875), nomeadamente pelas sucessivas reduções oriundas do Memorando de Entendimento entre Portugal, Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia (essas três últimas instituições formam a *Troika*).

¹⁶ Art. 10 da Lei 7.998, (BRASIL, 1990a), com a redação que lhe foi atribuída pela Lei 12.513 (BRASIL, 2011).

¹⁷ Segundo António Monteiro Fernandes (2017, p. 616), as razões **subjetivas** não integram o despedimento coletivo. Ainda que a despedida seja coletivamente empreendida (em razão do comportamento do grupo de trabalhadores), não se trata de despedimento coletivo. Esse último é de causa objetiva, não subjetiva.

Em Portugal, entende-se por coletivo o despedimento simultâneo (ou no período sucessivo de três meses) de duas ou mais pessoas (para micro ou pequena empresa) ou cinco ou mais trabalhadores (para média ou grande empresa)¹⁸, quando fundamentado por **motivos de mercado** (redução da atividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado), **motivos estruturais** (desequilíbrio econômico-financeiro, mudança de atividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes) e **motivos tecnológicos** (alteração nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controle ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação).¹⁹

Entre as hipóteses **objetivas** de desate contratual por iniciativa do empregador, o despedimento coletivo encontra maior incidência no direito português. Os motivos econômicos (subjacentes a esse tipo de cessação do contrato) “são dificilmente sindicáveis pelo tribunal” (RAMALHO, 2016, p. 882). Segundo António Monteiro Fernandes (2017, p. 619), o regime de despedimento coletivo é **claramente liberal**, pois envolve fatores subjetivos como as “expectativas”, “previsões” e “tendências” dos empresários.

De qualquer modo, a lei portuguesa determina a participação ativa dos trabalhadores e a intervenção do ministério responsável pela área laboral. Para viabilizar o despedimento coletivo, a empresa deve comunicar à comissão de trabalhadores e, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativa dos trabalhadores, contendo os **motivos** invocados

¹⁸ “Considera-se: microempresa aquela com menos de 10 trabalhadores. Pequena empresa aquela que emprega 10 a menos de 50 trabalhadores. Média empresa a que emprega 50 a menos de 250 empregados e grande empresa a que contrata mais de 250 trabalhadores” (art. 100 do Código do Trabalho (PORTUGAL, 2009b)).

¹⁹ Art. 359 do Código do Trabalho (PORTUGAL, 2009b).

para o despedimento, o **quadro de pessoal** com os setores da empresa, os **critérios** para seleção dos trabalhadores que serão despedidos e o número deles, entre outros requisitos formais.²⁰

Decidindo pelo despedimento coletivo, a empresa deve conceder um aviso prévio segundo a antiguidade do trabalhador, que vai de 15 a 75 dias, sem prejuízo da compensação (indenização) pela ruptura contratual, correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidade por cada ano completo²¹, com os limites estabelecidos pela Lei n.º 23 (PORTUGAL, 2012).²² Recebido o valor pelo trabalhador, presume-se que **aceitou** o despedimento, salvo quando devolver (ou colocar à disposição) o montante à empresa, para questionar a licitude da dissolução contratual.

5.3 Despedimento por extinção do posto de trabalho

Os motivos subjacentes ao despedimento por extinção do posto de trabalho são os mesmos do despedimento coletivo: **razões de mercado, estruturais ou tecnológicas**. A extinção do posto de trabalho, porém, permite o desligamento individual, o que não se confunde com a justa causa subjetiva (oriunda de fato imputável ao trabalhador), pois a extinção do posto de trabalho configura um despedimento por justa causa **objetiva** (FERNANDES, 2017, p. 598). Noutras palavras, os motivos determinantes da extinção do posto laboral não podem estar relacionados à conduta culposa do trabalhador ou do empregador²³.

²⁰ Art. 360 do CT (PORTUGAL, 2009b).

²¹ Arts. 363 e 366, n.º 1 do CT (PORTUGAL, 2009b).

²² A cessação por despedimento coletivo ganhou limites ainda maiores a partir da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Antes dela, previa-se a indenização mínima de três remunerações base mais diuturnidades. A redução da compensação foi objeto de ação perante o Tribunal Constitucional, que rejeitou o pedido de inconstitucionalidade dessa diminuição (Ac. 602/2013, de 20 de setembro), “por considerar que se trata de uma medida de contenção dos custos do trabalho que se justifica na conjuntura económica do país” (RAMALHO, 2016, p. 885).

²³ Conforme art. 368, n.º 1, “a” do CT. A verificação da conduta culposa do empregador (no âmbito do despedimento por extinção do posto de trabalho) é de

Prossegue o Código do Trabalho ao disciplinar essa modalidade de cessação contratual: permite-a quando presente a **impossibilidade prática** de subsistência do contrato; quando não existam, na empresa, contratos de trabalho a **termo** para tarefas correspondentes que possam ser preferencialmente extintos; e que não seja aplicável o despedimento coletivo (PORTUGAL, 2009a).

À guisa de contextualização histórica, o despedimento por extinção do posto de trabalho foi introduzido no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei 64-A (PORTUGAL, 1989). Mais adiante, fruto do Memorando de Entendimento firmado por Portugal com *Troika* em 2011²⁴, sobreveio a Lei nº 23 (PORTUGAL, 2012), possibilitando ao empregador definir os “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, o que, ao ver do Tribunal Constitucional, denotava conceitos vagos e indeterminados, pois transferia à empresa essa definição, estando, pois, em descompasso com o art. 53 da Constituição da República de 1976.

A declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato determinaria a repristinação da lei anterior²⁵. De qualquer modo, em razão

difícil avaliação pragmática. Maria do Rosário Palma Ramalho (2016, p. 903) esclarece que, “na parte em que se refere ao empregador, este requisito se deve limitar à exigência de que os motivos por ele indicados para a extinção do posto de trabalho não sejam meramente aparentes, disfarçando um despedimento com outro fundamento.”

²⁴ Colhe-se do item 4.5, II, do Memorando de Entendimento de 2011: “Os despedimentos individuais associados à extinção do posto de trabalho não devem necessariamente seguir uma ordem pré-estabelecida de antiguidade, se mais do que um trabalhador estiver destinado a funções idênticas (art. 368 do Código do Trabalho). A ordem pré-definida de antiguidade não é necessária desde que o empregador estabeleça um critério alternativo relevante e não discriminatório (semelhante ao já existente no caso dos despedimentos colectivos)”. Assim, a Lei 23/2012 pretendeu **flexibilizar** o despedimento por extinção do posto de trabalho, retirando o critério da antiguidade do trabalhador, permitindo ao empregador eleger critérios alternativos relevantes e não discriminatórios, cuja vagueza legitimou a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (PORTUGAL, 2013).

²⁵ Art. 282, nº 1, da CRP1976 9 (PORTUGAL, 1976).

da incompatibilidade com a Constituição (declarada pelo Tribunal Constitucional Português), sobreveio a Lei nº 27 (PORTUGAL, 2014), atualmente vigente, disciplinando uma sequência objetiva de critérios relevantes e não discriminatórios para o despedimento por extinção do posto de trabalho, quando existe pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico na empresa:

- a) pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;
- b) menores habilitações académicas e profissionais;
- c) maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;
- d) menor experiência na função;
- e) menor antiguidade na empresa. (Art. 368, nº 2, do CT (PORTUGAL, 2009b)).

No tocante à forma, essa modalidade de desate contratual requer a comunicação escrita à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou comissão sindical, ao trabalhador afetado pela dispensa e, se for representante sindical, à respectiva associação, contendo: os motivos justificativos; a necessidade de despedir o trabalhador afeto ao posto de trabalho a ser extinto e os critérios de seleção (Art. 369 do CT (PORTUGAL, 2009b)).

5.4 Despedimento por inadaptação

A última modalidade de cessação do contrato por iniciativa do empregador diz respeito à inadaptação **superveniente** do trabalhador ao posto de trabalho, que traduz impossibilidade prática de seguir o contrato, pelos seguintes motivos:

- a) redução continuada²⁶ de produtividade ou de qualidade;

²⁶ Aqui percebe-se alguma semelhança com a despedida por justa causa subjetiva (fato imputável ao trabalhador), em razão da redução anormal de produtividade (art. 351, nº 2, “m”, do CT. PORTUGAL, 2009b).

b) avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho;

c) riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros (desde que não provocados por fato imputável à empresa) (Art. 374 do CT (PORTUGAL, 2009b)).

A lei portuguesa prevê duas situações de extinção do contrato de trabalho por inadaptação: quando são introduzidas modificações no posto laboral e o empregado não se ajusta; ou quando o trabalho permanece o mesmo (sem modificação), mas a modificação substancial se verifica na prestação dos serviços pelo trabalhador.

No primeiro caso (quando se altera o posto de trabalho), a empresa deve esforçar-se para evitar o despedimento; por exemplo, tem o dever de ministrar formação profissional adequada às modificações no posto de trabalho e não pode haver outro posto disponível que seja compatível com a categoria profissional do trabalhador.

Quando o posto de trabalho se mantém igual (segundo caso) e, mesmo assim, sobrevém a inadaptação do trabalhador (a inadaptação deve ser superveniente), o empregado deve ser comunicado, com documentos probatórios, acerca da redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias aos meios afetos ao posto de trabalho ou risco para a segurança e saúde do trabalhador, de outros colegas ou terceiros, permitindo que o empregado se pronuncie por escrito.

Ao lado dessas duas hipóteses (quando há ou não modificação no posto de trabalho), coloca-se uma outra situação: quando o trabalhador está afeto a cargo de complexidade técnica ou direção, deixando de cumprir os compromissos escritos previamente ajustados, tornando praticamente impossível a subsistência do vínculo. Havendo ou não modificação no posto laboral, trata-se de inadaptação que permite a dissolução contratual.

Mas a licitude do despedimento por inadaptação demanda a **manutenção do nível de emprego**. Vale dizer, nos 90

dias seguintes ao despedimento (Art. 380 do CT (PORTUGAL, 2009b)), deve a empresa contratar ou transferir um trabalhador para a função que vagou.

5.5 Consequências da ilicitude do despedimento

Declarada a ilicitude do despedimento pelo Tribunal (em quaisquer das quatro modalidades de ruptura contratual por iniciativa do empregador acima sintetizadas), o trabalhador faz jus à reintegração no emprego, com o recebimento das retribuições desde o despedimento até o trânsito em julgado da decisão (Art. 390 do CT (PORTUGAL, 2009b)), sem prejuízo das indenizações patrimoniais e não patrimoniais.

Se o trabalhador optar por não ser reintegrado, o Tribunal deve arbitrar a indenização correspondente ao valor entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração (Art. 391 do CT (PORTUGAL, 2009b)). Em caso de microempresa ou trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direção, o empregador pode requerer que o Tribunal **substitua** a reintegração pela indenização; nesse caso, o valor a ser fixado corresponderá a entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração, garantindo-se, porém, um valor mínimo de seis meses de retribuição base e diuturnidades a título de compensação (Art. 392 do CT (PORTUGAL, 2009b)).

6 BRASIL. VEDAÇÃO À DESPEDIDA IMOTIVADA

A Consolidação das Leis do Trabalho, na sua redação original de 1943, assegurava a estabilidade para o trabalhador com mais de 10 anos de serviço (estabilidade decenal).²⁷ Em 1966, o Brasil criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), então

²⁷ Conforme o Art. 492 da CLT, o empregado que contar mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas (BRASIL, 1943).

opcional para o trabalhador, visando a permitir o despedimento por iniciativa da empresa, com acesso daquele ao saldo do fundo.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), que praticamente reformulou a Constituição de 1967, assegurou como direito dos trabalhadores a “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente.”

A partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa passou a figurar no rol de direitos sociais, **a depender de lei complementar**. Até hoje, a matéria não foi regulamentada, caracterizando a **proteção constitucional** como norma de efeito contido, segundo ensina José Afonso da Silva (2017, p. 293).

Nos debates que precederam o texto constitucional de 1988, estabeleceu-se natural dicotomia: desde constituintes mais liberais (que objetavam o desfazimento unilateral do contrato de trabalho com ampla liberdade) até aqueles de postura mais rígida em favor da classe trabalhadora (que pretendiam uma proibição quase absoluta do desate contratual por iniciativa da empresa) (SILVA, 2017, p. 292). A nosso juízo, vigorou uma posição intermédia, mas eficazmente ociosa.

O caminho percorrido até chegar-se à redação final demonstra um pendular debate de forças antagônicas. O substitutivo nº 1 da comissão de sistematização da Constituição inicialmente previu como garantia o “contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei”. Entretanto, o substitutivo nº 2 **aprofundou a densidade protetiva**, ao assegurar os seguintes direitos, segundo esclarece João Alberto de Oliveira Lima:

garantia de emprego, protegido contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em: [art. 6º, I] a) contrato a termo, nas condições e prazos da lei; [art. 6º, I] b) falta grave, assim conceituada em lei; [art. 6º, I] c) justa causa, fundada em fato

econômico intransponível, tecnológico ou em infortúnio na empresa, de acordo com critérios estabelecidos na legislação do trabalho (LIMA, 2013, p. 87).

O texto agora vigente preconiza como direito social:

relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (Art. 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988)).

José Afonso da Silva (2017, p. 292) aponta ambiguidade no texto atual, pois indaga: o que ficou a depender de lei complementar: a definição de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa? Ou a definição do que vem a ser a indenização compensatória? Para o autor, a relação de emprego protegida contra a despedida imotivada é de aplicabilidade imediata. Por isso, a lei complementar serviria para definir os critérios limitativos desse direito eficazmente aplicável.

Todavia, a posição do notável constitucionalista não encontrou assento na jurisprudência. O Tribunal Superior do Trabalho²⁸ tem rejeitado o pedido de garantia de emprego, quando fundado na aplicabilidade incontida do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, acolheu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, determinando a interpretação conforme a Constituição, para afastar a autoaplicação da Convenção 158 da OIT como impeditiva da cessação imotivada do contrato, pois a Constituição reservou a matéria à lei complementar.²⁹

²⁸ Nesse sentido: Tribunal Superior do Trabalho – Acórdão com o nº ED-AIRR - 565-71.2014.5.17.0002, de 16 de maio de 2018. Relator Mauricio Godinho Delgado (BRASIL, 2018).

²⁹ Supremo Tribunal Federal – Acórdão com o nº ADI 1480-MC/DF, de 4 de setembro de 1997. Relator Celso de Mello (BRASIL, 1997). Na ocasião do julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o STF tinha

No mesmo catálogo de direitos sociais vigentes, o noticiado FGTS passou a ser obrigatório (art. 7º, inciso III), permitindo à Magna Carta a despedida imotivada do trabalhador, desde que adimplido o valor de 40% sobre o saldo desse fundo.³⁰

A partir de então, o direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho passou a configurar como **regra geral** no direito brasileiro, cujo ordenamento apresenta alguns limites à autonomia da vontade da empresa, proibindo a despedida imotivada nas seguintes hipóteses, a título não exaustivo:

- a) gestante: a partir da confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto (Art. 10, II, alínea “a”, do ADCT da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Entretanto, a cessação do contrato por justa causa subjetiva (fato imputável à empregada) não requer maiores formalidades, senão a presença dos pressupostos fáticos previstos em lei, passíveis de revisão judicial a pedido da demissionária. Entendendo o Poder Judiciário pela inviabilidade da justa causa, poderá determinar a reintegração da trabalhadora ou converter em indenização os salários do período estável, sem prejuízo de outras reparações;
- b) dirigente sindical: há estabilidade a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até um ano após

entendimento, hoje superado, no sentido de que os tratados ratificados pelo Brasil integravam a ordem jurídica com status de lei ordinária. Dessa forma, não poderia regular matéria reservada à lei complementar (caso da proteção contra a despedida arbitrária contida no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal). De todo modo, a ADI perdeu o objeto, pois a Convenção 158 da OIT, embora internalizada no Brasil pelo Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, foi denunciada alguns meses depois pelo Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996b).

³⁰ Nos termos do art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 c/c art. 18, § 1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990.

o final do seu mandato. A despedida por justa causa desse trabalhador é mais restrita e requer a formação de **inquérito judicial** para apuração de falta grave³¹, assegurado o contraditório;

- c) vítima de acidente do trabalho: o trabalhador vitimado por infortúnio laboral ou acometido de doença ocupacional que necessite de afastamento pela previdência pública tem garantia de emprego de um ano a partir do retorno às atividades (Art. 118 da Lei 8.213 (BRASIL, 1991)).

Afora casos pontuais de proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, o Brasil regulamentou a proibição da despedida discriminatória, quando motivada por razões de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional e idade.³² O problema, no entanto, é **sindicar** tais motivos subjacentes ao desate contratual, pois o empregador não precisa justificar as razões da dispensa: configura um direito potestativo.

A jurisprudência brasileira, entretanto, tem presumido a despedida discriminatória no caso de empregados portadores do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito.³³

Ao que se depreende do texto constitucional, o desligamento imotivado do trabalhador, no Brasil, como regra, não encontra restrições; vigora o direito potestativo do empregador de cessar

³¹ Arts. 494, 543, § 3º e 853 da CLT c/c Súmula 379 do Tribunal Superior do Trabalho.

³² A Lei nº 9.029/95 prevê essas práticas discriminatórias para efeitos de **aceso** ou **manutenção** da relação de emprego, mas admite outras formas de discriminação, ao registrar a expressão “entre outros” (BRASIL, 1995).

³³ A matéria é objeto de entendimento uniformizado do Tribunal Superior do Trabalho, com o seguinte verbete: Súmula 443: Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego (BRASIL, 2012).

o contrato de trabalho, embora brechado pelo princípio da continuidade da relação laboral. Nesta quadra constitucional, a garantia de emprego não dispõe de mecanismos de concretude, como ocorre em Portugal, pois a lei complementar não foi editada no solo brasileiro. O legislador infraconstitucional, nesse particular, encontra-se em mora com o constituinte, o que poderia viabilizar a declaração de inconstitucionalidade por omissão pelo Supremo Tribunal Federal, se provocado; ou, em casos particularizados, a impetração do mandado de injunção pela parte interessada.³⁴ Afora essas alternativas, a permanência compulsória no emprego, como visto, advém em situações pontuais.

Uma nota final relevante: as dispensas coletivas imantam uma proteção jurídica **distinta** das rupturas individuais. Até a edição da Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) (conhecida como Reforma Trabalhista), o Brasil não tratava especificamente das demissões em massa. A falta de regulação minudente não impediu o Tribunal Superior do Trabalho de declarar abusiva a dispensa coletiva de trabalhadores levada a efeito sem prévia intervenção sindical. Entre outros fundamentos, a cessação massiva do trabalho, sem negociação paritária, contrasta com princípios hauridos à Constituição, entre os quais a valorização social do trabalho, o bem-estar social, a função socioambiental da propriedade, a boa-fé objetiva, a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais, que promovem a dignidade da pessoa humana.³⁵ A partir da mencionada Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) a demissão coletiva foi autorizada sem intervenção sindical, mas sua constitucionalidade está por ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁴ Art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

³⁵ Nesse particular, conferir o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho no RODC-309/2009-000-15-00.4 (BRASIL, 2009).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu traçar um panorama relacionado a dois princípios que estão imbricados: a segurança no emprego e a continuidade do contrato de trabalho, assim como demonstrar que os limites da autonomia da vontade no Brasil e em Portugal – para fins de dissolução do contrato por iniciativa do empregador – **ganham intensidade distinta**, embora as Constituições iluminem na mesma direção.

Diversos países proíbem a despedida arbitrária.³⁶

No entanto, no âmbito legislativo, sopros neoliberais provocam perceptível flexibilização das amarras relacionadas à dissolução – por iniciativa do empregador – do contrato de trabalho.

Em Portugal, a Lei nº 23/2012, de 25 de junho, produto do Memorando de Entendimento de *Troika* (firmado pelo Estado Português com o Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a Comissão Europeia) facilitou e “barateou” o despedimento, através da diminuição das compensações e reconfiguração dos requisitos de validação dos despedimentos por extinção do posto de trabalho e inadaptação do trabalhador (FERNANDES, 2017, p. 524-530).

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017 permitiu a dispensa coletiva sem prévia negociação com o sindicato de trabalhadores e dificultou o acesso à Justiça por parte do ex-empregado (com a imposição de honorários advocatícios por eventual improcedência da pretensão, ainda que beneficiário da gratuidade judiciária), circunstâncias que suscitam discussões de (in)constitucionalidade.

Enquanto Portugal apresenta um rol taxativo de circunstâncias que legitimam o desate contratual, o Brasil apresenta um *numerus*

³⁶ Por exemplo: Angola (art. 76, nº 4 da Constituição); Guiné-Bissau (art. 43, n.º 2 da Constituição); Cabo Verde (art. 63, nº 2 e 3 da Constituição); Timor Leste (art. 50, nº 3 da Constituição).

clausus inverso, correspondente às situações proibitivas da demissão. Embora as Constituições assentem a proteção contra a demissão sem justa causa, as tonalidades são distintas: a lei portuguesa solidifica um sistema de proteção, enquanto no Brasil o preceptivo é de eficácia contida (circunstância que demandaria aplicabilidade **plena e imediata** do preceito constitucional, limitável por lei complementar ulterior, até hoje inexistente), mas esse entendimento – de autoaplicabilidade do inciso I do art. 7º da Constituição Brasileira – não se solidificou na jurisprudência.

Em Portugal, fala-se no princípio da **segurança** no emprego; no Brasil, no princípio da **continuidade** do contrato de trabalho.

Não se está a pretender, com essa breve incursão, concluir qual “o melhor” sistema, se é que isso seria possível. A pretensão foi esboçar as **amarras** de cada nação, relacionadas à proteção da segurança no emprego.

Não esqueçamos, porém, que detrás desse arsenal protetivo vigora o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve permeiar qualquer análise de ruptura abusiva do contrato de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996a**. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996b.

Torna pública a denúncia pelo Brasil da Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990a. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990b. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e de outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011**. Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec); altera a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12513.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 1480-MC/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade - convenção nº 158/OIT - Proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. [...] Relator: Min. Celso de Mello, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1480%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1480%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4cs8qh>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **Agravos de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) 565-71.2014.5.17.0002**. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 16 de maio de 2018. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=565&digitoTst=71&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0002&submit=Consultar>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Seção Especializada em Dissídios Coletivos). **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RODC) 309/2009-000-15-00.4**. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 10 de agosto de 2009. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=ED-RODC%20-%2030900-12.2009.5.15.0000&base=acordao&numProInt=610045&anoProInt=2009&-dataPublicacao=04/09/2009%2000:00:00&query=>. Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 212**. Despedimento. Ônus da prova (mantida). Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2003]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 379**. Dirigente sindical. Despedida. Falta grave. Inquérito judicial. Necessidade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2005]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-379. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 443**. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2012]. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: 27 nov. 2019.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FERNANDES, António Monteiro. Breve reflexão em torno da boa fé no contrato de trabalho. *In*: FERNANDES, António Monteiro. **Escritos de direito do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2018.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 18. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. 2 v. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2018.

MARANHÃO, Délio. Extinção do contrato de trabalho. *In*: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA Filho, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 560-631.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 158**: término da Relação de Trabalho por Iniciativa do empregador. Genebra: OIT, 22 de junho de 1982. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2019.

PORTUGAL. [Constituição de 1976]. **Constituição da República Portuguesa**. Portugal: Assembleia da República, [2005]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PORTUGAL. **Código civil**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

PORTUGAL. **Decreto do Presidente da República nº 68, de 27 de agosto de 1994**. Ratifica a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Portugal: Presidência da República, [1999]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/219496/details/maximized?perPage=100&q=Constitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 64-A, de 27 de fevereiro de 1989**. Aprova o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, incluindo as condições de celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo. Portugal: Ministério do Emprego e da Segurança Social, [2003]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/621302/details/maximized?types=SERIEI&search=Pesquisar&numero=64-A%2F89&tipo=Decreto-Lei>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 480, de 9 de novembro de 1999.** Aprova o Código de Processo do Trabalho. Portugal: Ministério da Justiça, [2019]. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/683065/details/normal?p_p_auth=F9t6cMdP. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009b.** Aprova a revisão do Código do Trabalho. Portugal: Assembleia da República, [2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/602073/details/maximized>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 23, de 25 de junho de 2012.** Procede à terceira alteração no Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Portugal: Assembleia da República, [2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/178501/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2023%2F2012%2C%20de+25+de+junho>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 27, de 8 de maio de 2014.** Procede à sexta alteração no Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Portugal: Assembleia da República, [2014]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/25343748/details/maximized>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 55, de 17 de julho de 2017.** Alarga o âmbito da ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho e os mecanismos processuais de combate à ocultação de relações de trabalho subordinado [...]. Portugal: Assembleia da República, [2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/107693725/details/maximized>. Acesso em: 22 jun. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 107, de 14 de setembro de 2009a.** Aprova o regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social. Portugal: Assembleia da República, [2017]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/489761/details/maximized>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. **Memorando de Entendimento sobre as Condiçionalidades de Política Económica.** [s.l.]: [s.n.], 2011. Disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Secção). **Recurso de Revista 637/08.** Justa causa de despedimento. Dever de assiduidade. Faltas injustificadas. Relator: Sousa Grandão. Lisboa, 2 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1101007c36ecdda08025780e005368ed?OpenDocument&Highlight=0,637%2F08>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Ação de fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade. Acórdão 602/2013.** Plenário. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Lisboa, 20 de setembro de 2013. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html#_ftn1. Acesso em: 22 jun. 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Parte II - Situações Laborais Individuais. *In*: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Pedro Ferreira de. **O procedimento disciplinar laboral:** uma construção jurisprudencial. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva nº 98/59/CE do Conselho, de 20 de julho de 1998. Procede à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias,** Bruxelas: EUR-Lex, em 20 jul. 1998. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0059&from=PT>. Acesso em: 29 nov. 2019.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. *In*: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 27-49.

CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DE ALIMENTOS AOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO POR ACIDENTE DO TRABALHO¹

CRITERIA FOR FIXING INDEMNITY TO DEPENDENTS OF THE WORKER DEATHED BY WORK ACCIDENT

Helena Lima de Abreu*

RESUMO

Trata-se de artigo científico sobre responsabilidade civil, com fim de solucionar a problemática acerca da fixação de alimentos aos dependentes do trabalhador falecido em acidente laboral. Por intermédio de pesquisa exploratória a partir do método bibliográfico, a investigação colhe informações sobre os problemas elencados a seguir: natureza jurídica do instituto; identificação dos dependentes da vítima; fórmula de cálculo do valor do pensionamento; diretrizes relativas ao menor de idade, na qualidade de dependente ou vítima. Na discussão, tanto a doutrina civilista quanto a doutrina trabalhista são utilizadas como referencial teórico, proporcionando um diálogo entre autores com diferentes pontos de vista sobre o tema. Enfim, depois de uma caminhada jurídico-descritiva, determinados parâmetros são sugeridos ao leitor, seguidos do cotejo da técnica apresentada com exemplos práticos extraídos da jurisprudência contemporânea. Como legado da investigação, subsistem instrumentos objetivos para a delimitação do pensionamento.

¹ Artigo científico apresentado para obtenção do título de Especialista em Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Várzea Grande (Univag), em convênio com a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 10ª Região (Amatra X), sob orientação do Professor André Araújo Molina, Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

*Especialista em Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Várzea Grande (Univag), em convênio com a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 10ª Região (Amatra X). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Estagiária na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), estagiária na Assessoria Jurídica do Banco do Brasil (Ajure), analista Jurídica no Ministério Público do Estado do Tocantins (MPE/TO), analista Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (TRT23), onde atua como assistente de Desembargador. E-mail: helenalimadeabreu@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Dano patrimonial. Dependentes. Pensão.

ABSTRACT

This is a scientific article on civil liability, in order to solve the problem of fixing food to dependents of the worker who died in an occupational accident. Through exploratory research, using a bibliographic method, the investigation gathers information on the problems listed below: legal nature of the institute; identification of the victim's dependents; formula for calculating the value of the pension; and guidelines for minors, like dependent or victim. In the discussion, both civilist and labor doctrine are used as a theoretical framework, providing a dialogue between authors with different points of view on the topic. Finally, after a legal-descriptive walk, certain parameters are suggested to the reader, followed by a comparison of the presented technique, through practical examples extracted from contemporary jurisprudence. As a legacy of the investigation, objective instruments for the delimitation of pension remain.

KEYWORDS

Civil responsibility. Work accident. Property damage. Dependents. Pension.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Natureza jurídica;
 - 3 Beneficiários;
 - 4 Cálculo;
 - 5 Especificidades relativas ao menor;
 - 6 Análise de casos concretos;
 - 7 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão: 20/01/2020

Data de aprovação: 02/06/2020

1 INTRODUÇÃO

O artigo trata da responsabilidade civil relativa ao dano patrimonial decorrente de acidente do trabalho que resulta em morte.

Busca compreender e sistematizar critérios objetivos para fixação de alimentos aos dependentes do trabalhador falecido.

O problema pode ser delimitado sob os seguintes aspectos: natureza jurídica do instituto; identificação dos beneficiários; fórmula de cálculo da pensão; e diretrizes relativas ao tratamento destinado ao menor de idade, quer seja na qualidade de beneficiário, quer seja na qualidade de vítima.

Por intermédio de pesquisa exploratória a partir do método bibliográfico, serão extraídos dados e informações de materiais publicados em suporte físico ou digital, os quais servirão de base para a solução da problemática, proporcionando o diálogo entre autores com diferentes pontos de vista.

Esclarecidas as nuances do tema objeto de discussão, serão examinados quatro julgados sobre acidente do trabalho fatal proferidos no último quadriênio (2017-2020) para comparação de casos concretos a partir da técnica de pesquisa descrita.

2 NATUREZA JURÍDICA

Recentemente, a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) acrescentou o Título II-A, sobre responsabilidade civil, ao corpo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943), que antes era omissa a respeito do assunto. De acordo com o art. 223-A², seriam aplicáveis apenas os dispositivos daquele título às hipóteses de reparação de danos decorrentes da relação de trabalho. Não obstante, o legislador expressamente limitou suas disposições ao dano de natureza “extrapatrimonial”.

Quanto ao dano patrimonial, por sua vez, houve silêncio eloquente do legislador, à exceção de singelo comentário acerca da

² Art. 223-A - Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título (BRASIL, 2017).

possibilidade de cumulação de pedidos. Ainda que assim não fosse, a interpretação sistemática do direito vigente não permitiria a exclusão de normas constitucionais sobre a matéria, pelo fato de serem fundamentais, como o art. 7º, XXVIII³, da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988), ou mesmo normas infraconstitucionais, quando mais específicas, como o Título IX do Código Civil (CC) (BRASIL, 2002).

A propósito, os incisos I e II do art. 948⁴ do CC (BRASIL, 2002) disciplinam a reparação devida no caso de acidente com vítima fatal, que abrange: o pagamento de despesas com tratamento da vítima, seu funeral e luto; bem como a prestação de “alimentos às pessoas a quem o morto os devia”. Entretanto, no que diz respeito ao real significado da palavra “alimentos”, da forma como foi empregada no dispositivo, pairam divergências doutrinárias, a seguir expostas.

Há quem defenda que tal figura possui a mesma natureza jurídica dos alimentos devidos no âmbito do direito de família. Adepto dessa corrente, Edilton Meireles (2019) fala em pensão alimentícia, embora com fundo indenizatório, que seria regida pelas mesmas regras aplicáveis aos alimentos devidos ao cônjuge e aos parentes. Assim, para essa vertente, no cômputo da pensão, incidiria o binômio necessidade e possibilidade, oriundo do direito de família.

³ Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 948 - No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).

Veja a lição de Edilton Meireles:

Essa pensão alimentícia, por sua vez, como já é clara, tem natureza alimentar, mas com fundo indenizatório. Contudo, conquanto guarde a natureza indenizatória, ela se rege, na sua fixação, pelas mesmas regras pertinentes aos alimentos devidos por um parente ou cônjuge ao outro.

[...]

[...] por certo que o dano econômico, neste caso, seria correspondente aos alimentos devidos pelo morto. Extraíndo-se, então as prestações pecuniárias que têm outra origem (contratos, etc.), quanto seriam os alimentos devidos pelo morto caso estivesse vivo? Por óbvio que seriam aqueles pactuados pelo alimentado com o alimento ou os fixados pelo juiz de família. Em sendo fixados pelo juiz, ele haveria de ter em conta a regra do art. 1.694 do CC. Logo, na ação indenizatória, o juiz há de observar a mesma regra, sob pena de se assegurar ao pensionista uma prestação pecuniária superior ao que ele receberia se o morto continuasse vivo, em verdadeiro enriquecimento sem causa.

Basta ter em mente dois exemplos: primeiro imagine que uma pessoa paga pensão alimentícia ao seu filho fixada pelo juiz no correspondente a 15% de sua remuneração (o pai). Neste caso, então, para a fixação da pensão, o juiz considerou a regra do art. 1.694 do CC. Digamos que esse pai vem a falecer por culpa de outrem. Pergunta-se: qual seria o valor devido a título de alimentos pelo causador da morte?

[...] por óbvio, os alimentos (a serem fixados pelo juiz da ação indenizatória) devem corresponder ao equivalente a 15% da remuneração do morto, já que este é o dano econômico, a título de alimentos, sofrido pelo filho com a morte de seu pai. Isso não exclui, no entanto, a reparação de outros danos econômicos, que, entretanto, não têm a natureza de alimentos (MEIRELES, 2019, p. 163-166).

Em sentido contrário, parte da doutrina sustenta a natureza jurídica de indenização pura e simples. Isso porque ela visa a reparar, de forma pecuniária, o prejuízo decorrente de ato ilícito, servindo apenas de referência para orientar o julgador na fixação do *quantum* indenizatório, dada a relação de trato sucessivo existente no pensionamento.

Entre os escritores que apoiam essa corrente de pensamento, podemos destacar: Amaury Rodrigues Pinto Junior (2016), Bruno Nubens Barbosa Miragem (2015), Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015), Sebastião Geraldo de Oliveira (2013) e Sergio Cavalieri Filho (2012). Aliás, essa é a vertente que prevalece no âmbito jurídico nacional.

Esposamos a segunda corrente, diante da posição ocupada pelo referido dispositivo civilista, qual seja no tópico destinado à responsabilidade civil extracontratual. A delimitação da natureza jurídica do instituto é fundamental para o desenvolvimento do texto, pois é a partir da definição jurídica da parcela que será possível identificar seus beneficiários.

3 BENEFICIÁRIOS

Na visão de Sergio Cavalieri Filho (2012), o dano patrimonial atinge todos os bens integrantes do patrimônio da vítima, tanto os corpóreos (carro *v.g.*), como os incorpóreos (direitos de crédito *v.g.*). Nessa perspectiva, o prejuízo atinge o conjunto das relações jurídicas da vítima, apreciado economicamente, exigindo reparação de forma direta, por restauração natural, ou indireta, pelo equivalente em dinheiro.

No caso de homicídio decorrente de acidente do trabalho, além do dano diretamente causado à pessoa da vítima, também são afetados os interesses de pessoas ligadas a ela por uma relação de dependência econômica, ainda que de forma reflexa. É o que se chama de dano em ricochete, isto é, quando o dano sofrido inicialmente por uma pessoa acaba repercutindo em outras, pelo fato de existir alguma ligação entre elas.

Nesse contexto, a interpretação do referido art. 948, II, do CC (BRASIL, 2002) deve se harmonizar com a ideia de dependência econômica, considerando-se beneficiários da indenização aqueles que dependiam economicamente da vítima e que, em razão da sua morte, ficam privados de sua fonte de renda. Assim, a reparação tem destino certo, qual seja para os dependentes econômicos do *de cuius*: normalmente o cônjuge (ou companheiro) e os filhos (incluindo o nascituro).

Em regra, presume-se a dependência econômica dos filhos menores, não emancipados, bem como dos estudantes de até 25 anos de idade, de maneira que não é necessário prová-la. Porém, acima dessa idade, faz-se necessária a prova da dependência econômica em relação à vítima, salvo na hipótese de filho maior portador de invalidez incapacitante para o trabalho.

Também é presumida a dependência econômica recíproca dos integrantes do mesmo núcleo familiar, quando se tratar de família de baixa renda, na qual é comum o auxílio mútuo para o sustento familiar, incluindo, até mesmo, a colaboração dos filhos menores de idade, haja vista o permissivo legal do trabalho a partir dos 14 anos de idade, como aprendiz.

Outros descendentes e ascendentes podem figurar como beneficiários, conforme o caso, desde que comprovem a dependência econômica, bem assim pessoas que eram credoras de alimentos pagos pela vítima – a exemplo de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito perpetrado, em vida, pelo *de cuius*, que tenha causado seqüela a terceiro.

Nesse sentido, conforme as palavras de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 252):

Afora as presunções estabelecidas por lei (parente que já recebia alimentos em vida) ou construídas pela jurisprudência (morte do filho menor em família de baixa renda), a dependência econômica deverá ser comprovada. É a regra geral. Sem prova do dano patrimonial, não há indenização (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETTO, 2015, p. 252).

Ressalte-se que o beneficiário possui legitimidade para ingressar em juízo contra o ofensor, em nome próprio, pois o dano é suportado pessoalmente por ele, enquanto dependente. Isso significa que ele não atua como substituto em um eventual processo de indenização, mas sim como titular do direito lesionado.

Considerando que a demanda indenizatória é uma ação de cunho pessoal, o espólio não detém legitimidade para figurar no polo ativo, lugar que pertence ao beneficiário, o qual, por sua vez, não se confunde com o herdeiro, já que pode existir herdeiro sem dependência econômica ou, ainda, credor a título diverso.

Nessa perspectiva, manifestam-se Farias, Rosenvald e Braga Netto:

Observe-se que o espólio não tem legitimidade ativa para pleitear reparação do dano praticado contra a vítima fatal, por ser a indenizatória ação pessoal, no curso da qual os titulares devem demonstrar o dano sofrido. A legitimação ativa *ad causam* é exclusiva das pessoas que viviam sob a dependência econômica ou em relação de parentesco com a vítima. Os lesados indiretos não são substitutos processuais, agem em nome próprio na defesa de seus interesses pessoais (FARIAS, ROSENVALD E BRAGA NETTO, 2015, p. 250).

Após a identificação dos beneficiários, é necessário conhecer parâmetros para a quantificação dos alimentos a eles devidos. A seguir, serão apresentados conhecimentos sobre base de cálculo, deduções, duração, termos inicial e final do pagamento, direito de acrescer, pagamento em parcela única e revisão do *quantum* indenizatório.

4 CÁLCULO

No campo da responsabilidade civil, vigora o princípio da reparação integral, também chamado de princípio da equivalência entre dano e reparação. Para Sergio Cavalieri Filho (2012), esse postulado é a própria razão de ser da indenização, pois busca reparar o dano, tanto quanto possível, de maneira a recolocar os prejudicados na situação anterior a ele.

À luz desse mandamento de otimização, o dano deve ser reparado em toda a sua extensão, de maneira que a pensão deve ser equivalente ao prejuízo, nada aquém, nada além disso, sob pena de enriquecimento sem causa. Assim, para aferir a indenização, o juiz deve imaginar o que ocorreria se não houvesse o acidente.

Se não houvesse o acidente, presume-se que a vítima continuaria trabalhando e recebendo seus ganhos habituais.

Nesse sentido, a lição de Sergio Cavalieri Filho:

Atentando para esses princípios, a jurisprudência, habitualmente, ao estabelecer a indenização pela morte da vítima, o faz com base nos seus ganhos durante sua sobrevivência provável. Tratando-se de trabalhador autônomo, cujos ganhos são variáveis, o lucro cessante deve ser fixado com base na média dos seus ganhos nos últimos 6 ou 12 meses, e assim por diante (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 80).

A base de cálculo, portanto, inclui o valor do último salário e a média das parcelas variáveis – como comissões, horas extras, adicionais noturnos, de insalubridade ou de periculosidade, bem como acréscimos oriundos de norma coletiva.

Também inclui outras parcelas de natureza salarial, tais como gorjetas e o 1/3 constitucional de férias – pelo seu duodécimo, o que difere das férias propriamente ditas, que não representam aumento da renda anual, mas sim repouso prolongado.

Outrossim, é devida a integração do 13º salário, pelo duodécimo ou por meio de determinação judicial, no sentido de que, no mês de dezembro, haja o pagamento de prestação equivalente.

Há divergência, entretanto, sobre a inclusão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Sebastião Geraldo de Oliveira (2013) diz que a verba não merece ser incluída na base de cálculo do pensionamento, porque não faz parte da renda habitual do trabalhador. Já Amaury Rodrigues Pinto Junior (2016) apoia sua inclusão, sem ressalvas.

A propósito, parece-nos mais coerente a inclusão do FGTS no cálculo da pensão, ainda que o respectivo valor não seja recebido imediatamente. Isso porque a parcela traduz acréscimo patrimonial, enquanto disponibilidade financeira futura, quando satisfeitos os requisitos para saque da conta vinculada.

Além disso, Sebastião Geraldo de Oliveira preconiza que:

Se [...] o acidentado morto recebia rendimentos complementares, provenientes de um segundo contrato de trabalho ou outra ocupação pertinente, essa parcela, desde que habitual, deverá [...] compor a base de cálculo da pensão (OLIVEIRA, 2013, p. 288-289).

Frise-se que a indenização não é devida pela morte em si, mas pelos prejuízos dela decorrentes. Logo, a reparação pecuniária deve ser aferida de acordo com a realidade fática vivenciada pelos dependentes da vítima, isto é, pelo padrão de vida que a vítima lhes proporcionava, mas que foi posto a perder em razão do óbito.

Nessa linha de raciocínio, as palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira:

Cabe mencionar, todavia, que o dano indenizável não é a morte da vítima em si, mas os desembolsos ou prejuízos materiais ou morais dela decorrente. Assim, um mesmo acidente que acarrete vários óbitos pode gerar indenizações de valores diferentes em razão das características peculiares dos dependentes de cada vítima (OLIVEIRA, 2013, p. 268).

O valor da pensão não será igual ao total da renda aferida pela vítima, quando em vida, pois presume-se que parte dessa renda era utilizada para o próprio sustento. A doutrina autoriza a dedução de 1/3 do valor da renda, a título de gastos que a vítima teria consigo. Logo, a pensão deve se basear nos 2/3 restantes.

No entanto, excepcionalmente, haverá situações em que o julgador terá dificuldade na quantificação do dano material, pois nem sempre será possível aferir, com exatidão, o valor dos ganhos

habituais, a exemplo do que acontece com o trabalhador diarista. Nesses casos, permite-se a fixação da indenização por intermédio de arbitramento.

Tratando-se de morte de trabalhador que não tinha trabalho certo, admite-se a fixação de um salário mínimo se ele possuía baixas escolaridade e qualificação. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF) proibiu a utilização do mínimo como indexador. Então, o salário mínimo só pode ser utilizado como valor inicial da pensão, sendo a partir daí atualizado por índices oficiais de correção monetária.

A Súmula Vinculante nº 4⁵ do STF proíbe que a pensão seja atualizada pela expressão monetária anualmente fixada pelo governo a título de salário mínimo. O contrário poderia onerar a pensão deferida, especialmente diante da política governamental contemporânea no sentido de conferir ao salário mínimo ajustes maiores que a inflação.

Portanto, o valor do salário mínimo, utilizado como base de cálculo, deve necessariamente ser atualizado por intermédio de índices oficiais de correção monetária, de maneira a preservar o valor real da pensão, em harmonia com o princípio da reparação integral.

Por outro lado, quando se tratar de vítima altamente qualificada, o julgador deverá observar, como parâmetro da indenização, a potencialidade da renda que ela viria a auferir (se viva estivesse), lembrando que algumas profissões possuem remuneração regulamentada (a exemplo dos engenheiros).

Cumprido destacar que parcelas de igual natureza são perfeitamente dedutíveis. Por exemplo, é possível compensar o valor

⁵ Súmula Vinculante 4 do STF: Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial (BRASIL, 2008).

recebido pelo Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), pago em razão do óbito, nos termos da Súmula 246⁶ do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A contrario sensu, a pensão previdenciária não pode ser compensada com a pensão por acidente do trabalho, uma vez que a primeira possui natureza alimentar, enquanto a segunda tem natureza de indenização por ato ilícito, como vimos anteriormente.

Em seguida, indaga-se: qual a duração do pensionamento? Pela lei, deve-se considerar a duração provável de vida da vítima. E qual seria ela? A resposta pode ser extraída da tábua de mortalidade média nacional disponibilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para ambos os sexos.

Conquanto não seja possível aferir uma data precisa, o referido ente governamental utiliza critérios científicos para publicar suas tabelas, contendo a estimativa de sobrevivência de homens e mulheres, a cada ano.

Assim, a duração provável da vida da vítima pode ser aferida com o auxílio dessas publicações, as quais são atualizadas anualmente, guardando, portanto, maior fidedignidade com o constante aumento da expectativa de vida.

Prosseguindo no exame da matéria, cumpre-nos identificar qual o termo inicial e qual o termo final da pensão. O termo inicial da pensão é certo, pois corresponde ao dia seguinte ao óbito, sendo devido o salário do empregado até a data do óbito. Por sua vez, o termo final depende de cada beneficiário (o filho menor, por exemplo, faz jus à prestação pecuniária até os 25 anos, como veremos adiante).

Aliás, no caso de múltiplos beneficiários, o advento do termo final para cada um deles traz vantagem aos outros, sem onerar o

⁶ Súmula 246 do STJ: O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada (BRASIL, 2001).

ofensor, na medida em que o valor da pensão permanece igual, mas é dividido entre um número menor de pessoas, resultando em cotas mais expressivas para os beneficiários remanescentes.

A respeito do assunto, Amaury Rodrigues Pinto Junior (2016, p. 123) explica que, quando um dos beneficiários “[...] perde o direito, o montante que lhe correspondia deve ser acrescido às quotas dos demais credores [...]”. Isso é chamado de direito de crescer.

Em outras palavras, significa que, havendo vários beneficiários, eles têm direito de acréscimo quando cessar a pensão para cada um deles. Antevendo tal possibilidade, é recomendável sua delimitação em sede de sentença, com vistas a arrematar os pontos da lide.

Com efeito, o ideal seria que a própria sentença determinasse o recálculo da pensão, quando encerrado o pensionamento para algum beneficiário. Não obstante, é possível fazê-lo na fase de cumprimento.

No particular, a obrigação do devedor-ofensor subsiste íntegra até o advento do termo final para o último credor-beneficiário. Apenas há redistribuição da cota-parte do beneficiário retirante em favor dos remanescentes em harmonia com o princípio da reparação integral.

Sebastião Geraldo de Oliveira, a propósito, manifesta-se favoravelmente ao direito de crescer, nos termos a seguir elencados:

O fundamento doutrinário para justificar o direito de crescer reside na constatação lógica de que a vítima, se viva fosse, quando cessasse o desembolso para algum dos dependentes, presumivelmente assistiria melhor aos demais [...].

[...]. Entendemos que a reversão da quota-parte liberada em favor dos dependentes remanescentes está em harmonia com o princípio basilar do *restitutio in integrum* [...].

Ainda que não tenha havido precisão a respeito no título executivo transitado em julgado, o direito de

acrescer pode ser implementado posteriormente, ao longo do cumprimento de sentença. Contudo, o mais indicado é que a decisão no processo de conhecimento já determine o recálculo do valor (direito de crescer) sempre que encerrar o pensionamento para algum dos beneficiários. Cabe anotar que o valor global da pensão para o devedor não se altera em cada recálculo, o que muda é a quantidade de beneficiários para o rateio [...] (OLIVEIRA, 2013, p. 308-309).

O princípio da reparação integral, todavia, não é absoluto. Há exceção prevista no parágrafo único⁷ do art. 944 do CC (BRASIL, 2002), cuja redação afasta a incidência do preceito quando houver desproporcionalidade entre a culpa do ofensor e o dano sofrido.

Nesse aspecto, Bruno Nubens Barbosa Miragem (2015, p. 360) explica que não se trata de culpa em si, dada a dificuldade de quantificá-la, mas da contribuição comum do ofensor e do comportamento da vítima para a concretização do resultado (causalidade concorrente).

Por meio desse dispositivo, assegura-se que o ofensor que agiu com culpa leve ou levíssima não seja condenado à indenização excessivamente onerosa, permitindo sua redução de forma proporcional à contribuição para o resultado danoso.

Trata-se de verdadeira hipótese de julgamento por equidade, por intermédio do qual o julgador confronta a contribuição causal da parte para o dano, com vistas a fixar o *quantum* indenizatório mais razoável.

Essa redução não se limita a 50%, podendo variar de acordo com as circunstâncias, como, por exemplo, um terço, um quarto ou outro percentual adequado ao caso concreto sob exame.

⁷ Art. 944 - A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização (BRASIL, 2002).

Além disso, também é possível a redução do *quantum* indenizatório quando o beneficiário optar por receber a pensão em parcela única. Na prática, se o credor exercer tal faculdade, ele terá antecipadas as prestações futuras.

Entretanto, não há simples multiplicação do valor da pensão pelo número de parcelas. Como em qualquer negociação, o pagamento antecipado implica desconto ou deságio, na medida em que a expressão monetária do presente difere da expressão monetária do futuro.

A propósito, Edilton Meireles (2019) e Sebastião Geraldo de Oliveira (2013) refutam o pagamento em parcela única para a hipótese de pensão decorrente de óbito, limitando tal possibilidade apenas para a vítima sobrevivente, que se tornou inabilitada para o trabalho.

Data venia, pensamos que essa opção também alcança o acidente fatal, pois mostra-se razoável sob o aspecto prático, principalmente quando o valor da prestação mensal for diminuto ou irrisório, o que permite que o dependente faça melhor uso do valor global.

Até aqui, vimos a base de cálculo da pensão, sua dedução, duração, termo inicial, termo final, direito de acrescer e incidência de redutor. Mas isso não é tudo, pois a pensão não é estática.

Considerando que o decurso do tempo pode alterar as circunstâncias fáticas ou jurídicas, tanto o credor quanto o devedor podem pedir a revisão daquilo que foi decidido judicialmente.

A revisão não ofende a coisa julgada, pois persiste a obrigação em si, a qual não pode ser contestada. A ação revisional apenas busca aperfeiçoar os parâmetros fixados na sentença, para que se harmonizem com as circunstâncias atuais.

A seguir, serão tratadas as particularidades relativas ao menor de idade.

5 ESPECIFICIDADES RELATIVAS AO MENOR

Se a vítima for menor idade (por exemplo: aprendiz), serão pagos alimentos aos pais até o tempo em que ele completaria 25 anos. A partir de então, a pensão será reduzida pela metade, em razão da crença de que, se viva fosse, a vítima se casaria e constituiria família, contribuindo menos para os genitores.

Sob outro enfoque, se o menor de idade for o beneficiário, a pensão deve ser implementada até ele completar 25 anos, momento em que se presume cessada a dependência econômica dos filhos em relação aos pais, pois concluídos os estudos e atingida a capacidade para prover o próprio sustento.

Nesse sentido, conforme Bruno Nubens Barbosa Miragem:

No caso de deferimento do pensionamento, admite-se regularmente, segundo a jurisprudência consolidada, que deverão ser pagos alimentos integrais aos pais até o tempo em que a vítima completasse 25 anos de idade, reduzindo-se à metade a partir de então, até os 65 anos da vítima. Ou, ainda, avaliando as circunstâncias do caso, reduzindo-se o valor conforme a idade da vítima. Por outro lado, quando o credor da indenização por morte for o menor (em razão da morte dos pais ou de quem respondia por seu sustento econômico), a regra é de que a indenização se conceda até os 25 anos (MIRAGEM, 2015, p. 346-347).

Há divergência, todavia, quanto à forma de pagamento da indenização ao beneficiário menor de idade: se o valor deve ser depositado em caderneta de poupança, à disposição do beneficiário, quando atingir a maioridade; ou se o valor deve ser liberado ao responsável legal, para suprir as necessidades iminentes do menor.

O art. 1^º da Lei 6.858 (BRASIL, 1980), em sua parte inicial, es-

⁸ Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do

tabelece que as cotas destinadas aos menores serão depositadas em caderneta de poupança, disponíveis a eles ao completarem 18 anos de idade. Mas o mesmo dispositivo, em sua parte final, permite a liberação de valores, por meio de autorização judicial, para adquirir imóvel destinado à residência do menor ou para custear suas despesas.

Assim sendo, partindo-se de uma interpretação literal da referida norma, cabe ao julgador, na prática forense, analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto, de maneira a decidir pela resposta jurisdicional que melhor satisfaça os interesses do beneficiário menor de idade.

Tratando-se de família de baixa renda, todavia, presume-se a carência de recursos para satisfazer as necessidades básicas do beneficiário menor de idade, o que justifica a liberação do numerário ao responsável legal, para o custeio das despesas necessárias à subsistência e à educação do menor.

Estabelecidos esses parâmetros, torna-se possível a análise de casos concretos, com fim de comparar a técnica adotada, na prática, pelos julgadores contemporâneos, com a técnica ora apresentada, no campo teórico, pela presente pesquisa científica.

6 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

A título comparativo, foram escolhidos quatro julgados sobre acidente fatal, proferidos no último quadriênio (2017-2020), com fim de analisar a técnica utilizada pelos julgadores contemporâneos para a delimitação dos alimentos devidos aos dependentes do trabalhador falecido em acidente laboral.

Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento (BRASIL, 1980).

Embora pouco divulgado nos meios de comunicação, um acidente vitimou três trabalhadores no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Eles morreram carbonizados em incêndio provocado durante a remoção de carpetes, cumprindo ordens de determinado deputado estadual. Os dependentes das vítimas propuseram ação indenizatória em face do parlamentar e do Estado de Mato Grosso.

No ano de 2017, ao examinar os autos do Recurso Ordinário (RO) 0000885-64.2016.5.23.0009, de relatoria do Desembargador Tarcísio Régis Valente, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região (TRT23) reconheceu a responsabilidade patronal pela morte de uma das vítimas, fixando indenização por dano material em favor dos dependentes, nos seguintes termos:

[...] a indenização dos lucros cessantes decorrentes do falecimento do acidentado compreende a prestação de alimentos às pessoas a que o morto os devia, tendo em vista a provável duração da vida da vítima, nos termos do art. 948, II, do CC, pois a morte do acidentado compromete os rendimentos gerados pelo seu trabalho.

Assim, a indenização busca assegurar a manutenção do padrão do grupo familiar, levando em conta os rendimentos que a vítima percebia, sendo irrelevantes as necessidades dos seus dependentes, pois a concessão de alimentos decorrentes de ato ilícito tem natureza jurídica de reparação dos prejuízos (não de prestação alimentícia em sentido estrito).

Ocorre que, no processo sob exame, não há documentos acerca dos ganhos auferidos pelo de cujus, pois sequer há comprovante de salário ou recibos de pagamento. Logo, aplico o critério da razoabilidade, tendo em vista o bom senso e a expectativa daquilo que ordinariamente acontece, para arbitrar o pensioamento com base no salário mínimo vigente.

Inicialmente, a viúva é a prejudicada mais visível, não restando dúvida quanto a sua condição de beneficiária da indenização de lucros cessantes, deferida na forma

de pensionamento mensal. Por outro lado, a filha que dependia economicamente do falecido também é beneficiária nata, pois a dependência dos filhos menores até os 25 (vinte e cinco) anos é presumida.

Entretanto, da base de cálculo deve se deduzir o valor correspondente a 1/3, com presumíveis despesas pessoais da vítima, porque o dano deve ser apurado considerando as pessoas que foram lesadas, na medida em que não seria correto provocar aumento da receita dos beneficiários da pensão.

Assim, condeno o 1º Réu ao pagamento de pensão mensal aos dependentes da vítima, no importe de 1/3 do salário mínimo vigente, para cada beneficiária, quais sejam, a viúva e a filha menor, sendo a primeira vitalícia e a última até completar 25 anos (BRASIL, 2017a).

Tratando-se de trabalhador autônomo e ausentes elementos capazes de evidenciar seus ganhos habituais, o Relator decidiu utilizar o valor do salário mínimo como base de cálculo da pensão. Como vimos alhures, é possível a utilização do salário mínimo como valor inicial quando a vítima possuía baixa qualificação profissional, sendo vedada apenas a indexação da pensão ao salário mínimo e seus reajustes anuais, nos termos da comentada Súmula Vinculante nº 4 do STF.

Outrossim, é adequada a dedução de 1/3 do valor a título de gastos pessoais da vítima, destinando 2/3 para as duas dependentes, na proporção de 1/3 para cada uma delas. Correto também o termo final da pensão destinada à filha, quando completar 25 anos de idade, dada a presunção de cessação da dependência econômica, pela conclusão dos estudos e aptidão para prover o próprio sustento.

Contudo, a pensão vitalícia da viúva não guarda consonância com o direito posto, visto que o pensionamento deve se basear na duração razoável da vida da vítima (não da viúva). Além disso, o julgado foi omisso quanto ao direito de crescer da beneficiária

remanescente (viúva) em relação à cota-parte da beneficiária retirante (filha), quando atingir 25 anos.

Já no ano de 2018, ao analisar o RO 0000878-72.2016.5.23.0009, de relatoria da Desembargadora Eliney Bezerra Veloso, a 2ª Turma do TRT23 sequer reconheceu a responsabilidade perseguida pelos dependentes da outra vítima, julgando improcedente a pretensão indenizatória, não obstante o falecimento do *de cuius* no mesmo acidente (BRASIL, 2018).

Sem adentrar a discussão acerca da conexão entre os processos – que recomendaria a reunião deles para julgamento uniforme, perante o mesmo órgão jurisdicional, com prevenção daquele que primeiro analisou o acidente –, certo é que a padronização de critérios para aferição da responsabilidade civil é extremamente recomendável.

É temerário que vítimas de um mesmo acidente do trabalho sejam tratadas de forma tão diferente, dependendo do entendimento específico de cada julgador. A discrepância dos julgamentos pode gerar a sensação de injustiça em uma das decisões, posto que, na primeira, houve condenação ao pagamento de indenização por dano material, enquanto, na segunda, sequer houve condenação.

Sob outra perspectiva, repreensível o comando judicial que confere idêntico pensionamento aos dependentes das vítimas de um mesmo acidente laboral, sem atentar para as peculiaridades de cada uma delas, como idade e rendimentos, entre outras nuances que foram estudadas anteriormente, sob pena de ferir o princípio da restituição integral.

É o caso da decisão cautelar proferida em atenção a pedido formulado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, obrigando o Time do Flamengo a arcar com pensão mensal no valor de R\$ 10.000,00 para cada uma das famílias dos 10 jovens falecidos no incêndio, ocorrido em fevereiro de 2019, no Centro de Treinamento George Helal, conhecido como “Ninho do Urubu”.

A decisão foi prolatada, no final daquele ano, pelo Juiz Arthur Eduardo Magalhaes Ferreira, da 1ª Vara Cível da Barra da Tijuca, na Ação Civil Pública 0041139-60.2019.8.19.0001, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a fim de resguardar os familiares das vítimas, partindo da presunção da ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda, porém, sem a observância de critérios objetivos de cálculo. Veja:

[...] a fixação de pensionamento mensal de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada família, ao menos até que se tragam elementos mais convincentes de remuneração às vítimas, incluindo os direitos conexos, é razoável e permite a recomposição financeira das famílias, até futura decisão judicial quanto ao mérito, quando, inclusive, se fará a fixação das respectivas indenizações. Repita-se que esse valor, embora possa parecer excessivo para outros menores trabalhadores, é bastante razoável para o mundo do futebol.

[...]

Pelo exposto, DEFIRO, EM PARTE, a tutela cautelar de urgência (CPC/2015, artigo 301) para determinar ao Réu que inclua em sua folha de pagamento os três atletas feridos e a pessoa responsável pelo núcleo familiar em relação a cada uma das vítimas fatais (pai, mãe ou responsável legal), todos declinados às fls. [...], para percepção mensal do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada um, no prazo de cinco (cinco) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada beneficiário negligenciado, comprovando-se em juízo a providência (RIO, 2019).

Data venia, pensamos que o julgador não pode se esquivar da delimitação dos parâmetros para o cálculo da indenização, sob pena de incorrer em negativa de prestação jurisdicional. Assim, já decidiu o colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao reformar decisão que se furtou da indicação da base de cálculo, no caso de pensionamento devido aos dependentes do trabalhador falecido.

Com efeito, em meados do ano de 2017, a 6ª Turma do TST, no julgamento do processo 485-26.2013.5.09.0662, de relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, reconheceu a nulidade de decisão regional que deixou de se manifestar sobre os parâmetros de cálculo da pensão. Para o TST, inadmissível o deferimento do valor integral do salário da vítima, como ocorrera na origem. Veja a ementa:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. IN 40 DO TST. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CRITÉRIOS PARA CÁLCULO DA PENSÃO MENSAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é princípio constitucional que não pode ser desconsiderado pelo julgador. O impedimento de alçar o tema a debate ao Tribunal Superior, porque não examinada matéria sobre a qual a parte buscou manifestação, em embargos de declaração, denota a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, com a consequente violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. No caso, o eg. TRT não se manifestou acerca dos critérios a serem seguidos para o cálculo da pensão, visto que apenas os valores destinados ao núcleo familiar é que poderiam integrar a sua base de cálculo e não o salário integral do de cujus, como foi deferido, matéria suscitada em contrarrazões pela reclamada. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2017b).

Como se observa, os parâmetros de cálculo, ora apresentados, prestam serviço ao jurista na resolução das demandas judiciais decorrentes do infortúnio laboral, auxiliando-os na fixação do pensionamento, deles não podendo se esquivar, sob pena de nulidade da decisão, por vício de negativa de prestação jurisdicional, conforme art. 93, IX⁹, da CF.

⁹ Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ponto de partida da pesquisa, a natureza jurídica do instituto sob exame (alimentos devidos aos dependentes do trabalhador falecido em acidente do trabalho) revela-se como indenização decorrente de ato ilícito. Seus beneficiários são aqueles que foram prejudicados pelo evento, isto é, que dependiam financeiramente da vítima e que perderam sua fonte de sustento.

Para aferir o *quantum* indenizatório, faz-se necessário conhecimento sobre base de cálculo, termos inicial e final, distribuição de cotas, deduções cabíveis, direito de crescer, possibilidade de revisão e especificidades relativas ao menor de idade. Os parâmetros são parte integrante da decisão judicial, não podendo deles se esquivar o julgador, sob pena de incorrer em nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Com o intuito de aprimorar o *decisum*, não só devem ser mencionados, mas também estabelecidos os parâmetros com cuidado, para proporcionar a completa satisfação jurisdicional. Nesse sentido, a pesquisa entrega ao leitor uma coletânea de critérios objetivos para a fixação do pensionamento, bastando visitar os tópicos retroarticulados, para utilizá-los na prática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980.** Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes e sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6858.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 246.** O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2001]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula246.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 4.** Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal

Federal, [2008]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula740/false>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (23. Região). **Recurso Ordinário 0000878-72.2016.5.23.0009**. Relatora: Desa. Eliney Bezerra Veloso, 04 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/120434926/processo-n-0000878-7220165230009-do-trt-23>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (23. Região). **Recurso Ordinário 0000885-64.2016.5.23.0009**. Relator: Des. Tarcísio Régis Valente, 3 de julho de 2017a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/120540662/processo-n-0000885-6420165230009-do-trt-23>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). **Recurso de Revista 485-26.2013.5.09.0662**. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 30 de junho de 2017b. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474227433/arr-4852620135090662/inteiro-teor-474227444?ref=serp>. Acesso em: 9 abr. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

MEIRELES, Edilton. **Responsabilidade civil no acidente do trabalho: questões processuais e materiais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. **A quantificação do dano:** acidente do trabalho e doenças ocupacionais. São Paulo: LTr, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública 0041139-60.2019.8.19.0001**. Relator: Juiz Arthur Eduardo Magalhaes Ferreira, 5 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/decisao_cautelar_flamengo.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

BIBLIOGRAFIA

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

EXPANDIR O DIREITO AO TRABALHO É UMA SOLUÇÃO PARA A ATUAL CRISE EUROPEIA DOS REFUGIADOS?¹

IS EXPANDING RIGHT TO WORK A SOLUTION TO THE CURRENT EUROPEAN REFUGEE CRISIS?

Cristiane Souza de Castro Toledo*

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a crise europeia dos refugiados. Destaca-se o aumento do número mundial de refugiados e o fato de que alguns países não estão mais dispostos a acolher essas pessoas. Depois de analisar as soluções tradicionais para a crise, as dificuldades habitualmente encontradas pelos refugiados nos países anfitriões e os benefícios que o trabalho proporciona, defende-se que uma solução para a crise europeia dos refugiados pode ser encontrada na expansão do direito ao trabalho. Assim, sugere-se a adoção de uma nova perspectiva segundo a qual os refugiados sejam vistos não como um ônus, mas uma oportunidade para o país anfitrião.

PALAVRAS-CHAVE

Crise europeia. Direito do Trabalho. Refugiados.

ABSTRACT

This study is about the European refugee crisis. It highlights the increasing number of refugees worldwide and the fact that some

¹ Este artigo é uma versão resumida da dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Syracuse University (Nova Iorque, Estados Unidos da América) como exigência parcial para obtenção do título de *Master of Laws* (LL.M.).

* Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Economia do Trabalho pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Detentora do diploma de *Master of Laws* (LL.M.) pela Syracuse University (Nova Iorque, Estados Unidos da América). E-mail: cristianetoledo@trt15.jus.br.

countries are unwilling to accommodate them. After examining the traditional solutions to the crisis, the difficulties usually encountered by refugees in host countries, and the benefits that work offers, this study advocates that a solution to the European refugee crisis can be found in the expansion of the right to work of refugees. In this way, a new perspective is suggested, in which refugees are seen not as a burden, but as an opportunity to the countries that receive them.

KEYWORDS

Employment Law. European crisis. Refugees.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Soluções duradouras;
 - 3 Instrumentos internacionais;
 - 4 A tese do “fator de atração”;
 - 5 Benefícios do trabalho;
 - 6 Benefícios que os refugiados proporcionam à sociedade;
 - 7 Perspectiva;
 - 8 Conclusão;
- Referências.

Data de submissão: 11/02/2020

Data da aprovação: 21/07/2020

1 INTRODUÇÃO

O número mundial de refugiados e solicitantes de refúgio tem aumentado no momento contemporâneo. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), até o final de 2011, havia 10,4 milhões de refugiados no mundo sob mandato do ACNUR; e, em junho de 2019, esse número subiu para 25,9 milhões de refugiados e mais de 3,5 milhões de solicitantes de refúgio (UNITED, 2020).

O presente estudo pretende analisar uma solução permanente e pouco prestigiada para a crise europeia dos refugiados: a expansão do direito ao trabalho dos refugiados e solicitantes de refúgio.

Primeiro, apresentar-se-ão os três tipos tradicionais de soluções duradouras promovidas pelo ACNUR, a fim de mostrar as

razões pelas quais dois deles possuem maior probabilidade de ter sucesso. Em seguida, mencionar-se-á que alguns países não estão dispostos a receber mais refugiados e solicitantes de refúgio, e indicar-se-ão as principais razões para isso.

Depois, dar-se-á a definição de refugiados e solicitantes de refúgio, de acordo com os instrumentos internacionais, em contraste com a definição de imigrantes por motivos econômicos, e analisar-se-á como o direito ao trabalho dos refugiados é tratado pelo Direito Internacional, a fim de mostrar que não deve ser mudado o Direito Internacional, mas a lei doméstica.

Logo em seguida, apresentar-se-á o conceito de “fator de atração” reinante entre os legisladores locais, e indicar-se-á por que ele não é correto. Prosseguindo, este estudo apontará os benefícios que o trabalho proporciona aos refugiados e aos países que acolhem essas pessoas.

Finalmente, sugerir-se-á uma nova perspectiva, usando o exemplo da Alemanha, para demonstrar que refugiados e solicitantes de refúgio podem ser vistos não como um ônus, mas como uma oportunidade de investimento.

Como conclusão, este estudo defenderá que uma solução para a crise europeia dos refugiados pode ser encontrada no mercado de trabalho.

2 SOLUÇÕES DURADOURAS

O ACNUR promove três tipos de soluções duradouras para os refugiados:

- a) repatriação voluntária,
- b) integração local, e
- c) reassentamento em terceiros países.

Todas essas soluções estão condicionadas à existência de circunstâncias favoráveis a cada uma delas.

Outra tentativa de resolver o problema dos refugiados é trabalhar na prevenção, ou seja, com o objetivo de evitar uma situação que obrigue as pessoas a deixarem seu país.

A repatriação voluntária depende das condições do país de origem, especialmente segurança pública e dignidade, e, na maioria das vezes, não é uma solução possível, porque o país de origem não consegue garantir que refugiados e solicitantes de refúgio estarão seguros lá. “A menos que esteja convencida de que os refugiados podem retornar com segurança razoável, a organização não promove ativamente o retorno” (MUSALO; MOORE; BOSWELL, 2011, p. 50, tradução nossa).

A integração local só pode ser feita com a concordância do governo local.

Nos países industrializados, os sistemas de bem-estar do governo e as ONGs fornecem a maior parte dos recursos necessários para integrar os refugiados (MUSALO; MOORE; BOSWELL, 2011, p. 51, tradução nossa).

No entanto, devido ao número crescente de refugiados, a mencionada solução está se tornando mais limitada, particularmente em casos de fluxo maciço. O reassentamento em terceiros países é a solução para os refugiados que não podem retornar ao país de origem nem permanecer em segurança no seu país de refúgio.

A decisão de reassentar um refugiado é normalmente tomada apenas na ausência de outras opções e quando não há alternativa para garantir a segurança jurídica ou física da pessoa em questão (MUSALO; MOORE; BOSWELL, 2011, p. 51, tradução nossa).

Ações preventivas nos países de origem são adotadas como forma de minimizar a crise dos refugiados.

Contudo, todas essas alternativas não estão resolvendo o problema dos refugiados satisfatoriamente. Das possíveis soluções para a crise dos refugiados, a repatriação voluntária é a preferida,

mas é menos provável que aconteça, pois depende da segurança do país de origem. Ações preventivas, apesar de minimizarem a crise, não a resolvem. Portanto, a integração local e o reassentamento em terceiros países possuem maior probabilidade de obter êxito. Assim, este estudo focará neles.

Pois bem. Alguns países não estão dispostos a receber mais refugiados e solicitantes de refúgio. As preocupações dos governos são muitas: alguns acreditam que seus países não podem arcar com o custo envolvido na hospedagem e no apoio aos refugiados; outros acham que tais esforços de apoio não resultarão em qualquer retorno para seus investimentos; outros, ainda, estão preocupados com a aculturação de refugiados e solicitantes de refúgio.

Em muitos aspectos, o problema dos refugiados é visto como um caso de caridade, solidariedade ou direitos humanos internacionais, quando na verdade poderia ser visto como uma oportunidade para o mercado de trabalho local.

Os países poderiam se interessar mais em integrar os refugiados ao mercado de trabalho e dar-lhes a chance de demonstrar o que podem fazer quando possuem as ferramentas necessárias para desenvolver suas habilidades profissionais. Este estudo tentará dar uma nova abordagem ao problema dos refugiados ao defender seu acesso imediato ao mercado de trabalho, para que possam ser vistos não como um ônus, mas como uma oportunidade de investimento e até um bônus para a sociedade que os acolheu.

3 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

O termo refugiado é usado para descrever alguém que deixou seu país de nacionalidade para evitar a perseguição ilegal. Um refugiado não tem proteção de seu governo de origem, e, como consequência, é forçado a sair de seu país por estar em risco. Por essa razão, ele busca segurança e proteção, não vantagem

econômica. Como Guy S. Goodwin-Gill e Jane McAdam apontaram, o termo refugiado

[...] tem um significado mais amplo e mais solto, referindo-se a alguém em fuga que procura escapar de condições ou circunstâncias pessoais consideradas intoleráveis (GOODWIN-GILL; McADAM, 2011, p. 15, tradução nossa).

Portanto, como os autores citados ressaltaram, para os refugiados, “o destino não é relevante; o voo é para a liberdade, para a segurança” (GOODWIN-GILL; McADAM, 2011, p. 15, tradução nossa).

A definição do termo “refugiado” em Direito Internacional foi adotada pela Convenção das Nações Unidas de 1951 – também conhecida como Convenção de Genebra –, no capítulo I (Disposições Gerais), artigo 1º. Segundo esse artigo, refugiado é basicamente uma pessoa que

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e encontra-se fora do país de sua antiga residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (NAÇÕES, 1951, p. 2).

A definição é restritiva, uma vez que estabelece apenas cinco fundamentos (raça, religião, nacionalidade, filiação a um determinado grupo social ou opinião política) para caracterizar o refugiado. Mas isso é perfeitamente compreensível, já que o Direito Internacional não pode proteger todas as pessoas no mundo que procuram se mudar para outro país por uma vida melhor só porque seu próprio país não é capaz de lhes fornecer as condições básicas de segurança e subsistência.

Um solicitante de refúgio, por sua vez, é alguém que pediu o *status* de refugiado num país estrangeiro e ainda aguarda a

decisão do governo desse país sobre seu requerimento. Ele não tem um *status* de refugiado de proteção pré-aprovado, seja de organizações humanitárias ou do país anfitrião.

Por outro lado, um imigrante por motivos econômicos é uma pessoa que decidiu deixar seu país para ter uma vida melhor em outro lugar. Ele não está fugindo, pois pode voltar a casa a qualquer momento.

Portanto, refugiados e solicitantes de refúgio não devem ser confundidos com imigrantes por motivos econômicos.

Pois bem. O direito ao trabalho dos refugiados é regulado pela Convenção de Genebra, no capítulo III (Empregos Remunerados), por meio dos artigos 17 a 19 (NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 9-10). O artigo 17 refere-se a emprego assalariado ao conceder aos refugiados “o tratamento mais favorável dado aos nacionais de um país estrangeiro nas mesmas circunstâncias” (NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 9); o artigo 18 refere-se ao trabalho autônomo ao conceder aos refugiados

[...] tratamento tão favorável quanto possível e, em qualquer caso, não menos favorável do que o concedido aos estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias (NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 10).

O artigo 19 refere-se às profissões liberais e repete que os refugiados devem receber

[...] tratamento tão favorável quanto possível e, em qualquer caso, não menos favorável do que o concedido aos estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias (NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 10).

Dessa forma, os refugiados autônomos e profissionais liberais não possuem a mesma proteção que os refugiados empregados, pois os artigos 18 e 19 concedem um tratamento “não menos favorável” aos refugiados, enquanto o artigo 17 concede um “tratamento mais favorável”. Além disso, como Eve Lester destacou,

[...] o artigo 17 é reforçado pelo artigo 17 (3), que obriga os países a darem “consideração solidária para assimilar os direitos de todos os refugiados em relação ao emprego assalariado daqueles de nacionais” (LESTER, 2005, p. 19, tradução nossa).

Como consequência, o Direito Internacional privilegia a inserção dos refugiados no mercado de trabalho como um empregado subordinado, não como alguém que assume os riscos da atividade econômica. Essa ideia está de acordo com o sentido de proteção que deve ser conferido aos refugiados; assim, em relação ao direito do trabalho dos refugiados não há crítica alguma a ser feita ao Direito Internacional.

Mas se deve notar que a Convenção de Genebra somente garantiu o direito ao trabalho dos refugiados, ou seja, apenas depois de o *status* de refugiado tiver sido reconhecido a pessoa terá acesso ao mercado de trabalho. A Convenção nada estabeleceu sobre o direito de trabalhar durante o período de espera após a solicitação de refúgio.

No entanto, muitas vezes demora vários meses, até um ano, entre a solicitação de refúgio e a sua decisão. Alguns países também permitem certo acesso ao trabalho durante este período (CONSTANT; ZIMMERMANN, 2016, p. 6, tradução nossa).

Os países possuem políticas diferentes sobre o direito ao trabalho dos solicitantes de refúgio. Por exemplo, a Suécia permite que os asilados trabalhem imediatamente após a solicitação de refúgio; Alemanha, Espanha e Reino Unido estabelecem um período de espera diferente, até um ano; e a Irlanda não permite o trabalho dos solicitantes de refúgio durante o período de espera. O período de espera pode durar vários anos, de acordo com Jenny Phillimore (2011), que mencionou que no Reino Unido cerca de 460.000 casos ainda aguardavam decisão após dois anos de espera em 2007.

O que deve ser mudado não é o Direito Internacional, mas a lei local sobre o direito ao trabalho. Devido à soberania dos países,

este estudo não pretende recomendar que todos os países mudem suas leis; pretende apenas modificar o ponto de vista dos países anfitriões sobre os refugiados, para que, se assim o desejarem, promovam as mudanças que entendam proveitosas.

4 A TESE DO “FATOR DE ATRAÇÃO”

Uma pessoa com o *status* de refugiado declarado só é destinada à integração local ou ao reassentamento num terceiro país depois que o país anfitrião concorda em receber essa pessoa. Mas, se essa mesma pessoa cruzar a fronteira a fim de pedir o *status* de refugiado no país estrangeiro, estará no país anfitrião como um solicitante de refúgio. Como foi observado no item anterior deste estudo, o solicitante de refúgio é alguém que pediu o *status* de refugiado num país estrangeiro e ainda aguarda uma decisão do governo desse país sobre seu caso.

Nesse contexto, os direitos econômicos dos solicitantes de refúgio têm sido um foco particular de atenção, e a presunção de que muitos solicitantes de refúgio não são refugiados “genuínos” (que migraram como consequência de perseguição), mas imigrantes por motivos econômicos (que buscam principalmente emprego), tornou-se cada vez mais popular, como bem demonstrado por Lucy Mayblin (2016).

“Fator de atração” é a concepção de que o contexto político sobre o refugiado e asilado pode atuar como uma atração migratória para um país específico que aumentará o número de pessoas interessadas em ir àquele país em particular. Essa é provavelmente a razão pela qual muitos países introduziram medidas para restringir o direito ao trabalho de refugiados e solicitantes de refúgio, ao endurecer a sua legislação. A Austrália, por exemplo, nega o direito de trabalhar a solicitantes de refúgio que chegam por barco.

Todavia, a tese do fator de atração não é correta. Com efeito:

A tese do fator de atração apresenta uma compreensão de “senso comum” de motivações enraizadas na

teoria da escolha racional. Ou seja, a ideia de que os solicitantes de refúgio têm um conhecimento amplo dos direitos que terão em diferentes países e, em seguida, fazem uma escolha racional com base no potencial de ganho econômico. No entanto, pesquisa efetuada nos últimos 20 anos não encontrou consistentemente nenhuma ligação significativa entre direitos econômicos e país de destino do refúgio (MAYBLIN, 2016, tradução nossa).

No mesmo caminho, Eiko R. Thielemann (2003) afirmou que numerosos estudos acadêmicos ao longo dos anos rejeitam a teoria do fator de atração, já que pouca evidência foi encontrada no sentido de a escolha do país de destino ser feita de acordo com sua legislação no que se refere às condições de proteção e bem-estar social dos refugiados e asilados.

[...] a análise empírica mostrou, no entanto, que os fatores explicativos mais poderosos para a escolha do país anfitrião pelo solicitante de refúgio claramente não levam em consideração a maximização do bem-estar a curto prazo pelo requerente, mas legados de redes de imigrantes, oportunidades de emprego e percepções dos solicitantes de refúgio sobre a relativa “liberalidade” de um determinado país de acolhimento, ou seja, mais fatores “estruturais” que, pelo menos em curto e médio prazo, estão fora do alcance dos legisladores políticos em matéria de refúgio (THIELEMANN, 2003, p. 32, tradução nossa).

Thielemann também destacou que, como países tendem a copiar as medidas de dissuasão introduzidas por outros, o impacto desejado de tais tentativas por um país para tornar sua política de refúgio mais restritiva em relação a outros países hospedeiros potenciais é muitas vezes limitado a um prazo muito curto. Finalmente, ele concluiu que a eficácia das medidas políticas unilaterais será, portanto, mais prejudicada pelos esforços multilaterais de harmonização das políticas internacionais.

Pois bem. Considerando que quase 90% dos refugiados do mundo estão em países vizinhos à sua terra natal, como

mencionado por Paul Collier e Alexander Betts (2017), pode-se concluir que, de fato, a maioria dos refugiados e solicitantes de refúgio escolhe seu país anfitrião de acordo com razões geográficas ou históricas, de modo que não há justificativa para dificultar seu direito ao trabalho – não há evidências que sustentem a teoria de o acesso ao mercado de trabalho atuar como um fator de atração para refugiados e solicitantes de refúgio.

Nesse sentido, Lucy Mayblin (2016, tradução nossa) registrou que “a remoção do direito ao trabalho não teve impacto no volume de solicitações de refúgio” na Europa, durante o período de 1990 a 2000, e que o argumento do emprego como fator de atração é rebatido pelo fato de as solicitações de refúgio não terem diminuído quando aumentou o desemprego nos países de acolhimento.

Portanto, os legisladores não deveriam considerar as pessoas que buscam refúgio como imigrantes por motivos econômicos, porque não são. São pessoas que possuem um temor fundado de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política e não possuem escolha para permanecer no seu país de origem. Elas não estão procurando uma vida melhor ou vantagem econômica em outro lugar. Elas só buscam liberdade, segurança e proteção.

5 BENEFÍCIOS DO TRABALHO

O termo aculturação “geralmente refere-se às mudanças que acontecem nos grupos e indivíduos quando duas culturas diferentes se encontram” (PHILLIMORE, 2011, p. 577, tradução nossa). No contexto dos refugiados e solicitantes de refúgio, a relação entre as duas culturas geralmente não é equilibrada. Observa-se que:

[...] embora, em teoria, a aculturação afete tanto as populações hospedeiras quanto as recém-chegadas, à medida que elas se encontram e se adaptam ao advento de uma sociedade mais diversa, na prática, as mudanças tendem a ser mais experimentadas por um grupo do que por outro (BERRY, 1997, tradução nossa).

O trabalho facilita a aculturação dos refugiados. Quando uma pessoa exerce uma atividade laboral geralmente possui alguma rotina na vida diária, pois precisa de acordar, vestir-se de maneira adequada e chegar ao local de trabalho na hora certa. Normalmente, essa pessoa conhecerá outros indivíduos em seu ambiente de trabalho e desenvolverá um grupo social lá, obtendo alguma forma de estrutura para sua vida. A professora Jenny Phillimore (2011, p. 584, tradução nossa) assinalou que “os refugiados que conseguiram obter trabalho também conseguiram se aculturar melhor do que os que estavam desempregados”.

Com efeito, estar no mercado de trabalho é uma forma de os refugiados e solicitantes de refúgio se integrarem a uma nova sociedade e aprenderem uma nova cultura, bem como aprenderem ou melhorarem suas habilidades linguísticas e de comunicação, se o idioma local for diferente de sua língua materna. É um caminho para a autonomia.

Porém, mais importante que isso, o direito ao trabalho é um caminho para manter a saúde mental dos refugiados e dos solicitantes de refúgio, já que terão algo a fazer, estando com suas mentes ocupadas. Eles não serão vistos como preguiçosos; não ficarão deprimidos, pois se sentirão produtivos. O trabalho, em regra, é a fonte da subsistência das pessoas num mundo capitalista, e os refugiados e solicitantes de refúgio sentirão que merecem o dinheiro que recebem pela sua subsistência (não sentirão que “pedem esmola” ou imploram por algo). Como resultado, receberão de volta, mesmo em parte, o senso de dignidade humana que lhes foi retirado.

Um estudo conduzido na Austrália com os solicitantes de refúgio constatou que

[...] viver sem o direito de trabalhar, recebendo apoio financeiro mínimo e, assim, em longos períodos com muito pouco a fazer, é uma fonte de exacerbação de sentimentos de grande ansiedade, tristeza e medo (FLEAY; HARTLEY, 2016, p. 1.033, tradução nossa).

Além disso, os refugiados e solicitantes de refúgio que possuem nível acadêmico (um médico, por exemplo) podem perder sua capacidade ou qualificação se não exercerem sua profissão por muito tempo.

Portanto, a concessão do direito ao trabalho a refugiados e solicitantes de refúgio tem impacto positivo na sua aculturação, saúde mental, dignidade e subsistência, enquanto a falta de acesso ao trabalho pode impedir que os refugiados e solicitantes de refúgio desenvolvam conexões sociais na nova comunidade e também destruir suas habilidades relacionadas ao trabalho que exige alta qualificação.

Por outro lado, se os refugiados e solicitantes de refúgio mantiverem a sua capacidade de trabalhar, ao obter seu sustento próprio e o de suas famílias sem receberem benefícios sociais do governo, reduzirão seus custos para o país que os acolheu.

Considerando que alguns países não estão dispostos a receber mais refugiados e solicitantes de refúgio porque acreditam que não podem arcar com os custos envolvidos na hospedagem e apoio aos refugiados, a expansão do direito ao trabalho dos refugiados e solicitantes de refúgio pode ser um bom começo para mudar a visão acerca dessa questão, pois o argumento sobre os custos de acolher os refugiados não se sustentará, uma vez que as despesas do país anfitrião com os refugiados e solicitantes de refúgio serão reduzidas. Observa-se que é mais barato para o país anfitrião atualizar a qualificação de um médico estrangeiro e treiná-lo para exercer essa profissão no país do que arcar com a educação completa de um novo profissional.

6 BENEFÍCIOS QUE OS REFUGIADOS PROPORCIONAM À SOCIEDADE

A diversidade, como uma mistura de pessoas diferentes, é, antes de tudo, uma lição de vida. Pessoas com origens completamente diversas geralmente contribuem em muitos aspectos para

um ambiente rico ao compartilharem suas diferentes ideias e pontos de vista. Todos são enriquecidos pela exposição a diferentes culturas, crenças, opiniões, habilidades e formações acadêmicas anteriores. Aumentar a consciência e a compreensão de todas as diferenças entre as pessoas, abraçando e celebrando as semelhanças, proporciona uma comunidade mais forte e confiante.

No início de sua adaptação ao país anfitrião, os refugiados podem se sentir “separados” da nova cultura, mas, depois de um tempo, terminam por assimilá-la, como explica a teoria do “caldeirão”.² Por essa teoria, os refugiados preservam sua cultura de origem; ao mesmo tempo, assimilam a cultura do país que os acolheu; e geram um ambiente cultural híbrido, propício ao desenvolvimento de novos pensamentos.

Philippe Legrain ponderou que graças às suas diversas perspectivas e experiências, refugiados e seus filhos podem ajudar a gerar novas ideias e tecnologias. Ele defendeu que “as pessoas que foram desenraizadas de uma cultura e expostas a outra tendem a ser mais criativas”, tendo ressaltado que “estudos mostram que grupos diferentes superam especialistas de mentalidade semelhante na resolução de problemas”. Por fim, ele destacou que

[...] mais de três entre quatro patentes geradas nas dez melhores universidades americanas produtoras de patentes em 2011 tinham pelo menos um inventor nascido no exterior (LEGRAIN, 2016, tradução nossa).

O que mostra como é forte o argumento da diversidade.

Há também a teoria do dinamismo, uma vez que alguns refugiados são empreendedores e abrem empresas que criam riqueza,

² De acordo com Stacy Warner Maddern: A teoria do caldeirão tem sido usada para descrever sociedades que são formadas por uma variedade de culturas imigrantes que eventualmente produzem novas formas sociais e culturas híbridas. A teoria do caldeirão sustenta que, assim como os metais se fundem em grande calor, o derretimento de várias culturas produzirá um novo composto, que possui grande força e outras vantagens combinadas (MADDERN, 2013, tradução nossa).

empregam moradores locais e tornam a economia mais dinâmica. Por exemplo:

Sergey Brin, que chegou aos EUA quando criança refugiado da União Soviética, fundou a Google, hoje a segunda empresa mais valiosa dos Estados Unidos. Li Ka-shing, que estava entre os chineses do continente que procuraram refúgio na capital britânica de Hong Kong, depois da Revolução Comunista em 1949, é agora o homem mais rico da Ásia (LEGRAIN, 2016, tradução nossa).

Os argumentos apresentados sobre diversidade, aculturação e dinamismo são provavelmente fortes o suficiente para destruir dois dos motivos que alguns países possuem para não receber refugiados e solicitantes de refúgio, isto é, a preocupação com: a aculturação; e o retorno dos investimentos em hospedagem e apoio aos refugiados e solicitantes de refúgio. Todavia, os exemplos apresentados neste estudo, e muitos outros, mostram como alguns refugiados melhoraram a economia dos países que os acolheram. É por isso que a expansão do direito ao trabalho dos refugiados e solicitantes de refúgio pode ser um bom começo para mudar a visão sobre os refugiados.

Salienta-se que:

Raramente os economistas pensam sobre os refugiados. O pressuposto dominante é que os refugiados são uma questão humanitária e, portanto, os estudos sobre eles foram conduzidos por advogados e antropólogos. No entanto, a verdade é que os refugiados ao redor do mundo levam vidas econômicas complexas e diversificadas. Eles são consumidores, produtores, compradores, vendedores, mutuários, financiadores e empreendedores. Diante de novos mercados, contextos regulatórios e redes sociais, eles são frequentemente altamente inovadores e criam maneiras criativas de se sustentar. Um estudo recente encomendado pelo Centro de Estudos para Refugiados em Oxford, e realizado em Uganda – um dos poucos países que permite que os refugiados trabalhem –, mostra o quanto eles podem contribuir.

Em Kampala, a capital do país, 21% dos refugiados administram uma empresa que emprega pelo menos uma outra pessoa; daqueles que empregam, 40% são cidadãos do país anfitrião (COLLIER; BETTS, 2017, tradução nossa).

As pessoas podem concordar com a tese da diversidade, aculturação e dinamismo e, ao mesmo tempo, sustentar que a preferência do governo do país anfitrião deve ser a de encorajar a migração voluntária de jovens bem-educados e com as qualificações profissionais necessárias para estimular a economia. Contudo, nem sempre essa força de trabalho qualificada está disposta a imigrar voluntariamente.

Além disso, os imigrantes por motivos econômicos podem ter decidido ir a outro país devido à seleção negativa, o que significa que provavelmente não conseguiriam encontrar melhores empregos em seu país de origem e, por isso, decidiram deslocar-se em busca de outras oportunidades de emprego, permanecendo fora de seu país em caso de êxito. Esse não é o caso dos refugiados e solicitantes de refúgio, uma vez que eles mudam de país porque não têm escolha para ficar na sua pátria de origem. Eles precisam encontrar um novo lugar para morar. Portanto, em comparação com os imigrantes por motivos econômicos, os refugiados e os solicitantes de refúgio possuem menor probabilidade de retornar ao seu país e, como consequência, mais incentivos para assimilar rapidamente a língua e a cultura do novo país e ter um melhor desempenho lá.

De fato, uma pesquisa sobre como os refugiados vietnamitas atuam no mercado de trabalho dos EUA em relação aos imigrantes por motivos econômicos concluiu empiricamente que

[...] os refugiados recebem uma renda menor do que os imigrantes por motivos econômicos nos Estados Unidos, mas com o tempo sua renda passa a exceder a dos imigrantes por motivos econômicos” (CHANG, 2017, p. 124).

A pesquisa explicou que isso é provavelmente devido à limitada capacidade de comunicação que os refugiados possuíam na língua inglesa no início, uma vez que não planejavam mudar de país. O pesquisador descobriu que a limitada capacidade de comunicação pode resultar em vários graus de discriminação pelos empregadores, mas, após alguns anos de residência nos EUA, os refugiados melhoram suas habilidades linguísticas e de trabalho; como resultado, sua renda aumenta substancialmente e excede a renda dos imigrantes por motivos econômicos em mais de sete mil dólares americanos por ano.

No que se refere à demografia, certo é que, para manter o tamanho da população, é necessária uma média de 2,1 nascimentos por mulher durante a vida. Se a taxa de fertilidade for inferior a 2,1, o número de recém-nascidos não será suficiente para substituir as pessoas que morrem, e a população diminuirá. Como consequência, a nova geração será menor do que a que veio antes e provavelmente não conseguirá sustentar a economia, arriscando a capacidade do país de pagar aposentadorias, lidar com demandas de saúde e muito mais. Lois M. Collins salientou que

[...] a rápida contração da força de trabalho pode ter um impacto negativo na economia, crescimento, consumo e capacidade das gerações atuais de pagar pelos direitos dos idosos (COLLINS, 2014, tradução nossa).

Na Europa, “os cidadãos não conseguem gerar crianças suficientes para manter o tamanho da população constante ao longo do tempo” (MOHDIN, 2017, tradução nossa). De acordo com os dados divulgados pelo Gabinete de Estatísticas da União Europeia, em 2018 a taxa de fecundidade total na União Europeia foi de 1,55 nascido vivo por mulher, sendo que em 2010 essa taxa era de 1,62 nascido vivo por mulher. Devido à diminuição da taxa de fertilidade, a Europa tem mais dependentes idosos para as pessoas em idade de trabalhar. Outro ponto a ser observado é o aumento constante da expectativa de vida, o que significa que os dependentes viverão ainda mais:

Entre 2000 e 2015, a esperança de vida global média ao nascer aumentou cerca de 5 anos, atingindo uma média de 73,8 anos para as mulheres e 69,1 anos para os homens” (CHEADLE, 2016, tradução nossa).

Segundo Holly Ellyatt (2015), em 2025 mais de 20% dos europeus terão idade igual ou superior a 65 anos, com um aumento particularmente rápido no número de pessoas com mais de 80 anos, o que coloca mais pressão no sistema de saúde e nos serviços sociais em toda a região.

Reforçando os efeitos da demografia na economia, temos que:

[...] o aumento global das populações dependentes de idosos terá sérias consequências econômicas. Os custos com cuidados de saúde para os idosos sobrecarregarão os recursos, enquanto a menor população de trabalhadores terá dificuldades em produzir receitas fiscais suficientes para suportar esses custos crescentes. É provável que isso faça com que o poder de compra diminua, o consumismo diminua, a produção de empregos diminua e a economia fique estagnada (CHEADLE, 2016, tradução nossa).

Portanto, um dos desafios da Europa é a sua demografia: a população está envelhecendo; e a futura força de trabalho nativa está em declínio. Os refugiados podem ajudar a solucionar esse problema demográfico, já que geralmente mudam de país em idade ativa e em companhia de seus filhos. Além disso, filhas e netas de refugiados geralmente possuem uma taxa de fertilidade maior que a média na Europa, devido a razões culturais, e também porque querem estabelecer uma família numerosa no país anfitrião para sentirem-se em casa. Nesse sentido, os benefícios que os refugiados e os solicitantes de refúgio proporcionam para a demografia do país anfitrião permanecem por várias gerações.

7 PERSPECTIVA

Neste tópico, vale a pena mencionar o exemplo da Alemanha. Nos últimos anos, a Alemanha recebeu mais refugiados do que

qualquer outro país da Europa. A chanceler alemã disse que é um dever cívico e humanitário ajudar os que fogem da morte em seus países de origem; mas, de acordo com o sociólogo e professor José Pastore,

[...] há uma importante razão econômica para a Alemanha acolher tanta gente estranha em seu território: sua população está encolhendo de modo assustador e, em breve, a força de trabalho será insuficiente para sustentar o país (PASTORE, 2015).

O relatório da Comissão Europeia apontou que a população da Alemanha diminuirá de 81,3 milhões, em 2013, para 70,8 milhões, em 2060, “significando que a maior economia da Europa poderia se sair bem ao aceitar imigrantes em idade de trabalhar” (ELLYATT, 2015, tradução nossa).

José Pastore (2015) explicou que a Alemanha tem a menor taxa de crescimento populacional do mundo desenvolvido (8,2 por mil habitantes) e mencionou que França e Inglaterra possuem uma taxa muito mais alta (12,5 por mil habitantes) e logo seriam os países mais populosos da Europa, superando a Alemanha.

Ao mesmo tempo que os alemães passaram a viver muito (88 anos em média), o país viu despencar a reposição da sua população. Em menos de 15 anos, a força de trabalho cairá de 61% da população para pouco mais de 50%, tornando cada idoso dependente de um jovem (PASTORE, 2015).

Pastore (2015) também acrescentou que “incentivos direcionados para estimular nascimentos não deram resultado. Entre 2000 e 2013, a taxa de fertilidade caiu 11%”. Seguindo seus argumentos, a conclusão é: se nada mudasse, o crescimento da economia alemã diminuiria, pois o país deveria gastar seu orçamento com benefícios da Previdência Social e inibir os investimentos necessários ao desenvolvimento da nação. Portanto, a Alemanha precisava de migrantes, e foi uma decisão inteligente começar a aceitar mais refugiados e solicitantes de refúgio.

Como 40% dos refugiados são crianças, o governo mobilizou enormes recursos para fortalecer as escolas para atender imediatamente esses estudantes. Mais de 3.000 professores foram contratados, dando prioridade ao ensino do idioma alemão. Pelo fato de aprenderem a língua com mais facilidade, as crianças estarão prontas para o bom ensino profissional alemão dentro de poucos anos e para entrar no mercado de trabalho a partir de 2030, cobrindo, assim, o referido déficit demográfico e reequilibrando a força de trabalho para manter a Alemanha como locomotiva do crescimento europeu (PASTORE, 2015).

A mesma conclusão foi encontrada por Philippe Legrain, fundador da Open Political Economy Network (OPEN), que pontuou que “alguns refugiados fazem trabalhos sujos, difíceis, perigosos e maçantes que os locais rejeitam, como limpar escritórios e cuidar de idosos” (LEGRAIN, 2016, tradução nossa). Isso permite que os cidadãos locais façam trabalhos mais qualificados e com melhores salários.

O novo olhar da Alemanha sobre os refugiados deveria servir de exemplo para que outros países pudessem vê-los não como um ônus, mas como um investimento.

Receber refugiados não é apenas uma maneira de solucionar um problema demográfico, mas uma maneira de evitar um problema econômico. Receber refugiados, portanto, pode ser visto como um bônus para o país anfitrião.

Os refugiados podem contribuir economicamente para as sociedades que os acolhem de várias maneiras: como trabalhadores, inovadores, empresários, contribuintes, consumidores e investidores. Seus esforços podem ajudar a criar empregos, elevar a produtividade e os salários dos trabalhadores locais, aumentar o retorno de capital, estimular o investimento e o comércio internacional, além de impulsionar inovação, empresas e crescimento (LEGRAIN, 2016, tradução nossa).

Dessa forma, a visão sobre refugiados e solicitantes de refúgio deve ser alterada.

Uma discussão mais equilibrada sobre migração pode nos levar de uma posição em que os solicitantes de refúgio e refugiados são difamados pelo Estado, pela mídia e pela população em geral até o ponto em que a realidade da experiência dos refugiados é compreendida, e eles sejam tratados com mais simpatia e menos medo, recebendo o apoio inicial de que precisam. Uma política mais humana para os refugiados e solicitantes de refúgio, com decisões claras e transparentes, em processos rápidos e eficientes, com melhores condições para aqueles que aguardam uma decisão, pode tornar a experiência do solicitante de refúgio menos estressante e marginalizante (PHILLIMORE, 2011, p. 587, tradução nossa).

Este estudo sugere que refugiados e solicitantes de refúgio sejam vistos não como um ônus, mas como uma oportunidade, um investimento, um bônus. A solução para a crise europeia de refugiados pode ser encontrada no mercado de trabalho, com concessão do adequado direito ao trabalho para os refugiados e solicitantes de refúgio.

Essa nova abordagem provavelmente trará mais benefícios ao país anfitrião que aos refugiados e solicitantes de refúgio, como fundamentado em tópico anterior, sobre diversidade, aculturação, dinamismo, demografia e economia. A nova abordagem baseia-se no valor do trabalho dos refugiados, mas está além dele, pois muitos outros valores também são levados em conta.

Finalmente, os países que podem beneficiar-se dos fatores apresentados acima devem mudar sua legislação interna a fim de expandir o direito ao trabalho dos refugiados e solicitantes de refúgio, dando-lhes a oportunidade de demonstrar o que podem fazer quando possuem as ferramentas necessárias para desenvolver suas habilidades profissionais. Os refugiados e os solicitantes de refúgio devem ter as suas qualificações profissionais registradas logo que chegam ao país de acolhimento e devem receber um adequado treinamento de idioma e formação profissional. Eles não devem ficar nos campos de recepção por muito

tempo; devem ser distribuídos em locais que precisam de sua força de trabalho específica; e devem também ter a possibilidade de se deslocar para as áreas geográficas no país de acolhimento onde suas habilidades profissionais se encaixem melhor.

8 CONCLUSÃO

A solução para a crise europeia de refugiados pode ser encontrada se os refugiados e solicitantes de refúgio forem considerados não como um ônus, mas como um investimento que gerará bônus.

Essa nova abordagem é possível quando refugiados e solicitantes de refúgio são vistos como uma forma de resolver um problema demográfico e evitar um problema econômico. Em outras palavras, se eles forem vistos como um investimento para o país anfitrião, os governos dos países de acolhimento se sentirão motivados a tratá-los com mais simpatia e menos medo; assim, mudarão suas legislações internas a fim de proporcionar aos refugiados e solicitantes de refúgio as ferramentas necessárias para o desenvolvimento de suas habilidades profissionais.

Este estudo sustenta que o adequado direito ao trabalho dos refugiados e dos solicitantes de refúgio pode ser uma solução para a crise europeia dos refugiados.

REFERÊNCIAS

BERRY, John Wiley. Immigration, acculturation and adaptation. **Applied Psychology: An International Review**, [s.l.], v. 46, n. 1, jan. 1997. Disponível em: <https://iaap-journals.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1464-0597.1997.tb01087.x>. Acesso em: 6 jul. 2020.

CHANG, Lily. Refugee versus economic immigrant labor market assimilation in the United States: a case study of Vietnamese refugees. **The Park Place Economist**, [s.l.], v. 25, n. 1, p.

118-129, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.iwu.edu/parkplace/vol25/iss1/19>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CHEADLE, Caitlin. Fertility rates keep dropping, and it's going to hit the economy hard. **Visual Capitalist**, 25 nov. 2016.

Disponível em: <http://www.visualcapitalist.com/fertility-rates-dropping-economy>. Acesso em: 10 jun. 2020.

COLLIER, Paul; BETTS, Alexander. Why denying refugees the right to work is a catastrophic error. **The Guardian**, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/22/why-denying-refugees-the-right-to-work-is-a-catastrophic-error>. Acesso em: 10 jun. 2020.

COLLINS, Lois M. The potential impact of falling fertility rates on the economy and culture. **Deseret News**, 23 maio 2014. Disponível em: <https://www.deseret.com/2014/5/23/20541859/the-potential-impact-of-falling-fertility-rates-on-the-economy-and-culture>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CONSTANT, Amelie F.; ZIMMERMANN, Klaus F. Towards a new European refugee policy that works. **CESifo DICE Report**, v. 14, n. 4, p. 3-8, 2016. Disponível em: <http://www.cesifo-group.de/DocDL/dice-report-2016-4-constant-zimmermann-december.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ELLYATT, Holly. Migrants could help solve Europe's aging problem. **CNBC**, 11 set. 2015. Disponível em: <https://www.cnn.com/2015/09/11/migrants-could-help-solve-europes-aging-problem.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

EUROSTAT. Fertility statistics. 15 maio 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Fertility_statistics. Acesso em: 10 jun. 2020.

FLEAY, Caroline; HARTLEY, Lisa. "I feel like a beggar": asylum seekers living in the Australian Community without the right to work. **Journal of International Migration and Integration**,

[s./], v. 17, n. 4, p. 1.031-1.048, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s12134-015-0453-x>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GOODWIN-GILL, Guy S.; McADAM, Jane. **The refugee in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LEGRAIN, Philippe. Refugees are not a burden but an opportunity. **OECD Yearbook**, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/migration/refugees-are-not-a-burden-but-an-opportunity.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LESTER, Eve. Work, the right to work, and durable solutions: a study on Sierra Leonean refugees in the Gambia. **International Journal of Refugee Law**, [s./], v. 17, n. 2, p. 331-393, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijrl/eei012>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MADDERN, Stacy Warner. Melting pot theory. **The Encyclopedia of Global Human Migration**, [s./], 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781444351071.wbeghm359>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MAYBLIN, Lucy. Complexity reduction and policy consensus: asylum seekers, the right to work, and the “pull factor” thesis in the UK context. **The British Journal of Politics and International Relations**, [s./], v. 18, n. 4, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1369148116656986>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MOHDIN, Aamna. France is showing Europe how to make enough babies to replenish its population. **Quartz**, 10 mar. 2017. Disponível em: <https://qz.com/929745/france-is-the-closest-country-in-europe-to-having-enough-babies-to-replace-all-those-dying>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MUSALO, Karen; MOORE, Jennifer; BOSWELL, Richard. **Refugee law and policy: a comparative and international approach**. Durham: Carolina Academic Press, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra: Nações Unidas, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

PASTORE, José. Educação e trabalho de refugiados. **O Estado de São Paulo**, 1º dez. 2015. Disponível em: http://www.josepastore.com.br/artigos/ed/ed_058.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

PHILLIMORE, Jenny. Refugees, acculturation strategies, stress and integration. **Journal of Social Policy**, [s.l.], v. 40, n. 3, p. 575-593, jul. 2011. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-social-policy/article/refugees-acculturation-strategies-stress-and-integration/6D09721D52A6D94A04BF5BC5B4807C47>. Acesso em: 10 jun. 2020.

THIELEMANN, Eiko R. Does policy matter? On governments' attempts to control unwanted migration. **IIS Discussion Paper**, [s.l.], n. 9, nov. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.495631>. Acesso em: 10 jun. 2020.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). **Statistical Yearbook**. 2010. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistical-yearbooks.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

O FUTURO DO MERCADO DE TRABALHO EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS:

uma análise do arcabouço jurídico de
tutela no direito do trabalho brasileiro

THE FUTURE OF THE LABOR MARKET ACCORDING TO NEW TECHNOLOGIES:

*an analysis of the legal framework of
tuteling in brazilian labor law*

Rozi Engelke*

RESUMO

O presente artigo apresenta estudo acerca do mercado de trabalho, em face das inovações tecnológicas que vêm ocorrendo de forma crescente e da provável extinção de postos de trabalho em vista das atividades passarem a ser desenvolvidas por máquinas e computadores movidos pela inteligência artificial. Examina as formas de proteção dos trabalhadores como meio de implementação da dimensão social da sustentabilidade, bem como a responsabilidade por essa obrigação legal e as perspectivas do mercado de trabalho. Discorre esta análise, ainda, a respeito das possibilidades futuras do direito do trabalho no Brasil em face dessas inovações – que restam por extinguir certas atividades e criar outras mais especializadas e dependentes de conhecimento prévio da tecnologia – e como a mão de obra disponível no mercado pode se adaptar às novas exigências.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do Trabalho. Inovações tecnológicas. Inteligência artificial.
Mercado de trabalho.

* Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Mestranda em Território, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales, Universidade de Alicante – Espanha. Juíza do Trabalho Titular da 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre no TRT da 4ª Região. E-mail: roziengelke72@gmail.com

ABSTRACT

This article presents a study about the labor market according to the technological innovations that have been occurring in an increasing way and the probable extinction of jobs in view of the activities being developed by machines and computers powered by artificial intelligence. It examines ways of protecting workers as a means of implementing the social dimension of sustainability and whose legal obligation it is, as well as the prospects of the labor market. This analysis also discusses the future possibilities of labor law in Brazil in the face of these innovations - which remain to extinguish certain activities and create others that are more specialized and dependent on prior knowledge of technology - and how the labor available on the market can adapt to new requirements.

KEYWORDS

Artificial intelligence. Labor Law. Labor market. Technological innovations.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias que facilitam e barateiam o custo da produção e extinguem postos de trabalho atuais com substituição por robôs;
 - 3 Disposições legais de proteção ao emprego no Brasil;
 - 4 Proteção ao emprego, obrigação do governo, empregados e empregadores; qualificação dos trabalhadores: como implementar no Brasil;
 - 4.1 Constituição Federal, art. 7º, XXVII;
 - 4.2 Convenção nº 158 da OIT;
 - 4.3 Seguro-desemprego e cursos de qualificação profissional;
 - 4.4 Outras iniciativas legais;
 - 5 Quais as perspectivas do mercado de trabalho nos próximos anos;
 - 6 Considerações finais;
- Referências;
Bibliografia.

Data de submissão: 01/03/2020

Data de aprovação: 27/06/2020

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto o exame do mercado de trabalho em face das inovações tecnológicas. Analisa como o mercado de trabalho reage às mudanças que ocorrem por conta da inteligência artificial, da robotização, das impressões 3D e da indústria 4.0 atualmente existentes, resultando na extinção de postos de trabalho e no aparecimento de novas atividades, cujo exercício depende de conhecimento tecnológico e digital prévio.

O tema abrange a sustentabilidade social, configurando relevante o estudo das perspectivas do futuro do direito do trabalho no Brasil, em face das inovações que vêm ocorrendo ao longo do tempo e que restam por extinguir certas atividades tradicionais, criando uma massa de desempregados digitais que dificilmente se adapta ao exercício de atividades novas que surgem, mais especializadas e dependentes de conhecimento prévio da tecnologia.

Busca-se verificar como será possível a mão de obra disponível, e muitas vezes não especializada, adaptar-se às novas exigências do mercado de trabalho, que está em constante mudança e aprimoramento. Ainda, questiona-se de quem é a responsabilidade legal de primar pelo aproveitamento dessa mão de obra e seu ônus social. O artigo também perpassa uma breve análise da legislação sobre o tema e sobre as perspectivas do mercado de trabalho.

O objetivo geral do estudo é a resposta aos questionamentos propostos, visando apresentar sugestões de aproveitamento da mão de obra disponível, haja vista que esta tem de subsistir e que novos postos de trabalho precisam ser preenchidos.

Mantêm-se as atenções voltadas para a necessidade de aprimoramento da mão de obra composta por desempregados digitais para que tenham meios de subsistência e para a análise acerca de quem é esta responsabilidade. Ainda, não se olvida a eventual impossibilidade de aprimoramento de parte dessas pessoas visando a sua forma de subsistência no futuro.

2 O FUTURO DO MERCADO DE TRABALHO EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS QUE FACILITAM E BARATEIAM O CUSTO DA PRODUÇÃO E EXTINGUEM POSTOS DE TRABALHO ATUAIS COM SUBSTITUIÇÃO POR ROBÔS

Estamos à vista de uma nova revolução industrial, baseada na tecnologia e que vem afetando diretamente o mercado de trabalho, sendo necessário regulamentar de forma eficaz essa área como forma de proteção e aprimoramento desse mercado e de outras relações que daí dependem.

Há uma quarta revolução industrial, com tecnologias como inteligência artificial, impressões 3D e novos materiais inteligentes que têm na base a nanotecnologia e a denominada indústria 4.0, conforme discorre Engelmann (2019).

A inteligência artificial, parafraseando Menezes Neto (2016, p. 175) sobre o tema, é conhecida como o aprendizado das máquinas; uma área do saber na qual o objetivo é criar sistemas computacionais capazes de acumular conhecimento, tomando decisões com base nas suas experiências anteriores, realizando análises dos resultados futuros das ações tomadas no presente. Trata-se de um sistema capaz de ser treinado para tomar decisões diante de novos cenários.

Já a nanotecnologia permeia as mudanças tecnológicas, quando temos bens e produtos cada vez menores, às vezes invisíveis ao olho nu, mas com maior capacidade de armazenamento, mais flexibilidade e maior resistência.

Na sequência, a Impressão 3D, também conhecida como prototipagem rápida, visa facilitar o acesso à produção de protótipos impressos diretamente pela empresa, sem necessidade de uma companhia especializada para tal desiderato. A primeira impressora nesse modelo foi criada pelo norte-americano Chuck Hull e tinha basicamente duas funções: fazer lâmpadas para solidificação de resinas e confeccionar plásticos rígidos rapidamente. Desde então, muita coisa mudou. Hoje, as impressoras tridimensionais

são usadas para imprimir desde casas até partes do corpo humano (DEURSEN, 2013).

Já a indústria 4.0 engloba as principais inovações tecnológicas dos campos de automação, controle e tecnologia da informação aplicadas aos processos de manufatura (SILVEIRA, 2019).

Essas inovações tecnológicas decorrem, principalmente, da inteligência artificial, que está afetando fortemente o mercado de trabalho, causando uma massa de desempregados digitais, pessoas que perdem o emprego para um sistema de computador ou uma máquina, conforme discorre Yuval Noah Harari (2018, p. 37).

É crescente a utilização da computação e da inteligência artificial na vida cotidiana dos seres humanos, o que é notório na sociedade. A capacidade da máquina para tomar decisões sem análise emocional vem substituindo, por exemplo, grande quantidade de mão de obra sem qualificação técnica, como atendentes de postos de gasolina, ascensoristas, digitadores, lixeiros, motoristas e outras atividades afins. A tendência é que estas e outras funções deixem de existir nos padrões atuais, ou seja, desenvolvidas por trabalhadores braçais, conforme discorre o sociólogo Yuval Noah Harari (2018, p. 38).

Com o avanço da inteligência artificial, postos de trabalho mais qualificados têm a tendência ao desaparecimento, e não apenas em atividades tradicionais, conforme se pode inferir de reportagens diversas sobre o tema e de forma exemplificativa na revista Época Negócios Online (2019).

Como o mercado de trabalho vai lidar com esses desempregados e realocá-los em novos postos visando à sua subsistência é um questionamento a ser respondido utilizando-se do conhecimento adquirido ao longo da história, desde a primeira Revolução Industrial, que mudou radicalmente a sociedade britânica no século XVIII.

Nesse sentido, discorre Saes, acerca das grandes mudanças vivenciadas na época:

Esta perspectiva de transformação radical da sociedade britânica – e da própria humanidade – a partir da Revolução Industrial é, em maior ou menor grau, defendida por grande número de estudiosos. Ela estabelece que na segunda metade do século XVIII iniciou-se uma rápida transformação da indústria britânica por meio da introdução da máquina e da energia gerada por fontes inanimadas (como o vapor e a força hidráulica), em substituição à energia humana e à energia animal. A inovação técnica teria sido o embrião de mudanças profundas na sociedade britânica, em período relativamente curto, a sugerir se tratar de uma verdadeira “Revolução Industrial”: o termo, já utilizado nos meados do século XIX, provavelmente por analogia à Revolução Francesa [...] (SAES, 2013, p. 141).

As mudanças ocorridas entre 1760 e 1860 ficaram conhecidas como a primeira revolução industrial, iniciada na Inglaterra e decorrente do aparecimento de indústrias de tecidos de algodão, com o uso do tear mecânico e, após, com o aprimoramento das máquinas a vapor, que contribuiu para a continuação da revolução.

Sobre a evolução ao longo do tempo e seu impacto na forma produtiva, aborda Duarte:

Quanto à produção industrial, percebe-se que a Primeira Revolução Industrial permitiu uma mecanização geral das indústrias que estimulou o consumo e a necessidade de renovação dos produtos. A Segunda Revolução Industrial representou a introdução de novas fontes de energia e inaugurou a produção em massa e a revolução dos bens de consumo. A Terceira Revolução Industrial caracterizou-se pela transição da tecnologia analógica para a digital e pela segmentação dos mercados de consumo. Finalmente, a Quarta Revolução Industrial tem como base o ambiente colaborativo e integrativo, a adoção de Sistemas Ciberfísicos e o papel ativo dos consumidores no sistema produtivo. (DUARTE, 2017, p. 17).

Atualmente a história se repete, se não com as mesmas inovações tecnológicas, com tensões entre capital e trabalho geradas por essa evolução. O capital é aqui entendido como os proprietários dos meios de produção, com numerário suficiente para aprimorar esses meios com as inovações tecnológicas, que barateiam e agilizam a linha de produção, em detrimento da mão de obra humana, cuja única fonte de renda é colocar à disposição dos empregadores sua força de trabalho e ser remunerada por ela.

Ainda que haja autores, como Eric Hobsbawm (1996), que não consideram as mudanças dos séculos XVIII e XIX como revolucionárias – entendendo que a revolução industrial teria sido apenas uma, que não se “completou”, uma vez que sua essência foi tornar a mudança revolucionária como norma desde então –, não há dúvidas de que as transformações ocorrem e que a velocidade delas é vertiginosamente maior e, portanto, com consequências imprevisíveis.

Retornando à perspectiva do professor Engelmann (2019), é possível observar esse fenômeno especialmente em atividades repetitivas ou braçais. A automação está atingindo a mão de obra. Hoje, em vez de haver grandes linhas de produção, com centenas de pessoas trabalhando, há robôs, braços mecânicos e um software que comanda a produção. Esse é o “lado perverso” da revolução industrial atual, conforme discorre Oliver Cann (2018) quando sintetiza que, até 2025, mais da metade de todas as tarefas atuais no local de trabalho serão executadas por máquinas, contra 29% hoje. Essa transformação terá um efeito profundo na força de trabalho global.

Mas não se olvida que não apenas nas linhas de produção fabris esse fenômeno é verificado. Também se observam esses efeitos dentro do ambiente jurídico e nos profissionais do Direito. Atualmente existem sistemas tecnológicos que realizam a tarefa de buscar artigos e pesquisar sobre jurisprudência e legislação, além de recolher fontes que serão utilizadas em processos e casos. O trabalho anteriormente realizado por estagiários e advogados é hoje feito por computadores dotados de programas com inteligência artificial, conforme Campos (2019).

Assim, verifica-se que, além dos trabalhos tradicionais, também trabalhos de pesquisa podem ser realizados por máquinas e sistemas tecnológicos, dispensando a intervenção humana.

Com essas premissas, postos de trabalho deixam de existir e empresas fecham por falta de clientes para sua atividade econômica.

Em contraponto, não se olvida que as inovações tecnológicas e a inteligência artificial propiciam o surgimento de novos empregos. Contudo, são empregos com exigência de conhecimento na área tecnológica, o que os desempregados digitais não possuem. Nesse sentido, Yuval Noah Harari (2018, p. 38) cita piloto de drones, desenvolvedor de aplicativos e designer no mundo virtual.

Destarte, a questão central deste estudo é como compatibilizar as novas tecnologias – que extinguem diversas formas de trabalho braçal e mesmo intelectual – com a massa de desempregados digitais que necessitam subsistir e de quem é essa obrigação legal.

3 DISPOSIÇÕES LEGAIS DE PROTEÇÃO AO EMPREGO NO BRASIL

No horizonte das inovações tecnológicas e da extinção de vários tipos de trabalhos braçais e intelectuais, não se verifica que o governo brasileiro e os empresários estejam envidando esforços para capacitar os trabalhadores que perdem seus empregos devido à robotização da mão de obra, porquanto o preceito constitucional de proteção em face da automação, na forma da lei, ainda não foi regulamentado, nem outros projetos de lei se verificam sobre o tema.

Ademais, além de cursos para sua qualificação, também é necessário um incentivo para gerar interesse nessas pessoas em voltar a estudar.

Um dado relevante é que a produção industrial (segundo setor), em países desenvolvidos, é responsável por uma pequena

parte do PIB (na Inglaterra são apenas 23%). Na análise do assunto, portanto, é importante ter em mente que o setor de serviços (terceiro setor) no Brasil responde por nada menos que 55% do PIB e dos postos de trabalho. E é exatamente nesse setor que a tecnologia avança e tende a substituir o trabalho humano de forma assustadora (SENE, 2006).

Urge que os pensadores, políticos e partes envolvidas se debruçam sobre o tema, visto que o acréscimo da massa de desempregados tem relação direta com a criminalidade, e da pior forma. O crime concorre com o emprego como fonte de subsistência, ou seja, o desemprego e a baixa qualidade dos empregos oferecidos podem levar a delinquir quem não tem a menor vocação para o crime. É a concretização do vaticínio rousseauiano (MOSCATOLI, 2009).

Nesse momento se verifica a importância do direito do trabalho, como ramo da ciência que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade. Dentro dessa organização legal, há obrigações recíprocas para todos os agentes, os empregados, os empregadores e o governo.

Inicialmente, devem-se proteger os atuais empregados contra o desemprego pela falta de qualificação.

Para essa finalidade, e também para alcançar os já desempregados, a tarefa de qualificação profissional deve ser encarada como uma política pública por parte do governo, seja ele federal, estadual ou municipal, com necessária ação afirmativa,¹ assim

¹ Segundo ensina Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40), ações afirmativas são o conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do

como os empresários devem se adequar para manter os empregos existentes ou reduzi-los em menor quantidade.

É dever do governo se preocupar com o assunto, lançar políticas públicas e cursos de capacitação para que esses trabalhadores aprendam novos ofícios compatíveis com as exigências das novas colocações no mercado de trabalho.

Para os empresários, é devida a valorização dos trabalhadores, com observância do disposto do Código Civil (BRASIL, 2002) acerca da função social dos contratos, neste caso o contrato de trabalho. Nesse sentido, o art. 421 desse diploma legal dispõe: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2019b).

No mesmo diapasão, também as empresas devem prover a capacitação e a assistência aos trabalhadores. Sabendo uma empresa que vai adquirir uma linha de produção automatizada, deve capacitar os empregados para sua operação. A visão do empregador não deve ser meramente econômica, ou seja, analisar a soma do custo da indenização do empregado antigo em contraponto à contratação de novos empregados já capacitados e, se o resultado for viável, optar pelo despedimento dos empregados mais antigos. A dispensa de empregados sem capacitação gera os desempregados digitais, que terão dificuldade em recolocação no mercado de trabalho.

Parcerias público-privadas também são viáveis para o desenvolvimento de ações afirmativas governamentais, além da valorização do empregado.

Dentre as disposições legais já existentes, há previsão constitucional de direito dos trabalhadores urbanos e rurais à proteção em face da automação, na forma da lei (Constituição Federal,

ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Neste caso a ação afirmativa seria para evitar a discriminação dos excluídos tecnologicamente.

art. 7º, inciso XXVII) (BRASIL, 1988), que, contudo, é uma norma meramente programática².

O referido dispositivo, entretanto, não foi, até o momento, regulamentado pelo legislador infraconstitucional, seja em virtude da incapacidade técnica de absorver a mão de obra decorrente da extinção dessas funções, do desconhecimento técnico das inovações tecnológicas e de seu impacto nesse ramo da ciência jurídica, ou mesmo, quiçá, da falta de interesse do legislador.

Ao longo do texto constitucional, também em outros locais, como no capítulo do desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro, verifica-se a intenção do constituinte de proteger o trabalhador. O art. 170 (BRASIL, 1988), por exemplo, prevê a valorização do trabalho humano e assegura existência digna, conforme ditames de justiça social, ou seja, também é dever do Estado garantir a dignidade dos trabalhadores que não possuem conhecimento tecnológico e digital. Da mesma forma, o inciso VIII desse mesmo artigo prevê a busca do pleno emprego.

4 PROTEÇÃO AO EMPREGO, OBRIGAÇÃO DO GOVERNO, EMPREGADOS E EMPREGADORES; QUALIFICAÇÃO DOS TRABALHADORES: como implementar no Brasil

Analisando as disposições legais existentes, pode-se entender que há arcabouço jurídico para implementar políticas públicas com ações afirmativas de proteção ao desemprego digital e exigência de participação dos empresários para essa finalidade.

Cabe registrar que o presente estudo se debruça apenas sobre as dispensas dos empregados pelos empregadores de forma imotivada, abstraindo-se os casos de iniciativa do empregado de finalizar o contrato.

² As normas programáticas são aquelas normas constitucionais que o constituinte limitou-se a traçar princípios gerais, que devem ser implementados e regulamentados pelo Poder Legislativo mediante lei ordinária de hierarquia inferior à constitucional.

4.1 Constituição Federal, art. 7º, XXVII

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXVII (BRASIL, 1988), prevê a proteção em face da automação, na forma da lei. Mesmo sendo esta uma norma dependente de regulamentação infraconstitucional, ela pode e deve ser aplicada com urgência, garantindo que o empregador motive o porquê da dispensa do empregado.

Sobre esse dispositivo, há um Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, 1.091 (BRASIL, 2019), de autoria do Deputado Wolney Queiroz Maciel, de Pernambuco, sem que se tenha notícias, até a apresentação deste artigo, de sua aprovação³.

Aqui não se está sugerindo que somente seria possível dispensar empregados por justa causa⁴, considerando que o constituinte brasileiro não segue esse padrão legal, porquanto a despeito da previsão do art. 7º, inciso I da Constituição Federal, esse dispositivo também pende de regulamentação infraconstitucional. Contudo, para este estudo, entende-se que deve o empregador informar se a dispensa se dá sem justa causa e, nesse caso, qual o motivador da extinção contratual.

Ainda que o encerramento do contrato de trabalho seja sem uma justa causa legalmente admitida – denúncia vazia do contrato –, certamente há um motivador para o fim do liame, caso contrário os contratos têm tendência à perpetuação.

Com base nessa premissa, deve o empregador dispor se o encerramento do contrato tem motivos financeiros da empresa, extinção da função por renovação tecnológica, desinteresse no

³ Sobre esse PL, há disposições de proteção trabalhista em face dos efeitos da automação nos artigos 3º e 10º. Disponível matéria sobre o assunto de autoria de Feliciano e Moraes (2019).

⁴ Aqui entendidas as justas causas legais previstas no art. 482 da CLT (BRASIL, 1943) para encerramento do contrato de emprego sem pagamento de indenização legal.

trabalho ou qualquer outra opção. Em caso de extinção do contrato por renovação tecnológica ou extinção da função, deve o empregador comprovar que ofereceu cursos de capacitação ao empregado e que estes não foram suficientemente aproveitados ou que houve desinteresse do trabalhador.

A fundamentação legal para tal regulamentação deve ser a previsão da Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVII (BRASIL, 1988), de que esse é um direito fundamental, ainda carente de regulamentação, mas do qual se pode retirar alguma eficácia, segundo o padrão de interpretação dos direitos fundamentais que determina que aos mesmos deve ser dada a máxima eficácia possível.

4.2 Convenção nº 158 da OIT

A Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho tem como objeto a exigência de justificação para o término de uma relação de trabalho, com o intuito de vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa pelo empregador. Assim ela prevê:

[...]

PARTE II NORMAS DE APLICAÇÃO GERAL

Seção A Justificação do término

Art. 4 — Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;

b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;

c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;

d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;

e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6 — 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1 do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1 da presente Convenção.

Seção B Procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo

Art. 7 — Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade. [...] (ORGANIZAÇÃO, 1985, grifo nosso)

A convenção nº 158 foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, em 1982, e entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. Ela foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992, conforme Decreto Legislativo nº 68 (BRASIL, 1992c), sendo ratificada pelo governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para vigorar

doze meses depois. Entretanto, sua eficácia jurídica no território nacional só se verificou a partir do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996 (BRASIL, 1996a), e, passados apenas sete meses, o governo brasileiro denunciou a ratificação da Convenção.

Releva registrar que no preâmbulo da Convenção consta como fundamento de sua redação:

Considerando que em razão de tais novidades é oportuno adotar novas normas internacionais na matéria, levando particularmente em conta os graves problemas que se apresentam nessa área como consequência das dificuldades econômicas **e das mudanças tecnológicas ocorridas durante os últimos anos** em um grande número de países; (ORGANIZAÇÃO, 1985, grifo nosso).

Na prática, a Convenção nº 158 da OIT não chegou a ser aplicada no Brasil. Isso porque o Judiciário a declarou incompatível com a Constituição, em virtude de um detalhe técnico: os tratados internacionais tinham, à época e no Brasil, status de lei ordinária, ao passo que a Constituição prevê que a proteção ao trabalhador contra a dispensa sem justa causa deve ser regulada em lei complementar, conforme decisão oriunda da ADIn 1480 do STF (BRASIL, 1996b) de forma cautelar e, após, confirmada no mérito. Em 1996, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, decidiu, através do Decreto nº 2.100 (BRASIL, 1996c), denunciar a Convenção nº 158 (ORGANIZAÇÃO, 1985), ou seja, ele revogou a adesão do Brasil à referida Convenção.

No caso, a posição do Supremo Tribunal Federal funda-se no art. 7º, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988) sobre o tema, que dispõe como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Contudo, essa tecnicidade não deveria ser óbice à aplicação da Convenção nº 158 no Brasil, devendo o Congresso Nacional providenciar lei complementar que regulamente o referido artigo.

Sobre o tema da denúncia da Convenção nº 158 pelo Brasil, ainda para discussão jurídica, por meio da ADIn 1625, no STF (BRASIL, 1997), na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questiona o Decreto nº 2.100 (BRASIL, 1996c).

De qualquer sorte, desde a Emenda Constitucional 45 (BRASIL, 2004), prevê o § 3º do art. 5º da lei maior que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Assim, também bastaria a aprovação com esse quórum qualificado para que a convenção fosse perfeitamente aplicável no Brasil, tendo em vista que a emenda constitucional tem quórum de aprovação superior à lei complementar e, como tal, supriria o requisito legal.

Importa ressaltar sobre o tema a decisão do STF, que definiu a supralegalidade dos tratados e das convenções de direitos humanos – RE nº 466.343/SP (BRASIL, 2008). Desse modo, se a lei infraconstitucional contém dispositivo contrário à norma internacional, a supralegalidade se impõe.

Nesse julgamento, que tratava da prisão civil do depositário infiel frente ao Pacto de San José da Costa Rica (BRASIL, 1992b), bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a), o STF entendeu que os tratados internacionais detêm status hierárquico inferior à Constituição, entretanto superior à legislação ordinária. Tal status é denominado de norma supralegal.

Desta feita, a legislação infraconstitucional pátria não sofre revogação por aquela internalizada em face de Convenções Internacionais como a ora analisada, mas a eficácia das normas que lhe possibilita foi paralisada, tornando-a ineficaz.

Em análise atenta do texto da Convenção, vê-se que ela alberga o Princípio Isonômico entre os trabalhadores por motivos

discriminatórios, o que já é adotado no Brasil pelo art. 461 da CLT (BRASIL, 2017) e pela Lei nº 9.029 (BRASIL, 1995), assim como pelo art. 5º, caput da Constituição Federal.

Ademais, essa convenção não proíbe a dispensa sem justa causa. Apenas estabelece, de forma geral, a necessidade de o empregador justificar a dispensa do empregado, evitando práticas arbitrárias de rescisão do contrato de trabalho, entre elas a dispensa por extinção da função, que, neste caso, poderia ser regulamentada para exigir aprovação em curso de qualificação profissional e recolocação em função compatível.

A convenção tem como objetivo principal preservar as relações estabelecidas pelas partes, objetivo também perseguido neste estudo científico como forma de proteger os empregos em face de dispensa por motivos de inovações tecnológicas.

4.3 Seguro-desemprego e cursos de qualificação profissional

A Lei nº 7.998 (BRASIL, 1990) – e alterações posteriores –, que regulamenta o programa do seguro-desemprego, define que este tem por finalidade prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo.

Ainda, o art. 3º da lei prevê os requisitos para concessão do benefício, em especial:

VI - matrícula e frequência, quando aplicável, nos termos do regulamento, em curso de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional habilitado pelo Ministério da Educação, nos termos do art. 18 da Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011, ofertado por meio da Bolsa-Formação Trabalhador concedida no âmbito do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), instituído pela Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011, ou de vagas

gratuitas na rede de educação profissional e tecnológica. (Incluído pela Lei nº 13.134, de 2015).

§ 1º A União poderá condicionar o recebimento da assistência financeira do Programa de Seguro-Desemprego à comprovação da matrícula e da frequência do trabalhador segurado em curso de formação inicial e continuada ou qualificação profissional, com carga horária mínima de 160 (cento e sessenta) horas. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011).

§ 2º O Poder Executivo regulamentará os critérios e requisitos para a concessão da assistência financeira do Programa de Seguro-Desemprego nos casos previstos no § 1º, considerando a disponibilidade de bolsas-formação no âmbito do Pronatec ou de vagas gratuitas na rede de educação profissional e tecnológica para o cumprimento da condicionalidade pelos respectivos beneficiários. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011).

§ 3º A oferta de bolsa para formação dos trabalhadores de que trata este artigo considerará, entre outros critérios, a capacidade de oferta, a reincidência no recebimento do benefício, o nível de escolaridade e a faixa etária do trabalhador. (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011) (BRASIL, 1990).

Na prática, o antigo Ministério do Trabalho, atual Ministério da Economia, que passou a gerir essa competência, não implementou a exigência de cursos de qualificação para o pagamento das parcelas do seguro-desemprego.

Contudo, ainda que se possa cogitar que a intenção política implícita na alteração do regulamento do programa do seguro-desemprego seja a redução dos gastos com a parcela, a ideia que permeia a mudança é boa e deve ser valorizada.

Aqui não se defende a redução das despesas pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador, que subsidia o benefício, mas a obrigação de toda a sociedade civil de contribuir para o aperfeiçoamento da mão de obra visando à futura recolocação no mercado.

4.4 Outras iniciativas legais

Neste breve estudo, não se cogita a hipótese de exaurir as disposições legais sobre o tema, nem de aprofundar o estudo sob a ótica da estrita legalidade, mas apenas apresentar sugestões que demonstrem a viabilidade econômica, política e legal para o incentivo e a necessidade de qualificação profissional dos trabalhadores a fim de que não se transformem em desempregados digitais.

5 QUAIS AS PERSPECTIVAS DO MERCADO DE TRABALHO NOS PRÓXIMOS ANOS

Não se pode olvidar que o próprio mercado e suas exigências estão mudando, não só em nível tecnológico, como na própria forma de desenvolver o trabalho para o mundo contemporâneo, o que necessariamente implica em mudança nas leis trabalhistas.

Conforme Stephane Kasriel (2019), cujas conclusões constam no Relatório do Fórum Econômico Mundial de 2019, as próximas duas décadas prometem uma revolução em larga escala na vida profissional.

Segundo o autor, a alta tecnologia e os empregos não precisam ser excludentes entre si, havendo a possibilidade de uma sincronicidade entre eles. Kasriel acredita que há razões para ter esperança de que os empregos se tornem mais acessíveis, mais flexíveis e mais libertadores nas próximas duas décadas.

O autor registra cinco mudanças significativas próximas:

- 1) a inteligência artificial e a robótica acabarão criando mais trabalho, não menos;
- 2) não haverá escassez de empregos, mas falta de talentos qualificados para preencher esses empregos;
- 3) a regra geral será o trabalho remoto e as cidades entrarão em guerra pelos talentos do futuro. A desconexão do trabalho do local dará às pessoas uma nova liberdade geográfica para

morar onde quiserem, e as cidades e regiões metropolitanas competirão para atrair essa nova força de trabalho móvel;

- 4) a maior parte da força de trabalho não será de empregados como hoje conhecemos, mas de trabalhadores autônomos; e
- 5) as mudanças tecnológicas continuarão aumentando, de modo que aprender novas habilidades será uma necessidade contínua ao longo da vida.

A discussão mais construtiva não é se haverá ou não mudanças, mas o que se deve fazer para garantir os melhores e mais inclusivos resultados com as mudanças que estão acontecendo.

Para tal desiderato, impende registrar recomendações em direção a um futuro positivo do trabalho, quais sejam: repensar a educação, alterar as proteções dos trabalhadores e incentivar mais liberdade e flexibilidade a eles.

Repensar a educação para as gerações vindouras é essencial. É inegável que a rápida mudança tecnológica significa que as pessoas que operam máquinas em constante evolução precisam aprender novas habilidades rapidamente – e o sistema educacional atual se adapta às mudanças muito lentamente e opera de maneira ineficaz para esse novo mundo. É necessário construir um sistema educacional para a aprendizagem ao longo da vida e que seja acessível por toda a trajetória profissional, não se encerrando com o ensino médio ou a graduação.

Devem-se alavancar abordagens mais progressistas no treinamento de habilidades de cada um, com programas vocacionais focados nessas competências. Além disso, é preciso equipar as pessoas com habilidades nas quais as máquinas ainda não são boas. Isso significa meta-habilidades, como empreendedorismo, trabalho em equipe, curiosidade e adaptabilidade.

O governo precisa se adaptar à regulamentação de uma força de trabalho em constante mudança, mas também os empregadores precisam arcar com sua parte.

O investimento é tanto do governo quanto das empresas, que precisam investir na força de trabalho de hoje e na que virá amanhã. Isso implica aplicar mais recursos na qualificação de seus empregados atuais e no treinamento de novos trabalhadores para vagas de emprego. As políticas tributárias podem incentivar as empresas a tomar essas medidas.

À guisa de exemplo, os governos poderiam tributar empresas cujos ex-trabalhadores acabam desempregados ou recebem empregos com salários mais baixos – sinais de que elas subinvestiram em suas forças de trabalho.

Esses tipos de política devem levar a resultados de soma positiva em toda a força de trabalho: a mão de obra se adapta aos empregos disponíveis e as empresas têm o talento necessário para atingir seus objetivos.

Sob outro enfoque, os próprios trabalhadores precisam de mudança de perspectiva, pois a rede de segurança legal como existe hoje tende a mudar radicalmente.

O atual cenário de salário mensal, sistema tributário, seguro-desemprego e aposentadoria foi pensado para uma era industrial na qual se entregava a força de trabalho por certo período, com pagamento de contribuições mensais ao governo – que garantiria uma aposentadoria digna na velhice, quando se presumia a desconexão do mercado de trabalho de forma remunerada, e um seguro-desemprego, que cumpriria a função de subsistência por poucos meses, entre um emprego e outro. Nesse sentido, por longo tempo a discussão acerca da Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991), em seu art. 49, era se esta presumia a extinção do contrato de trabalho ou não.

Contudo, o cenário mudou. Os salários estão insuficientes no Brasil para subsidiar uma vida digna que inclua moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, a teor da previsão do art. 76 da CLT e do art. 7º, IV da Constituição Federal, e quando da aposentadoria, está cada vez mais distante. Também o trabalhador precisa adaptar-se a

uma redução da renda e uma insuficiência de recursos a fazerem frente ao aumento das despesas, principalmente com remédios por conta do avanço da idade. Assim, mesmo com a jubilação, há continuidade em atividades laborativas.

Portanto, é necessário alterar o status de trabalho em tempo integral para um único empregador e a distribuição da força produtiva, com as várias habilidades, ao longo de toda a vida.

Sob outro enfoque, também é preciso pensar a forma de subsistência dos atuais desempregados digitais que, de uma forma ou de outra, não se adaptam às novas tecnologias. Para eles é possível pensar em benefícios continuados, como uma Renda Básica Universal, até o encerramento dessa geração. Não se pode olvidar que há pessoas que não se adaptam à tecnologia pela provável falta de acesso a elas no período anterior ao laborativo – tempo de crescimento e formação. Para estes, há de existir a Renda Básica Universal como forma de subsistência.

Como derradeiro, neste breve estudo, é necessária uma maior liberdade e flexibilização, mas com responsabilidade em relação ao ser humano.

Ações em conjunto do governo, das empresas e dos trabalhadores precisam fomentar a inclusividade, mesmo que o futuro laboral seja o trabalho remoto, o teletrabalho, o agendamento flexível e o trabalho desenvolvido em plataformas P2P (peer to peer), como Uber, Airbnb e outras.

Conforme Stephane Kasriel (2019), aproximadamente 20 a 30% da população em idade ativa nos Estados Unidos e na UE-15 se envolvem em trabalho independente, e os números são ainda mais altos na maioria dos mercados emergentes, segundo dados do Fórum Econômico Mundial.

Nesse sentido, com um olhar sobre as diferenças irrenunciáveis de gênero, como a maternidade, a promoção do trabalho remoto pode aumentar a participação das mulheres na força de

trabalho e reduzir a desigualdade de gênero, já que a administração do tempo caberá ao próprio trabalhador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisa o mercado de trabalho e sua reação em face das inovações tecnológicas e das mudanças que ocorrem por conta da inteligência artificial, da robotização, das impressões 3D e da indústria 4.0 – com a extinção de postos de trabalho atuais, o aparecimento de novas atividades cujo exercício depende de conhecimento tecnológico e digital prévio e a crescente quantidade de desempregados digitais, aquelas pessoas que perdem o emprego e não possuem conhecimento em tecnologia para adaptar-se a novas colocações.

Hoje se constata a capacidade das máquinas para tomar decisões sem análise emocional e suprir grande quantidade de mão de obra sem qualificação técnica, seja essa mão de obra meramente braçal ou não.

Com isso, o mercado de trabalho precisa recolocar os trabalhadores em novos postos, visando à sua subsistência, sendo esta uma obrigação tripartite – do governo, dos empregadores e dos trabalhadores. A resposta deve ser buscada utilizando-se do conhecimento adquirido ao longo da história, desde a época da primeira revolução industrial até a era presente, chamada de quarta revolução industrial.

A história se repete ao longo do tempo, se não com as mesmas inovações, pelo menos com as mesmas tensões entre capital e trabalho, quando vários postos de ocupação deixam de existir e empresas fecham por falta de clientes para sua atividade econômica. Sob outro enfoque, se funções deixam de existir, novas vão aparecendo, como piloto de drones, desenvolvedores de aplicativos, designer no mundo virtual e várias mais. Cabe analisar se os trabalhadores dos empregos que foram extintos serão capazes de serem qualificados e exercerem as novas atividades.

Passando-se às disposições legais existentes, é possível concluir que há arcabouço jurídico para implementar políticas públicas com ações afirmativas de proteção ao desemprego digital e exigência de participação dos empresários e trabalhadores para essa finalidade. Como exemplos, a regulamentação do art. 7º, inciso XXVII da Constituição Federal, a ratificação ou aplicação por lei complementar da Convenção nº 158 do OIT e a Lei nº 7.998 (BRASIL, 1990), que regulamenta o programa do seguro-desemprego e prevê cursos de qualificação profissional para concessão do benefício, além de outras.

Não se deixa de considerar que pequena parte dos desempregados digitais não se qualificará tecnicamente, ficando à mercê do desemprego, seja por motivo de desinteresse, incompatibilidade ou doença. Para estes, é cabível avaliar a criação de uma Renda Básica Universal.

Como derradeiro e visando analisar as perspectivas do mercado de trabalho, não se pode olvidar que mudanças significativas ocorrerão, entre elas a geração de emprego em face da inteligência artificial, mas com maiores exigências técnicas que implicam em necessários talentos qualificados para exercer o novo mister; o crescimento dos índices de trabalho remoto, desconectado do local físico de trabalho, com maior quantidade de trabalhadores autônomos e não empregados subordinados; e o reconhecimento de que as mudanças tecnológicas continuarão aumentando, de modo que aprender novas habilidades será uma necessidade contínua ao longo da vida.

Este é um breve estudo sobre as mudanças que ocorrem no mercado de trabalho, as formas de adaptar-se a elas, os modos de proteção ao emprego, a forma de qualificação profissional dos empregados e uma perspectiva de como serão os postos de trabalho mais à frente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Decreto Legislativo nº 68, de 17 de setembro de 1992c**. Aprova o texto da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [1992]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-68-16-setembro-1992-358557-norma-pl.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.091 de 25 de fevereiro de 2019**. Regula o disposto no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal, que estabelece o direito de o trabalhador urbano e rural ter “proteção em face da automação, na forma da lei”. Autor: Wolney Queiroz - PDT/PE. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2019

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996a.** Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. [Revogado pelo Decreto nº 10.088, de 2019]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996c.** Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.** Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7998.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943[...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019b. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art19. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1480**. Vê-se, portanto, que a convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Dec. Legisl. 68/92 e 1855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. (...) sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Brasília, DF: 08 de julho de 1996b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1646696>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1625**. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questiona o Decreto 2.100/1996. Nele, o presidente da República deu publicidade a denúncia à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e veda a dispensa injustificada. Brasília, DF: 19 de junho de 1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466.343/SP**. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do

depósito. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CAMPOS, Charles; SILVA, Rubens Alves da. A inteligência artificial e seu impacto na advocacia. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/outros/a-interligencia-artificial-e-seu-impacto-na-advocacia/>. Acesso em: 07 maio 2020.

CANN, Oliver. Machines will do more tasks than humans by 2025 but robot revolution will still create 58 million net new jobs in next five years. **World Economic Forum**, Genebra, 17 set. 2018. Disponível em: <https://www.weforum.org/press/2018/09/machines-will-do-more-tasks-than-humans-by-2025-but-robot-revolution-will-still-create-58-million-net-new-jobs-in-next-five-years>. Acesso em: 05 fev. 2019.

DEURSEN, Felipe. A revolução das impressoras 3D. **Super Interessante**, São Paulo, n. 314, p. 31-32, 2013.

DUARTE, Adriana Yumi Sato. **Proposta de integração entre ferramentas de avaliação de ciclo de vida do produto e Indústria 4.0 (Industrie 4.0)**: estudo de caso da indústria têxtil e de confecção brasileira. 2017. Tese (Doutorado em Engenharia Mecânica) - Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/322461/1/Duarte_AdrianaYumiSato_D.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

ENGELMANN, Wilson. Inteligências artificiais estão criando uma massa de desempregados digitais. **Sul21**, Porto Alegre, 11 maio 2019. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/general/2019/05/inteligencias-artificiais-estao-criando-uma-massa-de-desempregados-digitais-diz-professor/>. Acesso em: 28 out. 2019.

ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Startup canadense desenvolve robô-advogado que interpreta leis. **Época Negócios Online**,

São Paulo, 13 fev. 2019. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/02/startup-canadense-desenvolve-robo-advogado-que-interpreta-leis.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post&fbclid=IwAR2YIOoPerM3Bna7nkTh11V3noOX0j4oeivv-9MrMLpDb97HKxDIsaBnFyM. Acesso em: 14 fev. 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MORAES, Paulo Douglas de Almeida. Automação e trabalho: sobre monturos, futuros e apuros. Breves comentários ao PL n. 1.091/2019, da Câmara dos Deputados. **JOTA**, São Paulo, 11 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/juizo-de-valor/automacao-e-trabalho-sobre-monturos-futuros-e-apuros-11102019>. Acesso em: 28 out. 2019.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21**. Tradução Paulo Geiger. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HOBBSAWM, Eric J., **The age of revolution**: Europe 1789–1848. New York, Vintage Books, 1996. (Originally published: London: Weidenfeld & Nicolson, 1962). Disponível em: <http://libcom.org/files/Eric%20Hobsbawm%20-%20Age%20Of%20Revolution%201789%20-1848.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

KASRIEL, Stephane. What the next 20 years will mean for jobs: and how to prepare. **World Economic Forum**, Genebra, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2019/01/jobs-of-next-20-years-how-to-prepare>. Acesso em: 29 out. 2019.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Surveillance, democracia e direitos humanos**. Os limites do Estado na era do big data. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

MOSCATELI, Renato. **Rousseau frente ao legado de Montesquieu: imaginação histórica e teorização política**. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/2628714/Rousseau_frente_ao_legado_de_Montesquieu_imagina%C3%A7%C3%A3o_historica_e_teoriza%C3%A7%C3%A3o_politica. Acesso em: 29 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 158**: término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Brasília, DF: OIT Brasil, 1985. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

SAES, Flavio Azevedo Marques de; SAES, Alexandre Macchione. **História econômica geral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENE, Eustáquio de. **Geografia geral e do Brasil**. Espaço geográfico e globalização. 5.ed. São Paulo: Scipione, 2006.

SILVEIRA, Cristiano Bertolucci; LOPES, Guilherme Cano. **O que é Indústria 4.0 e como ela vai impactar o mundo**. Citisystems, Sorocaba, 2019. Disponível em: <https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>. Acesso em: 29 out. 2019.

BIBLIOGRAFIA

BORGES, Larissa. Impressão 3D: o que é e quais seus tipos e benefícios? **Rock Content**, Belo Horizonte, 22 out. 2018. Disponível em: <https://inteligencia.rockcontent.com/impressao-3d/>. Acesso em: 28 out. 2019.

WISHBOX TECHNOLOGIES. Evolução das impressoras 3D. **Wishbox**, Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://blog.wishbox.net.br/2016/03/31/a-evolucao-das-impressoras-3d/>. Acesso em: 29 out. 2019.

**REGIME RETRIBUTIVO DOS
TRABALHADORES EM FUNÇÕES
PÚBLICAS DE PORTUGAL: breve análise
legal, doutrinária e jurisprudencial**

***RETRIBUTIVE REGIME OF PUBLIC
WORKERS IN PORTUGAL: brief legal,
doctrinal and jurisprudential analysis***

Demétrius de Castro Martins Silveira*

RESUMO

O regime remuneratório dos trabalhadores públicos em Portugal tem sido objeto de acalorado debate nos últimos anos nesse país, designadamente em razão dos clamores por uma reforma administrativa com aptidão para reduzir os gastos públicos e mitigar os efeitos da crise econômico-financeira que assolou o país entre 2011 e 2015. O presente artigo analisa os meandros jurídicos do regime retributivo dos trabalhadores públicos vigente em Portugal a partir de 2014, quando entrou em vigor a nova Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei 35) (PORTUGAL, 2014), partindo do reconhecimento da pluralidade de conceitos jurídicos de retribuição, da noção jurídico-legal do termo e da sua expressão enquanto direito fundamental dos trabalhadores previsto na bojo da Constituição da República Portuguesa. Após, o trabalho apresenta as principais disposições legais do mencionado regime, detendo-se, ato contínuo, nas celeumas doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, notadamente quanto às questões atinentes à natureza do direito fundamental à retribuição, à irredutibilidade salarial, aos limites do legislador quando da imposição de restrições remuneratórias e quanto às disposições legais acerca da alteração de posição remuneratória dos trabalhadores em funções públicas.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas e mestrando em Direito Social e da Inovação na Universidade Nova de Lisboa. Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (TRT7). E-mail: demetrius.silveira@trt7.jus.br

PALAVRAS-CHAVE

Remuneração. Direito do trabalho português. Trabalhadores públicos em Portugal. Irredutibilidade salarial. Regime retributivo. Direito do trabalho. Portugal. Direito comparado.

ABSTRACT

The remuneration regime of public workers in Portugal has undergone significant changes over the last decade, namely due to the claims for an administrative reform capable of reducing public spending and mitigating the effects of the economic and financial crisis that struck the country between 2011 and 2015. This article analyzes the legal intricacies of the remuneration regime of public workers in Portugal, based on the recognition of the plurality of legal concepts of remuneration, the legal-legal notion of the term and its expression as a fundamental right of workers. Subsequently, the paper presents the legal provisions of the General Law on Civil Servants (Law No. 35/2014), with a continuous act on doctrinal and jurisprudential celebrations on the subject, especially regarding issues related to the nature of the fundamental right to remuneration, the irreducibility of wages, the limits of the legislator when imposing remuneration restrictions and the legal provisions regarding the alteration of the remuneration position of workers in public functions.

KEYWORDS

Remuneration. Portuguese labour law. Public workers in Portugal. Irreducibility of wages. Retributive regime. Labor Law. Portugal. Comparative law.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
- 2 Da pluralidade de conceitos jurídicos de retribuição;
- 3 Da natureza do direito constitucional fundamental à retribuição;
- 3.1 Existe um direito fundamental à irredutibilidade salarial?;
4. A remuneração na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP);
 - 4.1 Remuneração-base;
 - 4.2 Suplementos remuneratórios;
 - 4.3 Prêmios por desempenho;
- 5 Das alterações provisórias ao regime jurídico de remunerações e a Lei do Orçamento do Estado de 2011: análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional;
 - 5.1 LOE 2011;

5.1.1 Fundamentos dos autores;
5.1.2 Fundamentação do Tribunal Constitucional;
6 Considerações finais;
Referências.

Data de submissão: 25/02/2020

Data de aprovação: 26/05/2020

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho foi construído em larga medida em torno da questão do salário. A disponibilização da força de trabalho humana como elemento de troca remonta ao início da própria civilização, o que levou à associação da noção de trabalho à noção de meio de subsistência do indivíduo e de sua família.

O direito à retribuição está intimamente ligado à necessidade de sustento pessoal e da família e ao direito a uma existência conforme a dignidade humana, motivo pelo qual o sistema jurídico confere ao trabalhador um conjunto de garantias legais a esse direito, impondo limitações à sua renúncia, à compensação, à cessão ou à penhora da retribuição.

A retribuição é, portanto, elemento essencial do contrato de trabalho, já que um contrato no qual alguém se obriga a prestar sua atividade para outra pessoa sob a autoridade e direção desta, sem retribuição, não é um contrato de trabalho. A esse propósito, Santos (2014, p. 19) lembra que o próprio conceito de contrato de trabalho contido no art. 11 do Código do Trabalho, conforme citação seguinte, contém como elemento indissociável do contrato laboral a retribuição:

Aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas (PORTUGAL, 2009).

Nessa ordem de ideias, Zenha Martins (2018), citando o Professor João Leal Amado, reforça a noção de que a obrigação retributiva é um encargo capital e nuclear a cargo da entidade empregadora.

Nessa esteira, este trabalho analisará os meandros jurídicos do regime retributivo, partindo do reconhecimento da pluralidade de conceitos jurídicos de retribuição, da noção jurídico-legal do termo e da sua expressão enquanto direito fundamental dos trabalhadores previsto na bojo da Constituição da República Portuguesa. Após, o trabalho apresentará em sentido de generalidade as disposições legais da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei nº 35/2014), detendo-se, ato contínuo, nas celeumas doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, notadamente quanto às questões atinentes à natureza do direito fundamental à retribuição, à irredutibilidade salarial, aos limites do legislador quando da imposição de restrições remuneratórias e quanto às disposições legais acerca da alteração de posição remuneratória dos trabalhadores em funções públicas.

Por óbvio, inexistente qualquer pretensão deste autor em exaurir o tema, dadas as excepcionais abrangência e complexidade deste. Cabe-nos, entretanto, deixar assente nas linhas que seguem a necessidade de aprofundamento do estudo e de criação de mecanismos idôneos a estimular o raciocínio jurídico à altura do desafio de compreender o direito do trabalho.

2 DA PLURALIDADE DE CONCEITOS JURÍDICOS DE RETRIBUIÇÃO

A conceituação de institutos jurídicos deve sempre tomar em conta a finalidade prática ou a empregabilidade real dos diversos sentidos da palavra, observadas as nuances da linguagem, vez que a função teleológica dos conceitos possui premência sobre qualquer outra.

A palavra “retribuição” possui uma multiplicidade de sentidos, sendo necessário o operador do direito atentar-se ao seu uso ou à sua empregabilidade específicos, a fim de captar o conteúdo jurídico da expressão nas diversas formulações normativas.

Importa ressaltar, nesse sentido, a existência de conceitos específicos de retribuição para efeitos fiscais, previdenciais e de acidente de trabalho, variando em cada caso o seu alcance e a sua abrangência.

Na seara do Direito do Trabalho, o conceito de remuneração/retribuição adquire especial importância, sobretudo em razão da necessidade de se delimitarem as repercussões contratuais das diversas vantagens auferidas pelos trabalhadores no exercício da atividade laboral. A obscuridade e a dubiedade quanto à natureza de uma ou outra vantagem percebida pelos trabalhadores são tipicamente causas de controvérsias doutrinárias e judiciais na seara trabalhista, o que demanda a atenção dos operadores do direito quanto às questões conceituais.

O Professor Zenha Martins (2018) destaca a diversidade de pontos de vista entre empregadores e trabalhadores acerca do sentido da retribuição, sendo para aqueles um preço ou custo e, para estes, sustento e subsistência.

Em complemento a essa diferença de perspectiva do sentido do termo “retribuição” observada entre os sujeitos do contrato de trabalho, há sempre de se ter em mente que a retribuição, do ponto de vista quantitativo, sempre se afigura muito para aquele que a paga e pouco para aquele que a recebe.

Zenha Martins (2018) propõe como primeira distinção aquela entre remuneração em sentido amplo e remuneração em sentido estrito (ou retribuição), sendo a ideia de contrapartida a nota diferencial entre ambas.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho (2015, p. 42), remuneração em sentido amplo é “o conjunto das vantagens patrimoniais de que o trabalhador beneficia em razão do contrato de trabalho e que podem ou não decorrer do trabalho prestado” e remuneração em sentido estrito (ou retribuição) é “a prestação patrimonial, em dinheiro ou em espécie, regular e periódica, devida ao trabalhador, como contrapartida do seu trabalho”.

No sentido da ideia de remuneração enquanto contrapartida do empregador à força de trabalho ofertada pelo trabalhador, destacamos o conceito doutrinário de Leal Amado:

[...] a contrapartida patrimonial da atividade prestada (ou disponibilizada) pelo trabalhador. Na essência, o trabalhador coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador, mediante um preço (sinalagma trabalho-salário), consistindo ainda a remuneração no preço da mercadoria força de trabalho, constituindo um elemento essencial do contrato de trabalho, enquanto obrigação capital e nuclear a cargo da entidade empregadora (AMADO, 2015, p. 53).

Na análise das noções jurídico-legais de retribuição, destaca-se aquela estabelecida no direito da União Europeia, que se aproxima do conceito de remuneração em sentido amplo, formulado pela Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, conforme consta no art. 157, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, *in verbis*:

Para efeitos do presente artigo, entende-se por “remuneração” o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, direta ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último (UNIÃO, 2016).

Por outro lado, a definição fixada no Código do Trabalho português claramente adota o conceito de remuneração em sentido estrito. Eis a redação dos nº 1 e 2 do art. 258 de mencionado diploma legal:

1 - Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho.

2 - A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie (PORTUGAL, 2009).

Tomando por partida a definição de retribuição contida nos nº 1 e 2 do art. 258 do Código do Trabalho, Zenha Martins (2018) apresenta quatro elementos essenciais da noção legal de retribuição:

Patrimonialidade; Obrigatoriedade, Periodicidade e regularidade e Correspectividade.

A noção jurídica de retribuição, portanto, considera a existência de um conteúdo patrimonial da prestação assumida pelo empregador, com aptidão para satisfazer as necessidades de subsistência do trabalhador e da família. Além disso, a retribuição decorre da onerosidade do contrato de trabalho, correspondendo a um dever do empregador, por força da lei, do contrato, dos instrumentos de regulamentação coletiva ou dos usos. Estão excluídas da noção legal de retribuição, portanto, todas as parcelas atribuídas ao caráter de liberalidade pura ou decorrentes unicamente da vontade unilateral da entidade empregadora.

O elemento da periodicidade/regularidade implica que as prestações integrantes da retribuição são repetitivas, segundo uma cadência certa, de modo a gerar nos trabalhadores legítimas expectativas de ganho e de incorporação ao seu orçamento ordinário.

A lei, contudo, não estabelece critérios objetivos que possibilitem determinar o que seja regularidade e periodicidade para efeitos de caracterização de certa parcela como retribuição. A jurisprudência indica, segundo Zenha Martins (2018), uma tendência a considerar regular e periódica a atribuição patrimonial cujo pagamento ocorre todos os meses de atividade do ano (onze).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em 01/10/2015, no julgamento da revista no processo nº 4156/10.6 TTLSB.L1.S1 (Revista), estabelece o seguinte critério orientador para aferição do que seja ou não regular e periódico:

considerar-se regular e periódica e, consequentemente, passível de integrar o conceito de retribuição, para os efeitos em causa, a atribuição patrimonial cujo pagamento ocorre todos os meses de atividade do ano (PORTUGAL, 2015).

Já o elemento da correspectividade indica que a causa determinante da retribuição deve ser o trabalho prestado, assumindo assim o caráter de contrapartida (sinalagma).

A definição contida na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) repete implicitamente a ideia, contida no Código do Trabalho, de que a retribuição é o conjunto de valores pecuniários ou em espécie que a entidade empregadora está obrigada a pagar regular e periodicamente ao trabalhador como contrapartida da atividade por ele desenvolvida. Acresce apenas o art. 145 do mencionado diploma legal a informação de que o direito à remuneração nasce com o início do exercício das funções e cessa com a extinção do vínculo de emprego público (PORTUGAL, 2014).

3 DA NATUREZA DO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL À RETRIBUIÇÃO

Exsurge do texto constitucional português a qualificação da retribuição como um direito fundamental dos trabalhadores, inserido no Capítulo I (Direitos e deveres econômicos) do Título III da Constituição da República Portuguesa (CRP). Eis o teor da alínea “a”, do nº 1, do art. 59 (Direito dos Trabalhadores) do texto constitucional:

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna (PORTUGAL, 1976).

Como se percebe, a CRP assegura o direito à retribuição e estabelece as exigências de igualdade nos planos subjetivo, ao vedar a discriminação por razões de idade, sexo, raça, religião, etc., e objetivo, ao estabelecer o princípio do “trabalho igual, salário igual”.

Rui Medeiros (2016) identifica duas hipóteses interpretativas no que diz respeito à força normativa do direito fundamental à retribuição consagrado na norma constitucional, declarando preferência pela segunda.

A primeira hipótese é a que interpreta o direito à retribuição como um direito programático ou proclamatório, cujos traços característicos são: conteúdo relativamente indeterminado; não confere aos destinatários (trabalhadores) quaisquer direitos subjetivos, não sendo possível exigir do empregador um salário compatível com uma existência condigna somente com o fundamento na norma constitucional; impõe ao legislador a obrigação de agir para tornar exequíveis as correspondentes normas constitucionais.

A segunda vertente interpretativa entende o direito à retribuição abrangido no regime dos direitos, liberdades e garantias (previsto no art. 17 da CRP), regido pelo princípio da aplicação direta, sendo desnecessária a intervenção mediadora da lei ordinária. A norma constitucional vincula imediatamente as entidades públicas e privadas, em razão de sua inarredável dimensão subjetiva, enquanto direito dos trabalhadores dirigido contra as entidades patronais.

Quanto à questão, a jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdãos nº 373/91, 498/03, 620/07 e 396/2011) tem se filiado à segunda corrente, ao afirmar o direito fundamental à retribuição como um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, de modo a possuir um conteúdo constitucionalmente determinável, não estando a sua concretização na dependência das disponibilidades do Estado.

Nessa qualidade, o direito fundamental à remuneração está cerceado pelos princípios da igualdade, tanto no plano subjetivo como no plano objetivo (art. 59, nº 1, “a”, da CRP), conforme explicado anteriormente, e da proporcionalidade (art. 18, da CRP).

O princípio da proporcionalidade se encontra plasmado no art. 18 da Constituição Portuguesa e estabelece que a lei só poderá restringir

direitos, liberdades e garantias, dentre os quais se situa o direito à remuneração, na qualidade de direito equiparado a aqueles, nos casos expressamente previstos na própria Constituição, devendo tais restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (PORTUGAL, 1976).

3.1 Existe um direito fundamental à irredutibilidade salarial?

Tratando-se da proteção constitucional da remuneração, impe-ra tecer acerca da existência no ordenamento jurídico português daquilo que se poderia denominar direito fundamental à irredutibilidade salarial, objeto de especial proteção constitucional.

Efetivamente, não há na Constituição da República Portuguesa qualquer regra que estabeleça de forma autônoma e direta uma garantia de irredutibilidade dos salários.

Contudo, a legislação infraconstitucional, notadamente o art. 129, nº 1, alínea d), do Código do Trabalho, estabelece um princípio de irredutibilidade salarial, ao proibir o empregador de proceder à diminuição da remuneração dos trabalhadores, salvo nos casos previstos na lei ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (PORTUGAL, 2009).

À luz do princípio da proibição do retrocesso social, é certo que se poderia argumentar que a proibição de redução dos salários constitui um direito fundamental dos trabalhadores, vez que, tendo o legislador ordinário concretizado determinados direitos, estes passariam a ostentar uma natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, gozando, a partir de então, de proteção jurídica inerente aos direitos fundamentais.

Rui Medeiros (2016), porém, advoga a ideia de que o direito à irredutibilidade dos salários, previsto no âmbito da lei ordinária, não pode ser considerado um direito subjetivo **fundamental**, tendo em vista que, ressalvada a garantia de um mínimo remuneratório, não restam preenchidos os critérios materiais para a atribuição à espécie do caráter de fundamentalidade de um direito, quais sejam ser uma exigência da dignidade da pessoa humana e ser imposto

como um bem primário ou essencial. Para Medeiros, uma coisa é o direito à retribuição, previsto constitucionalmente e de natureza fundamental, e outra bem diferente é o direito a um concreto montante dessa retribuição, cuja irredutibilidade legal não possui caráter absoluto. Como será visto adiante, este foi o entendimento prevalente no Tribunal Constitucional no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 55-A/2010.

Contudo, com a argumentação supramencionada não podemos concordar. Ora, o quesito **quantidade** da remuneração, protegido pelo princípio da irredutibilidade salarial, é elemento constituinte do próprio direito fundamental à remuneração, do qual não se pode desagregar, sob pena de esvaziamento do conceito de retribuição.

Assim, para cada porção quantitativa de trabalho de determinada natureza e específica qualidade corresponde um montante certo de dinheiro, de caráter contraprestativo à força de trabalho. Sendo inequívoco, conforme demonstrado anteriormente, que a contrapartida dada pelo empregador ao trabalhador possui caráter alimentar e destina-se a garantir a subsistência deste e da sua família, a redução do montante pecuniário contratualmente fixado para a quantidade de trabalho oferecida implicaria, em última análise, ofensa à própria existência condigna do obreiro.

Demonstrado, portanto, o caráter ínsito do elemento **quantidade** em relação ao conceito jurídico de retribuição, decorre, por via de consequência, que o direito à irredutibilidade salarial possui natureza de direito fundamental, posto que corolário e intrinsecamente relacionado ao direito constitucional à retribuição.

4 A REMUNERAÇÃO NA LEI GERAL DO TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS (LTFP)

Analisam-se, doravante, os principais aspectos relacionados ao regime retributivo dos servidores em funções públicas, tal como disciplinado no Capítulo VI da Lei Geral do Trabalho em Funções

Públicas (LTFP), bem como as mais relevantes questões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, com ênfase na decisão do Tribunal Constitucional acerca da constitucionalidade da Lei do Orçamento do Estado para 2011.

A LTFP disciplina entre os arts. 144 e 179 as regras relacionadas ao regime retributivo. De partida, a lei estabelece os princípios gerais do regime, consagrando o princípio da imperatividade das normas legais sobre remuneração e reafirmando o princípio da igualdade em matéria retributiva (PORTUGAL, 2014).

Com efeito, o art. 144, nº 1, prevê a imperatividade das normas legais relativas à remuneração, não podendo estas serem afastadas ou derogadas por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando previsto na lei. Objetiva o princípio em análise assegurar ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho, especial proteção jurídica.

A LTFP, no art. 144, nº 2, reitera o princípio da igualdade retributiva, ao aduzir que a determinação do valor da remuneração deve ser feita tendo em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual, salário igual.

Assim, os trabalhadores em funções públicas situados em uma mesma carreira deverão, a princípio, auferir igual retribuição, devendo a diferenciação remuneratória advir apenas das distinções relativas à quantidade, à natureza e à qualidade do trabalho prestado, através de suplementos remuneratórios, prêmios por desempenho ou até de alterações de posicionamento remuneratório.

A remuneração dos trabalhadores em função pública é devida com o início do exercício das funções públicas (art. 145, nº 1), sendo extinto o direito à remuneração quando da cessação do vínculo de emprego público. As possibilidades de suspensão desse direito são restritas às hipóteses previstas na lei.

São componentes da remuneração dos trabalhadores com vínculo de emprego em funções públicas (art. 146):

- a) Remuneração-base;
- b) Suplementos remuneratórios;
- c) Prêmios por desempenho.

4.1 Remuneração-base

A remuneração-base é o montante pecuniário correspondente ao nível remuneratório da posição remuneratória onde o/a trabalhador/a se encontra na categoria de que é titular (ou do cargo exercido em comissão de serviço). A remuneração-base anual é paga em 14 mensalidades, correspondendo uma delas ao subsídio de Natal e outra ao subsídio de férias, nos termos da lei portuguesa.

No que tange ao subsídio de Natal, a lei estabelece que tal subsídio possui valor igual a 1 (um) mês de remuneração-base mensal, que deve ser pago em novembro de cada ano. Já no que toca às férias, além da remuneração do período correspondente, o trabalhador tem direito a um subsídio de férias de valor igual a um mês de remuneração-base mensal, que deve ser pago por inteiro no mês de junho de cada ano ou em conjunto com a remuneração mensal do mês anterior ao do gozo das férias, quando a aquisição do respectivo direito ocorrer em momento posterior.

Questão de relevo em matéria de remuneração dos trabalhadores com funções públicas é a fixação dos níveis remuneratórios correspondentes às posições remuneratórias das diversas categorias, agrupadas nas carreiras, e dos cargos em comissão. A atribuição dos níveis remuneratórios se dá por meio de decreto regulamentar, observadas as regras do art. 149 da LTFP, a partir da totalidade dos níveis remuneratórios susceptíveis de atribuição contidos na Tabela Remuneratória Única (TRU).

A TRU, além de conter a totalidade dos níveis remuneratórios passíveis de utilização na fixação da remuneração-base dos trabalhadores em funções públicas, contém a indicação do montante pecuniário correspondente a cada nível, que deve sempre ser maior ou igual à Remuneração Mínima Mensal Garantida (RMMG), nos termos do art. 148.

Impõe-se salientar que o número de níveis remuneratórios e o montante pecuniário correspondente a cada um são fixados em portaria do Primeiro-Ministro e do membro do Governo responsável pela área das finanças (PORTUGAL, 2008).

A alteração do montante pecuniário correspondente a cada nível remuneratório deve manter a proporcionalidade relativa entre cada um dos níveis, salvo quando o primeiro nível remuneratório for fixado por referência à RMMG. Assim procedeu o Decreto-Lei nº 29/2019, que fixou o valor da remuneração-base praticada na Administração Pública como igual ou superior a € 635,07 (euros), montante pecuniário do 4º nível remuneratório da Tabela Remuneratória Única (TRU) (PORTUGAL, 2019). A partir da vigência dessa norma, todos os trabalhadores com remuneração inferior a € 635,07 foram repositionados automaticamente no 4º nível remuneratório da TRU.

A fixação da remuneração-base dos trabalhadores que exerçam funções ao abrigo de vínculo de emprego público a partir de uma Tabela Remuneratória Única é um dos principais traços distintivos dos regimes laborais público e privado. Isso porque, no âmbito das relações privadas, o empregado e o empregador, em tese, possuem autonomia para negociar a remuneração-base, conforme peculiaridades do caso concreto. No âmbito das relações de trabalho público, essa autonomia não existe do ponto de vista individual, sendo possível uma margem de negociação apenas do ponto de vista das negociações coletivas, sempre respeitado o princípio da legalidade.

4.2 Suplementos remuneratórios

Os suplementos remuneratórios são acréscimos remuneratórios devidos àqueles que exercem suas funções em postos de trabalho que apresentam condições mais exigentes que outros postos de trabalho relacionados ao mesmo cargo ou às mesmas carreiras e categorias (art. 159 da LTFP).

Destinam-se a remunerar o trabalhador pelas condições específicas em que o trabalho é prestado ou pelas particularidades que envolvem a sua execução (MOURA; ARRIMAR, 2010).

São criados por lei e regulamentados por instrumentos de normatização coletiva. Em regra, são fixados em quantia pecuniária certa e só excepcionalmente em porcentagem da remuneração-base mensal.

Tendo em vista a destinação vinculada dos suplementos remuneratórios a condições peculiares dos trabalhadores que exercem suas funções em postos de trabalho de maior exigência, limita-se sua percepção ao período em que o trabalhador efetivamente permanecer sob as condições de trabalho que justificaram a sua atribuição. Assim, ausente a condição ensejadora da percepção do suplemento, a supressão do seu pagamento não implica redução salarial ilícita.

A LTFP classifica as condições de trabalho ensejadoras do pagamento de suplementos remuneratórios em anormais e transitórias, das quais são exemplo: o trabalho extraordinário, o trabalho noturno, o trabalho em dia de descanso semanal, o trabalho em feriados e os trabalhos fora do local normal de trabalho; e em permanentes, sendo exemplos: a prestação de trabalho arriscado, penoso ou insalubre, o trabalho por turnos, o trabalho em zonas periféricas, com isenção de horário e de assistência a órgãos de direção.

Destaca-se entre os suplementos remuneratórios o Trabalho Suplementar, que está disciplinado no âmbito dos trabalhadores em funções públicas no art. 162 da LTFP (PORTUGAL, 2014).

A prestação de labor além do período de duração normal do trabalho é considerada excepcional, ante as exigências de segurança e saúde do trabalhador, sendo o trabalho extraordinário condição a demandar o pagamento ao trabalhador de um acréscimo correspondente a:

- 1) em dia normal de trabalho:
 - a) 25% da remuneração na 1ª hora ou fração;
 - b) 37,5% da remuneração nas horas ou frações subsequentes.

2) em dia de descanso semanal ou feriado: 50% da remuneração por cada hora de trabalho.

Além disso, o legislador limitou a prestação de trabalho suplementar até o valor máximo correspondente a 1/3 da remuneração-base a cada mês, não sendo possível exigir trabalho suplementar após atingido esse limite.

Os montantes pecuniários acima podem ser fixados em instrumento de negociação coletiva.

A lei autoriza ainda que, mediante acordo, a remuneração do trabalho suplementar pode ser substituída por descanso compensatório.

4.3 Prêmios por desempenho

Os prêmios por desempenho são a componente do sistema retributivo prevista nos arts. 166 a 168 da LTFP, destinada a diferenciar e a premiar a qualidade do trabalho prestado, bem como a produtividade dos trabalhadores, remunerando méritos diferenciados (PORTUGAL, 2014). Trata-se, portanto, de legítima diferenciação dos trabalhadores conforme o mérito (qualidade do trabalho prestado).

A concessão dos prêmios por desempenho pressupõe, portanto, a existência de um processo de avaliação de desempenho prévio, mediante utilização de indicadores ou critérios objetivos, previamente fixados, de modo a permitir a transparência e a imparcialidade.

Nesse sentido, a Lei nº 66-B/2007, mais conhecida como Lei do Siadap, que revogou a Lei nº 10/2004, de 22 de março, criou o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública, destinado a gerir o processo de avaliação de desempenho dos trabalhadores em funções públicas (PORTUGAL, 2007).

O art. 166 da LTFP disciplina o procedimento prévio à atribuição dos prêmios por desempenho, impondo:

- a) a existência de verba orçamentada para tal finalidade;
- b) a fixação pelo dirigente máximo do órgão ou do serviço, no prazo de 15 dias a contar do início da execução do orçamento, do universo de cargos, categorias ou carreiras elegíveis para a atribuição de prêmios por produtividade;
- c) a definição pelo dirigente máximo de qual montante será disponibilizado para cada universo de tais carreiras, cargos e categorias (afetação da verba).

O art. 167 da mesma lei fixa as condições cumulativas exigidas dos trabalhadores para que sejam contemplados com a parcela:

- a) estar integrado em carreira, categoria ou cargo contemplado com a atribuição de prêmios;
- b) exercer funções no órgão ou no serviço que procede à atribuição (excluídos, portanto, os trabalhadores vinculados ao serviço mas que estejam em situação de mobilidade);
- c) ter obtido, na última avaliação do seu desempenho, a menção máxima ou a imediatamente inferior.

Assim, após exclusão dos trabalhadores que, no ano em questão, tenham alterado o seu posicionamento remuneratório na categoria, o montante máximo dos encargos, fixado por cada universo, é distribuído, por ordem decrescente da classificação quantitativa obtida na avaliação de desempenho, de modo a que cada trabalhador receba o equivalente à sua remuneração-base mensal (PORTUGAL, 2014).

Nota-se que não há qualquer garantia de que a produtividade será efetivamente premiada com o acréscimo remuneratório, uma vez que pode ocorrer que o trabalhador, embora tenha mérito, não pertença a um cargo ou carreira eleitos pelo dirigente máximo para a atribuição de prêmios ou pode ocorrer de a verba afetada ao pagamento da premiação ser insuficiente, esgotando-se com os trabalhadores que obtiveram uma avaliação quantitativamente superior.

Cumprido ressaltar que o art. 168 da LTFP prevê a possibilidade de criação de outros sistemas de recompensa por desempenho, designadamente em função de resultados obtidos em equipe ou do desempenho de trabalhadores que se encontrem posicionados na última posição remuneratória da respectiva categoria, desde que respeitado o limite do orçamento fixado para essa finalidade.

Por fim, importa lembrar que, durante o período de grave crise econômica que afetou Portugal no início da década de 2010, quando teve vigência no país o Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF), as Leis do Orçamento do Estado (LOEs) para 2013, 2014 e 2015 proibiram a prática de atos que impliquem valorizações e outros acréscimos remuneratórios, abrangendo, designadamente, os atos de que resulte a atribuição de prêmios por desempenho.

5 DAS ALTERAÇÕES PROVISÓRIAS AO REGIME JURÍDICO DE REMUNERAÇÕES E A LEI DO ORÇAMENTO DO ESTADO DE 2011: análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional

Em face da grave situação econômica e financeira em que se encontrava o Estado português, inclusive sob risco de colapso do sistema financeiro, foi assinado em maio de 2011 o Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF) entre Portugal e a *Troika*, integrada pelo FMI, pela Comissão Europeia e pelo Banco Central Europeu. O mencionado programa consistiu em um compromisso no qual Portugal receberia um empréstimo para satisfação de suas necessidades financeiras de curto e médio prazo, em troca da adoção de medidas de austeridade e promoção de reformas estruturais, com vistas a criar as condições para o crescimento da economia e reduzir os níveis de endividamento público. Foi nesse contexto que o governo português, a partir de 2011, passou a incluir na LOE a previsão de severas restrições ao sistema remuneratório dos trabalhadores em funções públicas.

5.1 LOE 2011

A primeira grande intervenção no regime retributivo dos empregados públicos foi implementada por meio da Lei nº 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011 – LOE 2011), que estabeleceu, dentre outras medidas, a redução das remunerações dos trabalhadores pagos com dinheiros públicos, cujas remunerações ilíquidas mensais situavam-se em valor superior a € 1.500, impondo uma taxa de redução progressiva de 3,5% a 10%. Ressalta-se que a base de cálculo das taxas de redução previstas foram as “remunerações ilíquidas”, ou seja, o valor agregado de todas as prestações pecuniárias recebidas pelo trabalhador, exceto subsídio de refeição, ajuda de custo, reembolsos e subsídio de transporte.

Por se tratar da primeira grande intervenção no sentido de reduzir os padrões remuneratórios dos trabalhadores em funções públicas, a qual ensejou uma profunda discussão jurídica no Tribunal Constitucional, este trabalho deter-se-á com maior profundidade nos desdobramentos jurídicos dessas medidas.

Tão logo foi publicada a lei, um grupo de deputados da Assembleia da República protocolou uma ação declaratória de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 55-A/2010 junto ao Tribunal Constitucional.

Ao cabo da ação, o Tribunal Constitucional decidiu-se pela não inconstitucionalidade, através do Acórdão TC nº 396/2011, de relatoria do Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, o qual passamos a analisar, inicialmente sob a perspectiva dos fundamentos dos autores e, posteriormente, à luz da fundamentação jurídica do acórdão (PORTUGAL, 2011).

5.1.1 Fundamentos dos autores

Elencam-se a seguir uma síntese dos principais fundamentos sustentados pelos autores no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados:

- a) as alterações remuneratórias previstas têm natureza definitiva e não apenas temporária, uma vez que a alteração legislativa que se introduziu não foi acompanhada de qualquer cláusula de temporalidade e a anualidade do orçamento vale apenas no que respeita às verbas nele inscritas;
- b) violação do princípio do Estado de Direito, notadamente na vertente do subprincípio da proteção da confiança;
- c) a redução remuneratória proposta é arbitrária, porque, sendo permanente, ela se assenta num pressuposto que é temporário, que é o da crise econômico-financeira;
- d) violação do princípio da igualdade (art. 13 da CRP): discriminação negativa dos trabalhadores da Administração Pública;
- e) violação do direito fundamental à não redução do salário: a irredutibilidade salarial possui caráter de direito fundamental reconhecido por legislação ordinária, mas que, por via do art. 16, nº 1 da Constituição, acaba por obter uma força constitucional paralela, a ponto de não poder ser alterado ou revogado por uma lei ordinária posterior;
- f) violação do direito fundamental de participação na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores.

5.1.2 Fundamentação do Tribunal Constitucional

Dispõem-se as alíneas seguintes a analisar pormenorizada-mente as razões de decidir do Tribunal Constitucional na ação declaratória de inconstitucionalidade da Lei nº 55-A/2010:

- a) da vigência temporal das normas da LOE: as normas impugnadas têm natureza orçamental, pois tratam de regras relativas às despesas do Estado, sendo sua eficácia limitada àquele orçamento específico. Torna-se desnecessário, pois, determinar expressamente o termo final da sua vigência, pois este está definido constitucional e legislativamente

(anual). Sendo temporárias, tais regras não eliminam do universo jurídico o regime anterior, mas apenas afastam temporária e parcialmente a sua aplicação.

- b) as medidas legais impugnadas possuem o objetivo final de diminuir o déficit orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união econômica e monetária. Assim, a redução remuneratória proposta se insere em um contexto de excepcionalidade, não visando qualquer tipo de retrocesso social, mas sim o cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC).
- c) participação das organizações de trabalhadores na elaboração da lei: no que corresponde a esse aspecto, o Tribunal Constitucional considerou que o direito constitucional das comissões de trabalhadores e também das associações sindicais – “participar na elaboração da legislação do trabalho” (arts. 54, nº 5, alínea d), e 56, nº 2, alínea a), da CRP. PORTUGAL, 1976) – restou plenamente assegurado, mediante a publicação em separata do Diário da Assembleia da República e do Boletim do Trabalho e Emprego das normas constantes da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2011 com incidência nos trabalhadores. Entendeu, pois, o Tribunal que o cumprimento da mencionada formalidade constituiu ato de publicização bastante e suficiente para oportunizar a participação das entidades representativas dos trabalhadores no processo de elaboração da lei orçamentária, sobretudo porque fora concedido aos interessados prazo razoável para pronúncia.
- d) direito à irredutibilidade de salários: o Tribunal Constitucional fixou entendimento de que é direito fundamental o direito à retribuição, e não o direito à irredutibilidade salarial, sendo este relativizado em razão da autorização conferida pelo legislador ordinário para que se efetivem reduções de salários fundadas na lei ou em instrumento de regulamentação

coletiva do trabalho. Assim, o que a legislação efetivamente garante aos trabalhadores é que a entidade empregadora, seja pública, seja privada, abstenha-se de diminuir arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo. Além disso, o Tribunal não reconheceu o alegado caráter fundamental do direito à irredutibilidade salarial, por considerar que, atendido um valor remuneratório mínimo, não se pode afirmar que a intocabilidade salarial seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial.

e) princípio da proteção da confiança: embora admitindo que a redução remuneratória prevista na LOE contraria a normalidade anteriormente estabelecida pela atuação dos poderes públicos em matéria remuneratória e, assim, frustra expectativas legitimamente mantidas pelos cidadãos afetados pelas normas impugnadas, o Tribunal considerou que a redução remuneratória estabelecida pela LOE 2011 não é arbitrária, justificando-se no contexto de absoluta excepcionalidade no quadro de gestão financeira dos recursos públicos. Explica-se no acórdão que o acentuado desequilíbrio orçamental e o crescimento da dívida soberana portuguesa impuseram ao Estado e à economia nacional graves dificuldades de financiamentos. Acentua ainda o Tribunal que referido contexto de desequilíbrio orçamental é comum a alguns países europeus, o que desencadeou a elaboração de uma estratégia europeia para promoção de uma drástica redução das despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações. Dessa forma, o principal fundamento do Tribunal Constitucional para a rejeição da alegação de violação do princípio da proteção da confiança é o de que as medidas de redução remuneratória visam a tutelar um interesse público legítimo e prevalescente, de importância fulcral e caráter de premência, qual seja o reequilíbrio das contas públicas, em uma situação de emergência, de modo a evitar o colapso do sistema

financeiro e as repercussões catastróficas nas esferas econômica e social. Salieta o Tribunal, por fim, que as medidas impugnadas decorrem de uma opção política do órgão legislativo, devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

- f) princípio da igualdade: nesse aspecto, o Tribunal Constitucional teceu ponderações acerca de uma possível violação do **princípio da igualdade perante os encargos públicos**, segundo o qual os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas devem ser distribuídos de forma equitativa à generalidade dos cidadãos, que devem ser chamados a contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva.

Nesse sentido, o Tribunal ponderou que a estratégia de atuação com vistas à adequação orçamental e ao reequilíbrio do sistema, seja no sentido da promoção do aumento das receitas, seja do corte de despesas públicas, situa-se dentro da margem de livre conformação política do legislador. Por essa razão, não cabe ao Tribunal Constitucional

intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas, restringindo-se a atuação judiciária à aferição da legalidade e da proporcionalidade das medidas eleitas (PORTUGAL, 2011).

Nesse aspecto, o Tribunal concluiu que, em razão dos compromissos firmados pelo governo português com instâncias europeias e internacionais, no sentido de conseguir resultados econômicos favoráveis a curto prazo, o corte de despesas públicas por meio da diminuição de vencimentos é medida idônea e legítima a garantir eficácia certa e imediata para o alcance do reequilíbrio orçamental.

Por fim, concluiu o Tribunal que inexistente no caso tratamento diferenciado entre os trabalhadores remunerados por verbas públicas e os trabalhadores do setor privado, tendo em vista que

aqueles não estão em posição de igualdade com os restantes cidadãos, sendo o sacrifício adicional exigido daquela categoria de trabalhadores justificado pelo vínculo à prossecução do interesse público a que se submetem.

Pela força dos argumentos jurídicos divergentes, passamos a expor, em apertada síntese, o teor dos votos vencidos na ação.

O Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, em seu voto no sentido da inconstitucionalidade das normas impugnadas, considerou que tais regras violam o princípio do Estado de Direito democrático e o princípio da igualdade decorrente do disposto no art. 2º, nos nº 1 e 2 do art. 13 e na alínea a) do nº 1 do art. 59 da Constituição. Entende o eminente Conselheiro que inexistem

uma específica justificação para afectar, de forma exclusiva, esses trabalhadores (públicos), tendo em conta que a finalidade que o legislador ambiciona obter pode igualmente ser alcançada estendendo à generalidade dos cidadãos os encargos necessários à resolução dos problemas financeiros nacionais por via de simples medidas de natureza tributária, de fácil concretização prática (PORTUGAL, 2011, p. 41.404).

Já o Conselheiro J. Cunha Barbosa justificou que sua discordância verifica-se quanto à apreciação da questão de (in) constitucionalidade à luz do princípio da igualdade. Esclarece o Conselheiro que o objetivo perseguido pelas normas impugnadas, qual seja o alcance de uma maior sustentabilidade económico-financeira do país, integra o interesse público geral, de modo que, por imposição do princípio da igualdade, todos os que se encontrem nas mesmas condições remuneratórias previstas nas normas em causa devem suportar os sacrifícios em situação de igualdade, sob pena de discriminação negativa, no mínimo, injusta.

O terceiro voto divergente, de lavra do Conselheiro João Cura Mariano, destaca que a escolha do legislador quanto à redução remuneratória dos trabalhadores públicos não é a medida mais benigna entre as possíveis para se atingir a finalidade de interesse

público comum de reequilíbrio das contas públicas. Isso porque, nas palavras do eminente julgador,

não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para os funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado. (PORTUGAL, 2011, p. 41.106).

Dessarte, concluiu o Conselheiro que não se mostra preenchido o requisito da necessidade que poderia justificar a violação do princípio da confiança em nome da prossecução de um interesse público superior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto de excepcionalidade que caracterizou a grave crise econômico-financeira do Estado português no início dos anos 2010 fez emergir clamores de uma reforma administrativa capaz de simplificar o regime jurídico dos trabalhadores em funções públicas, o que resultou na aprovação da Lei nº 35/2014, que simplificou a estrutura remuneratória desses trabalhadores e o enquadramento nas respectivas carreiras.

Nesse sentido, a criação da Tabela Remuneratória Única (TRU), a simplificação dos componentes que integram a remuneração dos trabalhadores públicos (remuneração-base, suplementos remuneratórios e prêmios) e o enxugamento das carreiras existentes no setor público parecem ter sido medidas adequadas às necessidades de o Estado promover um controle fiscal mais eficiente do gasto de pessoal.

Contudo, embora pese o entendimento do Tribunal Constitucional português quanto à possibilidade de redução **temporária** das

remunerações dos trabalhadores em funções públicas motivada pela grave crise econômica (acórdão TC nº 396/2011), avaliamos que a medida é flagrantemente violadora do princípio da igualdade, na medida em que impõe sobre determinados cidadãos (os trabalhadores em funções públicas) um ônus manifestamente desproporcional, sobretudo ao se considerar que o objetivo de redução do déficit fiscal poderia ser alcançado por meio de medidas mais equitativas, como o acréscimo da tributação sobre os rendimentos em geral dos cidadãos ou das empresas.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**: noções básicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MARTINS, João Zenha. A retribuição no Código do Trabalho: breve panorâmica. *In*: JORNADAS REGIONAIS DE DIREITO DO TRABALHO, 2., 2018, Ponta Delgada. **Memórias [...]**. Ponta Delgada: Direção Regional do Emprego e Qualificação Profissional, 2018. p. 173-187.

MEDEIROS, Rui. **O direito fundamental à retribuição**: em especial, o princípio a trabalho igual salário igual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia. **Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da administração pública**: comentário à lei nº 12-A/2008, de 27 de fevereiro. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. **Diário da República**, [Lisboa], n. 86/1976, Série I, 10 abr. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 29/2019. Estabelece a atualização da base remuneratória da Administração Pública. **Diário da**

República, [Lisboa], n. 36/2019, Série I, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/119901746/details/normal?q=decreto+29%2F2019>. Acesso em: 7 maio 2020.

PORTUGAL. Lei nº 7/2009. Institui o Código do Trabalho. **Diário da República**, [Lisboa], n. 30/2009, Série I, 12 fev. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 10/2004. Cria o sistema integrado de avaliação do desempenho da Administração Pública. **Diário da República**, [Lisboa], n. 69/2004, Série I-A, 22 mar. 2004. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/541273/details/normal?filterStart=2004-03-22&filterAction=TRUE&q=lei+n.+10+2004&perPage=25&fq=lei+n.+10+2004>. Acesso em: 5 maio 2020.

PORTUGAL. Lei nº 35/2014. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. **Diário da República**, [Lisboa], n. 117/2014, Série I, 20 jun. 2014. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?p_p_state=maximized&cid=107981190. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 55-A/2010. Orçamento do Estado para 2011. **Diário da República**, [Lisboa], n. 253/2010, 1 Suplemento, Série I, 31 dez. 2010. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/344942/details/maximized>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 66-B/2007. Estabelece o sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na administração pública. **Diário da República**, [Lisboa], n. 250/2007, 1 Suplemento, Série I, 28 dez. 2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/227271/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2066-B%2F2007%2C%20de+28+de+dezembro>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros e Ministério das Finanças e da Administração Pública. Portaria

nº 1553-C/2008. Aprova a tabela remuneratória única dos trabalhadores que exercem funções públicas, contendo o número de níveis remuneratórios e o montante pecuniário correspondente a cada um e actualiza os índices 100 de todas as escalas salariais. **Diário da República**, [Lisboa], n. 252/2008, 4. Suplemento, Série I, 31 dez. 2008. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/port/1553-c/2008/12/31/p/dre/pt/html>. Acesso em: 5 maio 2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão no julgamento da revista no processo nº 4156/10.6 TTLSB. L1.S1 (Revista). No cálculo das retribuições de férias e de subsídio de férias do tripulante de cabina deve atender-se à média das quantias auferidas pelo mesmo [...]. **Diário da República**, [Lisboa], Série I, 29 out. 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a58828c24202dcc480257ee40038dd18?OpenDocument>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 396/2011. Não declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 55-A/2010, 31 dez. (Lei do Orçamento de Estado para 2011). **Diário da República**, [Lisboa], n. 199/2011, 2. Série, 17 out. 2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>. Acesso em: 1 fev. 2020.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2015. Tomo I.

SANTOS, Inês Catarina Azevedo da Costa. **A retribuição e as prestações complementares**: análise das repercussões na retribuição de férias, subsídios de férias e de Natal. Tese (mestrado em Direito dos Contratos e de Empresa) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Minho, 2014. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44580/1/In%20c3%aas%20Catarina%20Azevedo%20da%20Costa%20Santos.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 7 jun. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 15 abr. 2020

BIBLIOGRAFIA

DIREITO das relações laborais na administração pública. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: URL:http://http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_DRLAP_2018.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

FERNANDES, António Monteiro. Direito do trabalho: a noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: uma revisão da matéria. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias**, Lisboa, n. 2, p. 73-101, 2014.

SALGADO, Ana Catarina. **O contrato de trabalho em funções públicas**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/25141/1/ulsd729635_td_Ana_Salgado.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

RETENÇÃO DOLOSA DE SALÁRIO:
impressões a respeito do descumprimento de
legislação trabalhista e/ou infração penal

MALICIOUS SALARIAL RETENTION:
impressions about non-compliance
with labor legislation and/or crime

Roberta Eggert Poll*

RESUMO

O presente ensaio visa a analisar a retenção dolosa de salário, especificamente no que tange à ausência de lei infraconstitucional que lhe dê conformação no campo penal. A hipótese de pesquisa gira em torno da existência ou não de crime de retenção dolosa de salário no sistema jurídico penal brasileiro, seja de forma direta, seja indireta. O método de abordagem será o dialético-dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, propõe o artigo, primeiramente, uma leitura sobre a proteção constitucional do salário à luz dos recentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a conduta de o reter dolosamente; em seguida, passa-se à análise da criminalização do comportamento do empregador que não repassa as verbas salariais ao empregado, à luz do Projeto de Lei do Senado nº 415, de 2014. Ao fim, apresentam-se as conclusões da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE

Reforma trabalhista. Retenção salarial. Tipificação penal.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the willful wage withholding, specifically with regard to the absence of infraconstitutional law that gives it conformity in the criminal field. The research hypothesis revolves around the existence or not of a crime of willful retention of salary

* Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro (Unesa/RJ). Bacharela em Direito pela Unesa/RJ. Professora de Direito Penal da Faculdade Dom Alberto. Advogada. E-mail: roberta@fayet.adv.br.

in the Brazilian criminal legal system, either directly or indirectly. The method of approach will be the dialectic-deductive, adopting as a bibliographical procedure. Thus, the article proposes, first, a reading on the constitutional protection of wages in the light of recent doctrinal and jurisprudential understandings on the conduct of detaining it intentionally; then the analysis of the criminalization of the behavior of the employer that does not pass the salary amounts to the employee is passed, in light of the Bill of the Senate nº 415, of 2014. At the end presents the conclusions of the research.

KEYWORDS

Labor reform. Wage retention. Criminal typification.

SUMÁRIO

1 Introdução;

2 A proteção constitucionalmente assegurada ao salário e a conduta de reter dolosamente o seu conteúdo;

3 A criminalização da conduta de reter dolosamente o salário: a proposta que nunca saiu do papel;

4 Considerações finais;

Referências.

Data de submissão do artigo: 14/06/2019

Data de aprovação do artigo: 09/03/2020

1 INTRODUÇÃO

O art. 7º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece expressamente a proteção do salário, constituindo crime sua retenção dolosa. A retenção das verbas remuneratórias ocorre quando o empregador deixa de pagar ao empregado, dentro do prazo legal, o salário previamente estipulado no contrato de trabalho. A retenção poderá ser dolosa ou culposa. Retenção culposa é aquela que acontece sem a intenção do empregador, seja por insuficiência de recursos financeiros, seja por impossibilidade de pagamento na data etc. Já a retenção dolosa ocorre quando há intenção deliberada do empregador de não pagar o salário do empregado, seja por ter outras prioridades para os recursos financeiros, seja por ter utilizado os valores para pagamento de outras dívidas, como aquelas decorrentes de obrigação

tributária principal, ou mesmo para forçar a demissão voluntária do empregado.

A Constituição Federal protege o empregado em face da retenção dolosa, isto é, quando existe intenção de não pagar. O crime seria, dessa forma, necessariamente doloso, não havendo a previsão para a modalidade culposa. Ocorre que o referido dispositivo constitucional não é norma de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada, que exige lei infraconstitucional regulamentando suas determinações. O que se vê, todavia, é que, passados mais de 30 anos da promulgação de nossa Constituição Cidadã, o Congresso Nacional ainda não editou lei tipificando o crime de retenção dolosa de salário.

Nesse passo, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017, alterada pela Medida Provisória nº 808/2017 - REVOGADA) promoveu alterações em leis infraconstitucionais, atingindo, no que interessa ao debate no presente trabalho, o art. 7º, inciso X, da Constituição Federal. Veja-se que o art. 611-B, caput, c/c seu inciso VII, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), qualificam como ilícita a norma coletiva que dispõe contrariamente à proteção salarial e à retenção dolosa. Diante disso, questiona-se acerca da possibilidade de o art. 611-B, inciso VII, da CLT ter inovado não só na legislação trabalhista, como também na seara penal. Explica-se: seria possível, de acordo com as disposições do art. 611-B, da CLT c/c art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, a existência do crime de retenção dolosa de salário *per se*? Em outras palavras, o presente artigo tem por objetivo, a partir de uma abordagem interdisciplinar, interligando noções de salário, direitos fundamentais, crime de apropriação indébita e estelionato, analisar a conformidade dessas normas com o ordenamento jurídico, principalmente no que tange ao surgimento de um novo tipo penal.

Em última análise, serão verificadas as alternativas que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem utilizado quando resta comprovada a conduta do empregador de deixar de repassar os valores remuneratórios ao empregado, podendo, constituir,

inclusive, dano moral *in re ipsa*, em vista do caráter alimentar dispensado ao salário.

Para construção do objeto desta pesquisa, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos on-line, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão, e dialético, dado que objetiva se aproximar das discussões da realidade social, por meio da análise de uma situação concreta. De forma a auxiliar a pesquisa, será utilizado o recurso à legislação, à doutrina e à jurisprudência acerca da matéria objeto do estudo.

A escrita divide-se em dois tópicos substanciais para estabelecer uma compreensão geral e interdisciplinar do conteúdo proposto, quais sejam: a proteção constitucionalmente assegurada ao salário e a conduta de reter dolosamente o seu conteúdo; a criminalização da conduta de reter dolosamente o salário.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA AO SALÁRIO E A CONDUTA DE RETER DOLOSAMENTE O SEU CONTEÚDO

Diversamente dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que têm por fundamento a preservação de bens ou valores reputados naturais, tais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade, os direitos de segunda geração – também denominados de direitos sociais – são idealizados como

instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 710).

A Constituição brasileira contempla uma gama de normas referentes aos denominados direitos sociais do trabalhador. Não são

poucas as regras que objetivam a tutela da relação contratual e a fixação do estatuto básico do trabalhador. A Constituição Federal estabeleceu limites ao poder do empregador em relação ao contrato de trabalho e aos seus empregados, bem como instituiu uma série de direitos subjetivos, ainda que em alguns pontos a matéria seja objeto de lei específica. Trata-se, portanto, do art. 7º, incisos VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XXI, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV, todos da Constituição Federal.

As normas constantes do rol de direitos previstos no art. 7º da Constituição indicam que o Poder Constituinte originário explicitou um dever geral de proteção ao trabalhador pelo legislador. Nesse passo, observa-se, não por acaso, mas por uma necessidade do trabalhador, que o salário é considerado direito social constitucionalmente protegido, por ser fonte de subsistência do empregado e de sua família, tendo nítido caráter alimentar, sendo, portanto, proibida a sua retenção de forma dolosa.

Veja-se o que diz sobre esse ponto o art. 7º Constituição Federal, em seu caput e inciso X:

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

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (BRASIL, 1988).

Em complemento, dispõe o art. 611-B da CLT:

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

[...]

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (BRASIL, 1943).

Nesse caso específico, não se pode falar, *a priori*, em um direito subjetivo em face do empregador, mas sim de um dever de proteção aos trabalhadores urbanos e rurais, que deve ser satisfeito e implementado, tanto pelo legislador quanto pela Administração Pública. Ocorre que, em que pese a Constituição considerar como crime a retenção dolosa do salário, não existe ainda lei infraconstitucional tipificando a conduta de reter dolosamente as verbas alimentares, tema que vem gerando debates doutrinários e jurisprudenciais.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2014, p. 324), o crime previsto no art. 7º, inciso I, da CF/88 é regulamentado de maneira indireta pelo Código Penal ao versar sobre o delito de apropriação indébita.

Veja-se o que dispõe o Código Penal:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

O bem jurídico tutelado no crime de apropriação indébita é a inviolabilidade patrimonial. Em verdade,

busca-se proteger o direito de propriedade, direta e imediatamente, contra eventuais abusos do possuidor, que possa ter a intenção de dispor da coisa alheia como se fosse sua (BITENCOURT, 2012, p. 578).

Esse já era o entendimento sustentado pelo saudoso Galdino Siqueira:

A transferência da coisa deve ser feita a título precário, com a obrigação de restituí-la ou de fazer dela uso determinado, por isso que a apropriação indébita é uma ofensa ao direito de propriedade e não ao direito de posse (SIQUEIRA, 2003, p. 723).

Resta saber se o conceito de salário ingressa na esfera de proteção do bem jurídico tutelado pelo crime de apropriação indébita.

Pois bem, a palavra *salário* tem sua origem semântica no brocardo *salarium* – em tradução livre: *sal* –, o qual geralmente era utilizado como forma de pagamento durante o Império Romano, sendo, portanto, moeda de troca (SARAIVA; SOUTO, 2018, p. 166). Atualmente, o salário corresponde a uma das verbas da remuneração, equivalente ao valor pago diretamente pelo empregador ao empregado em virtude da contraprestação pelo labor realizado, consoante determina o art. 457, caput, da CLT, *in verbis*:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que recebe (BRASIL, 1943).

Além disso, há que se lembrar, conforme supracitado, que o salário tem caráter alimentar, ou seja, tem a finalidade de suprir as necessidades básicas do trabalhador e de sua família (ROMAR, 2018, p. 426). Assim, não se olvida que o trabalhador tem direito a receber pelos serviços prestados, principalmente em decorrência do vínculo empregatício, consolidado pelo contrato de trabalho. Todavia, não há que se estender interpretação ao salário a fim de dar-lhe um sentido de propriedade, em razão de que, a despeito de ser um numerário, ou seja, dinheiro propriamente dito, não constitui direito de propriedade do trabalhador, muito menos em coisa alheia móvel. Isso porque, até que o valor seja efetivamente entregue ao empregado em espécie ou depositado em sua conta, pertence ao empregador, sendo, portanto, de posse e propriedade da própria empresa para os fins do tipo previsto no art. 168 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Em que pese a proposta do Desembargador Sérgio Pinto Martins, do TRT da 2ª região, ser sedutora, ela esbarra em dois pontos principais, a saber: primeiro porque o Direito Penal encontra baliza na consagrada fórmula de Feuerbach que dispõe: “*nulum crimen nulla poena sine lege*” – em tradução livre significa que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal –, ou seja, o princípio da legalidade (o art. 168

do Código Penal) não tutela legalmente o salário do trabalhador (BRASIL, 1940); segundo porque o objeto material e jurídico do crime de apropriação indébita é a elementar “coisa alheia móvel”, cuja elementar normativa não se configura nas hipóteses de retenção dolosa de salário, na medida em que o empregador é o proprietário do dinheiro e, sendo assim, não existe negativa de devolução, nem mesmo inversão da posse, apta a configurar o art. 168 do Código Penal.

Ao versar sobre o assunto, entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela atipicidade do crime de apropriação indébita, justamente porque a propriedade do dinheiro é do empregador, não havendo coisa alheia móvel que justificasse a incidência do tipo:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO.

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RETENÇÃO DE SALÁRIOS PELO EMPREGADOR. ATIPICIDADE RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ACOLHIDO. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO MAS CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, ainda ressente-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo.

3. Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo

se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime.

4. O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. Talvez por isso tenha o legislador constituinte feito a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa.

5. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal por atipicidade, ficando prejudicada a inépcia da denúncia e a alegação de que a paciente não seria administradora da pessoa jurídica. (BRASIL, 2013).

Não obstante, é de se ressaltar que o legislador infraconstitucional brasileiro veda a conduta de deixar de repassar dolosamente as contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento do trabalhador, tipificando a conduta como crime, prevista no art. 168-A do Código Penal. Dessa forma, tem-se, atualmente, a situação esdrúxula de não constituir crime a retenção dolosa de salário, ou seja, o empregador pode apreender todo o valor que deveria ser destinado ao empregado, desde que não deixe de repassar à Previdência Social o montante que corresponde às contribuições sociais (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 588). Em outras palavras, o Estado protege a arrecadação tributária, mas não se preocupa com o caráter alimentar do salário.

Por conta disso, poder-se-ia pensar que a retenção dolosa de salário constitui crime de estelionato. Vejamos, então, o que dispõe o art. 171 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

Ao que tudo indica, o estelionato é um dos crimes mais antigos cometidos no mundo. No antigo Direito Romano vedava-se

o *dolus malus*, que juntamente com o *metus* (medos) e a *fraus* (fraude) constituíam crimes privados. Na Grécia Antiga a fraude também era severamente reprimida (BITENCOURT, 2012, p. 657). Sabendo que a fraude é o elemento normativo fundamental do crime, resta, então, delimitá-la, a fim de se estabelecer quando se estará diante de um crime e quando a conduta terá meramente natureza civil. Nesse ponto, empresta-nos sabedoria o saudoso jurista Néelson Hungria:

No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença unicamente de grau ou quantidade. A este critério relativo, e somente a ele, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual (HUNGRIA, 1955, p. 173).

Como visto pela brilhante passagem do já falecido penalista, quem delimita o que será fraude penalmente relevante é o legislador infraconstitucional, que atua movido por razões de política criminal, as quais variam de acordo com o momento vivido pela sociedade. Mas uma coisa é certa: o crime de estelionato é governado pelo binômio *vantagem ilícita/prejuízo alheio*, isto é, o indivíduo deverá dirigir a sua conduta a fim de obter uma vantagem em prejuízo alheio (GRECO, 2017, p. 854). Dessa forma, o bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio, especialmente o interesse social, “representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais”, bem como o “interesse público de reprimir a fraude causadora de dano alheio” (BITENCOURT, 2012, p. 659).

Em uma primeira análise, o crime de estelionato se enquadraria melhor na situação do empregador que retém dolosamente o salário do empregado, na medida em que ele se valeria do contrato

de trabalho para conseguir proveito injusto, qual seja, o serviço prestado pelo trabalhador, causando-lhe o dano de trabalhar sem receber. A dificuldade estaria no elemento subjetivo do crime. Explica-se: se o elemento subjetivo geral do crime de estelionato é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de enganar terceiro, causando-lhe dano através de meio fraudulento, com a finalidade de obter vantagem indevida, ter-se-ia de provar que o empregador, desde o início do contrato de trabalho, já estaria com a intenção de utilizar da mão de obra do trabalhador sem a contraprestação da remuneração. E, sendo o dolo um elemento que se encontra na psique do indivíduo, a prova seria difícil, ao ponto de se dizer: quase impossível.

Por outro lado, ter-se-ia de provar o emprego do meio fraudulento, ou seja, é indispensável que a vantagem obtida pelo empregador, além de ilícita, decorra de erro produzido pelo empregado, isto é, que aquela seja decorrência deste. Não basta a existência do erro consecutivo da fraude, sendo necessário que da conduta realizada pelo empregador (reter dolosamente o salário) resulte vantagem ilícita (acréscimo patrimonial da empresa) e prejuízo alheio (não pagamento das contas, ausência de recursos alimentícios etc.).

Diante desses elementos, ao que tudo indica, o crime de estelionato também não se ajusta tipicamente, em suas vertentes objetivas e subjetivas, à conduta de reter dolosamente o salário. Se as elementares normativas do crime não se configuram, não há que se falar em tipicidade e, portanto, em prática criminosa. Assim, mais uma vez o empregador resta protegido, e o empregado, desamparado, em que pese a conduta se mostrar violadora dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, de que tratam o Código Civil, nos arts. 421 e 422, os quais assim dispõem:

Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

O respeito ao empregado e aos demais trabalhadores brasileiros, bem como à legislação trabalhista é condição fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade sustentável, justa e democrática. Por essas razões, as condutas de empregadores, violadoras dos princípios fundamentais da República, concernentes ao valor social do trabalho e à dignidade humana, constituem ultraje à legislação, na medida em que se trata de práticas, além de ilegais, abusivas, que se valem da posição hierárquica e proeminente do empregador e da própria empresa, a fim de impor condições precárias às pessoas que mais necessitam dos recursos e que dispõem somente de sua força de trabalho, quais sejam: os trabalhadores.

Certo é que as normas envolvidas no contexto jurídico de retenção dolosa de salário, já citadas ao longo dessa primeira parte do trabalho, permitem a conclusão de que essa conduta do empregador constitui prática vedada pela Constituição Federal e pela CLT, mas ainda pendente de regulamentação. Mas por que isso ocorre? A resposta será analisada na próxima seção.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE RETER DOLOSAMENTE O SALÁRIO: a proposta que nunca saiu do papel

Como visto, embora o art. 7º, inciso X, da Constituição Federal (proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa) diga que é crime a retenção dolosa de salário (BRASIL, 1988), o dispositivo é norma de eficácia limitada, em razão de que depende de lei infraconstitucional para fins de complementação. Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam

aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade (MORAES, 2018, p. 60).

Isso ocorre também, com o art. 37, inciso VII, segundo o qual o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica, e o artigo 7º, inciso XI, também da Constituição Federal, que prevê a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, conforme definido em lei (BRASIL, 1988).

Dessa forma, torna-se evidente a necessidade de lei ordinária regulamentando as disposições do art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, para que a normatividade do dispositivo seja completa. Até porque o moderno Direito Penal permanece assentado na redação do art. 1º do Código Penal, que dispõe: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940).

O efetivo respeito ao princípio da legalidade exige a existência de uma lei definindo a conduta criminosa, que seja anterior ao fato, formalmente interpretada e que tenha conteúdo determinado. Por isso, diz-se que o princípio da legalidade se desdobra em quatro categorias ou subprincípios, quais sejam:

- a) anterioridade da lei (*lege praevia*);
- b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*);
- c) proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*);
- d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*) (ESTEFAM, 2018, p. 150).

A gravidade dos meios e instrumentos utilizados pelo aparelho estatal na repressão e prevenção dos mais variados crimes se traduz em drástica intervenção nos direitos e garantias individuais dos jurisdicionados, e, por isso mesmo, o Direito Penal fundamenta-se na *ultima ratio*, impondo, impreterivelmente, limites ao poder punitivo do Estado, excluindo-se toda e qualquer arbitrariedade ou excesso de poder. Em razão disso, a doutrina especializada afirma que:

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora seja hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento percorreu um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados (MUÑOZ CONDE; GARCIA ARÁN, 2010, p. 75).

Em outras palavras e, simplificando os enunciados, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a regulamentação de dispositivos constitucionais que tenham conteúdo incriminador é função exclusiva da lei, isto é, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa e nenhuma sanção penal poderá ser aplicada sem que antes da ocorrência do fato exista uma lei definindo-a como crime e cominando-lhe uma pena. A lei deve, necessariamente, definir expressamente a conduta vedada pelo ordenamento jurídico para que se possa falar em crime.

Não obstante, ainda que a lei penal não preveja tipificação específica para este crime, é de se ressaltar o Projeto de Lei do Senado nº 415, de 2014, de autoria da Senadora Ana Rita, que objetiva a alteração do Código Penal inserindo o art. 203-A, a fim de dispor sobre o crime de retenção indevida de salário, tipificado como reter ou descontar, indevidamente, no todo ou em parte, salário, remuneração ou qualquer outra retribuição devida ao empregado, com pena de detenção, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 2014).

Em consulta pública realizada, o Projeto de Lei teve a aprovação de 527 cidadãos, enquanto somente 105 votaram contra. Todavia, após o regular processo legislativo, a proposição restou arquivada, com base no art. 332, §1º do Regimento Interno do Senado Federal, *in verbis*:

Art. 332 - Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

[...]

§ 1º - Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição

que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado (BRASIL, 1970).

Veja-se, portanto, que não houve interesse dos parlamentares em colocar em votação, e o referido Projeto de Lei, tão importante para os trabalhadores, acabou sendo arquivado ao final da legislatura, em 21 de dezembro de 2018. Para que a discussão volte a constar nas pautas do Congresso Nacional, é necessário que a proposta seja desarquivada a pedido de algum parlamentar federal, eleito na legislatura que se iniciou em 1º de fevereiro deste ano de 2019. O que se vê, contudo, até o presente momento, é um flagrante desinteresse na regulamentação do art. 7º, inciso X, da Constituição Federal por parte dos parlamentares.

Diante da inexistência de lei penal que defina o crime de retenção dolosa de salário, o TST vem considerando essa hipótese configuradora de dano moral *in re ipsa*, por se tratar de constrangimento indevido do empregador ao empregado, em razão de que o trabalhador resta privado, ainda que temporariamente, dos recursos necessários a sua subsistência. Vejam-se, nesse sentido, os seguintes arrestos que servem para embasar o que se alega:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO IN RE IPSA. VALOR ARBITRADO. 2.1 - A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil; o valor social do trabalho é fundamento da República; a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano, objetivando assegurar a todos existência digna; e a ordem social possui por base o primado do trabalho e por objetivo o bem-estar e a justiça social (arts. 1.º, III e IV, 170 e 193 da Constituição Federal, respectivamente). Assim, sob a ótica constitucional, o trabalho humano é um

meio de efetivação da existência digna. 2.2 - O art. 7.º, IV, da Constituição Federal afirma que o salário mínimo é um direito fundamental do trabalhador, além de prever, no inciso X, a “proteção ao salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. A CLT, no § 1.º do art. 459, estabelece que, no contrato individual de trabalho, é obrigação do empregador o pagamento tempestivo dos salários. 2.3 - É patente, portanto, a relevância do salário, pois é por meio dele que o trabalhador tem a possibilidade de satisfazer suas necessidades básicas e as de seus dependentes e, conseqüentemente, ter garantidas condições mínimas de dignidade e de afirmação social. 2.4 - Desse modo, nos termos dos arts. 5.º, X, da Constituição Federal, e 186 e 927, caput, do Código Civil, defende-se entendimento segundo o qual o atraso reiterado no pagamento dos salários configura dano in re ipsa, pois o fato de o empregado ver-se privado, ainda que temporariamente, dos recursos necessários a sua subsistência, enseja reparação por dano moral, por acarretar situação evidente de constrangimento. 5. Na hipótese dos autos, não restam dúvidas de que havia atraso no pagamento dos salários do reclamante. Provado esse fato, desnecessária a comprovação do abalo moral sofrido pelo autor para que seja deferida a indenização por dano moral pleiteada. Precedentes. 6. A fixação do valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para o pagamento da indenização por dano moral, em razão de atrasos reiterados no pagamento de salários, não se mostra excessiva, pautando-se na lógica do razoável, considerando a gravidade objetiva do dano, a intensidade do sofrimento da vítima e o poder econômico do ofensor. Recurso de revista não conhecido (BRASIL, 2017b).

RECURSO DE REVISTA 1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. NÃO CONFIGURADA. Esta Corte conferiu nova redação à Súmula 331, fixando a orientação de que subsiste a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela inadimplência dos créditos trabalhistas da empresa por ela contratada,

na hipótese em que fique comprovada a culpa in vigilando do Ente Público. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional afastou a responsabilidade subsidiária do Ente Público, por ausência de culpa in vigilando, pois comprovada a fiscalização do contrato celebrado com a empresa prestadora de serviços. Essa conclusão não pode ser alterada sem a reanálise do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. 2 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 2.1 - A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal/88); o valor social do trabalho é fundamento da República (art. 1.º, inciso IV, Constituição Federal/88); a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano, objetivando assegurar a todos existência digna (art. 170 da Constituição Federal/88); e a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193). Assim, sob a ótica constitucional, o trabalho humano é um meio de efetivação da existência digna. 2.2 - O art. 7.º, inciso IV, da Constituição Federal/88 afirma que o salário-mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”, é um direito fundamental do trabalhador, além de prever no inciso X a “proteção ao salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. A CLT, no § 1.º do art. 459, estabelece que, no contrato individual de trabalho, é obrigação do empregador o pagamento tempestivo dos salários. 2.3 - É patente, portanto, a relevância do salário, pois é por meio dele que o trabalhador tem a possibilidade de satisfazer suas necessidades básicas e as de seus dependentes e, conseqüentemente, ter garantidas condições mínimas de dignidade e de afirmação social. 2.4 - Desse modo, nos termos dos arts. 5.º, X, da Constituição Federal/88 e 186 e 927, caput, do

Código Civil, entendo que o atraso reiterado no pagamento dos salários se configura como um dano in re ipsa, pois o fato de o empregado ver-se privado, ainda que temporariamente, dos recursos necessários a sua subsistência enseja reparação por dano moral por acarretar situação evidente de constrangimento. 2.5. Na hipótese dos autos, não restam dúvidas de que havia atraso no pagamento dos salários da reclamante. Provado esse fato, desnecessária a comprovação do abalo moral sofrido pela reclamante para deferir a indenização por dano moral pleiteada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2017a).

O que se verifica é que, sob a ótica constitucional, o trabalho é a máxima da efetivação de uma existência digna. Não por outro motivo, o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal afirma que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (BRASIL, 1988).

Existe, portanto, clara necessidade de tipificação do crime de retenção dolosa do salário, conforme determinado pelo art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, sob pena de relegar ao ostracismo mais um importante direito assegurado ao trabalhador.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece proteção especial ao salário, por constituir importante verba alimentar do trabalhador. Outrossim, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017, alterada pela Medida Provisória nº 808/2017 - REVOGADA) promoveu alterações em leis infraconstitucionais, atingindo, no que interessou ao debate no presente artigo, o art. 7º, inciso X, da Constituição Federal. Viu-se que o art. 611-B, caput, c/c seu inciso VII, ambos da CLT, qualificam como ilícita a norma coletiva que dispõe contrariamente à proteção salarial e

à retenção dolosa. Diante disso, questionou-se acerca da possibilidade de o art. 611-B, inciso VII, da CLT ter inovado não só na legislação trabalhista, como também na seara penal, isto é, de acordo com as disposições do art. 611-B, da CLT c/c art. 7º, inciso X, da Constituição Federal, haveria o crime de retenção dolosa de salário *per si*?

Contudo, compreendeu-se que o Direito Penal está assentado no princípio da legalidade, assim sendo, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Dessa forma, ainda que a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017, alterada pela Medida Provisória nº 808/2017 – REVOGADA) tenha, de certa forma, regulamentado o direito constitucional do trabalhador, não trouxe a medida de criminalização à conduta de reter dolosamente o salário, justamente porque existe necessidade de lei específica.

Fato é que o art. 7º, inciso X, da Constituição Federal continua aguardando regulamentação pelo Congresso Nacional, e, ao que parece, pelo menos até o presente momento (junho de 2020), não houve interesse por parte dos parlamentares federais em fazê-lo. Em razão de tal inércia, o Projeto de Lei do Senado nº 415, de 2014, de autoria da Senadora Ana Rita, que objetiva a alteração do Código Penal, inserindo o art. 203-A, a fim de dispor sobre o crime de retenção indevida de salário, acabou sendo arquivado. Seria necessário pedido de desarquivamento por algum parlamentar, eleito na nova legislatura, para que a proposição volte a ser analisada.

Com efeito, sabido é que os direitos dos trabalhadores envolvem uma gama de proposições, seja por parte das grandes empresas, seja por intermédio dos sindicatos ou até mesmo da população trabalhadora. Dessa forma, para que o crime de retenção dolosa seja mesmo tipificado, há a necessidade do envolvimento de toda a classe, pressionando o Congresso Nacional para que o Projeto de Lei volte a tramitar nas duas Casas, merecendo solução de sanção presidencial.

Infelizmente, toda e qualquer política pública a favor do trabalhador no Brasil tende a ser morosa e, via de regra, à custa de outro direito do trabalhador. Mas se não houver pressão popular, continuaremos apenas com a tutela do TST, que, eventualmente, nos casos mais graves, entende por condenar o empregador a compensar os danos morais suportados pelo empregado, diante de sua conduta dolosa de reter o salário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. III. Parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. [Código Penal]. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [revogada em 24 de abril de 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 415, de 2014**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – para prever o crime de retenção indevida de salário. Brasília, DF: Senado Federal, [arquivado em 21 de dezembro de 2018].

BRASIL. Senado Federal. **Regimento interno do Senado Federal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1970. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/regimento-interno>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 177508 PB 2010/0118366-6**. Habeas Corpus. Impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. Apropriação indébita. Retenção de salários pelo empregador [...]. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF: 15 de agosto de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24135975/habeas-corpus-hc-177508-pb-2010-0118366-6-stj/inteiro-teor-24135976?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **Recurso de Revista 1596-87.2013.5.12.0039**. Recurso de revista 1-responsabilidade subsidiária. Ente público. Culpa in vigilando.

Não configurada. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes. Brasília, DF: 13 de setembro de 2017a. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/504940792/recurso-de-revista-rr-15968720135120039>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **Recurso de Revista 302-50.2015.5.12.0032**. Recurso de revista regido pela Lei 13.015/2014. Indenização por danos morais [...]. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes. Brasília, DF: 13 de setembro de 2017b. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514427165/recurso-de-revista-rr-3025020155120032?ref=serp>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista: Lei 13.467/2017 – o que mudou?** Comentários artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. v. II. Parte Especial. Artigos 121 a 212 do Código Penal.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**. Arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 7.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho**: concursos públicos. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Ed. Fac-similar. v. 2 Brasília, DF: Senado Federal, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496211>. Acesso em: 23 ago. 2019.

**TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO NAS
RELAÇÕES LABORAIS: um estudo
acerca da regulação do teletrabalho nas
legislações portuguesa e brasileira**

***INFORMATION TECHNOLOGIES IN LABOR
RELATIONS: a study on the regulation of
telework in Portuguese and Brazilian legislation***

Francisco Quintanilha Vêras Neto *

José Sarto Fulgêncio de Lima Filho **

Ana Larissa da Silva Brasil ***

RESUMO

O presente trabalho busca fazer um estudo sobre como as legislações portuguesa e brasileira têm regulado o teletrabalho, com o objetivo de verificar de que forma ambos os países têm lidado com a perspectiva de proteção ao trabalhador face às tendências de flexibilização da legislação trabalhista. Nesse sentido, os objetivos específicos são: compreender o contexto em que o teletrabalho se desenvolveu no mundo; traçar um panorama do tratamento conferido pela legislação portuguesa ao empregado no regime de teletrabalho; e, por fim, analisar como se deu o tratamento legislativo do Brasil acerca da mesma matéria. Para tanto, foi realizada pesquisa explicativa, de método de abordagem dedutivo e por meio de estudo histórico e da legislação comparada (cuja técnica de pesquisa foi a análise bibliográfica-documental). Ao final, observa-se

* Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: 2quintaveras@gmail.com.

** Professor do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA). Especialista em Direito Previdenciário e Trabalhista, especializando em Direito Constitucional e graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: sarto_filho@outlook.com.

*** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Paraíso do Ceará (FAP-CE) e graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: larissa.bras29@gmail.com.

que, muito embora o teletrabalho se desenvolva num contexto de flexibilização da legislação laboral, a legislação portuguesa confere maior proteção à condição do trabalhador em regime de teletrabalho, se comparada à legislação brasileira, apontando dispositivos que trazem maior segurança jurídica ao empregado.

PALAVRAS-CHAVE

Teletrabalho. Tecnologia da informação. Legislação comparada.

ABSTRACT

The present work seeks to make a study of how the Portuguese and Brazilian legislations have been regulating telework, with the objective of verifying how both countries have dealt with the perspective of worker protection, in view of the flexibilization tendencies of the labor legislation. In this sense, the specific objectives are to understand the context in which telework has developed in the world, to outline a general overview of the treatment given by Portuguese legislation to employees in the telework regime and, finally, to analyze how the legislative treatment of Brazil regarding of the same material. For this purpose, an explanatory research is carried out, using the deductive approach method, through a historical study and comparative legislation and using bibliographic-documental analysis as a research technique. In the end, what is observed is that, although telework develops in a context of flexible labor legislation, Portuguese legislation provides greater protection to the condition of workers in telework, when compared to Brazilian legislation, pointing out devices that bring greater legal security for the employee.

KEYWORDS

Telework. Information technology. Comparative law.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Aspectos históricos do desenvolvimento do teletrabalho no mundo;
 - 3 Disposições sobre o teletrabalho na legislação portuguesa;
 - 4 Tratamento do teletrabalho na legislação brasileira;
 - 5 Considerações finais;
- Referências

Data de submissão do artigo: 06/02/2020

Data de aprovação do artigo: 13/07/2020

1 INTRODUÇÃO

As constantes inovações tecnológicas, sobretudo as observadas após a segunda metade do século XX, têm trazido impactos sem precedentes no modo de ser das relações de caráter trabalhista. O teletrabalho, por exemplo, é uma das inovações que merecem destaque, pelo fato de trazer uma forma diferente de desempenho das atividades. Isso porque os impactos que a modalidade pode provocar na vida de empregados e empregadores apresentam aspectos convenientes e inconvenientes que necessitam de estudo pormenorizado, com o intuito de melhor adequar a legislação à realidade dessas relações.

De todo modo, tal regime de trabalho possibilita maior flexibilidade na forma de prestar serviços e, se não for regulado, poderá apresentar impactos negativos, sobretudo na vida do empregado. Em razão dessas potencialidades negativas, se faz necessária uma abordagem cautelosa que vise à preservação do princípio da proteção ao hipossuficiente, para não correr o risco de as inovações legislativas desnaturarem a essência do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, é importante salientar como alguns países têm abordado a questão no momento. Por essa razão, o presente artigo se propõe a fazer um estudo comparativo acerca das legislações portuguesa e brasileira e a sua abordagem quanto a essa matéria, ao considerar o já citado aspecto protetivo.

A comparação se deve especialmente ao fato de serem países que compartilham de tratamento recíproco. Justifica-se a abordagem também pelo fato de apresentarem elementos culturais em comum, decorrentes dos anos de colonização, como é o caso da língua e das tradições jurídicas.

Busca-se aqui tecer um breve histórico sobre o desenvolvimento do teletrabalho no mundo e o contexto em que surgiu. Em seguida, é abordado o tratamento legislativo conferido por Portugal à matéria, sob a perspectiva da proteção ao empregado. Por fim, é feito estudo acerca da forma como a legislação brasileira

abordou a disciplina, utilizando também da mesma perspectiva no entendimento da legislação lusitana.

O estudo qualitativo aqui realizado tem caráter explicativo e emprega como método de abordagem o dedutivo. São utilizados como procedimentos para esta pesquisa a análise histórica do desenvolvimento do teletrabalho e a investigação por meio do Direito Comparado. Como técnica de pesquisa, é realizada a análise bibliográfica-documental mediante leitura de disposições legislativas de ambos os países e de trabalhos acadêmicos de autores como Alvarenga, Antunes, Cassar, Dallegrave Neto, Delgado e Souto Maior.

Espera-se, com o presente estudo, apresentar relevantes contribuições na análise da temática advindas de comparação das maneiras como Brasil e Portugal tratam a modalidade laboral e de identificação de possíveis deficiências numa ou ambas as legislações. Com a compreensão dos diferentes tratamentos, é possível tecer um juízo crítico acerca dos impactos nos direitos do trabalhador e das possibilidades a serem adotadas para reduzir ou, pelo menos, amenizá-los.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO DO TELETRABALHO NO MUNDO

O teletrabalho constitui uma verdadeira inovação na forma do desempenho das atividades laborais, tendo em vista que sua principal característica é a possibilidade de o empregado realizar, em lugar diverso da empresa, serviços que inicialmente seriam realizados na sede do estabelecimento do empregador.

O desenvolvimento desse regime de desempenho das atividades laborais veio a acontecer na segunda metade do século XX e se aprofundou com a revolução tecnológica que caracteriza o século XXI. Potencializa, assim, a implementação dessa forma de trabalho, possibilitada em larga medida pelo avanço dos processos telemáticos.

Sobre a implantação, é possível delimitar pelo menos três etapas principais: a sua aparição, na década de 1960, da forma mais aproximada à conhecida atualmente; seu auge, na década de 1980; e sua difusão em massa, na década de 1990 (SIERRA BENÍTEZ, 2011).

Seus antecedentes, no entanto, remontam ao telégrafo sinaleiro de Claude Chappe, a partir de 4 de agosto de 1783, na França. Consistia num meio de estabelecer a comunicação das estações ferroviárias que ligavam Paris a Lille (FINCATO, 2016). Sobre o equipamento, é possível afirmar o seguinte:

[...] O princípio de funcionamento do telégrafo óptico era muito simples, sustentava-se sobre um mecanismo visível de longe, tendo sua vista facilitada pelo uso de lunetas bem como pelo emprego de um código de transmissão/decodificação. O sistema francês contava com uma série de torres, dispostas em sequência, da forma mais linear possível. Como cada torre era dotada de um telescópio, sinais emitidos em cada uma eram vistos com facilidade pelo operador da torre vizinha, que os retransmitia para a torre subsequente. Este tipo de sinalização baseava-se na experiência do telégrafo de semáforos, que ao longo das costas e junto aos portos noticiavam a chegada, largada ou localização de navios. Seu uso era puramente militar e pretendia ser um complemento do sistema defensivo contra ingleses e holandeses [...] (FINCATO, 2016, p. 369).

Consistia, portanto, no uso da tecnologia a fim de evitar o deslocamento do trabalhador para a transmissão da comunicação necessária. Ao facilitar o processo comunicativo, ampliava as possibilidades de comando dos superiores sobre os subordinados, motivo pelo qual é apontado como o primeiro antecedente do teletrabalho, tal qual é conhecido hoje.

Portanto, no século XVIII, a tecnologia foi utilizada como uma forma de diminuir as dificuldades decorrentes das longas distâncias e oportunizar maior flexibilidade no desempenho das atividades do operador do telégrafo, desenvolvido por Claude Chappe.

Já na segunda metade do século XX, os contornos assumidos pelo desenvolvimento de novos recursos tecnológicos foram delimitados com a finalidade de não somente facilitar o trabalho, mas, também, reduzir riscos e custos para o empregador para aumentar a produtividade de forma exponencial.

A explicação para esse fato se dá em razão das fortes transformações na estrutura do capitalismo após a Segunda Guerra Mundial. A então dominante indústria taylorista-fordista, caracterizada pela produção em caráter parcelar e seriado, passa a não conseguir atender às necessidades do capital. Isso, por sua vez, graças aos elevados custos com mão de obra e produtos não comercializados, o que possibilita a emergência de um cenário de crise decorrente de superprodução (ANTUNES; PINTO, 2017).

Nesse sentido, o toyotismo se caracterizou como o modelo produtivo que veio inaugurar uma nova forma de desenvolvimento do capital, caracterizada pela sua flexibilidade e pela busca de custos mínimos para a produção. Descrito em detalhes, pode-se afirmar que:

No toyotismo a produção é sob medida (*just-in-time*), de acordo com a demanda e exigências do consumidor. Não há sobra e, portanto, não há necessidade de estocagem, o que diminui custo. As empresas são horizontalizadas, terceirizando e subcontratando a maior quantidade possível de setores da produção (*"the small is beautiful"*). No toyotismo o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções simultaneamente. As tarefas múltiplas são também repetitivas, rápidas e ainda mais estressantes do que o fordismo, em face da maior responsabilidade e menor porosidade da jornada de trabalho [...] (DALLEGRAVE NETO, 2014, p. 9).

Os impactos dessa nova abordagem do sistema produtivo são avaliados pela emergência do setor de serviços e da atividade terciária, o que diminui a aglomeração de trabalhadores nas fábricas. A consequência desse processo é a exigência de que o

empregado apresente maior eficiência ao contribuir para a produção (SOUTO MAIOR, 2001).

Por outro lado, tal contexto exprime o subconsumo que decorre da diminuição do emprego e da remuneração salarial reduzida, devido também ao aumento da pressão do número de trabalhadores desempregados, atrelada à automatização do processo de produção e à consequente perda do poder de consumo da classe trabalhadora.

Esse fenômeno é catalisado também pela perda de poder de barganha dos trabalhadores devida à erosão do poder sindical, o que culmina num processo de recessão ampliada. Essa recessão destrói o poder de compra e fragiliza o mercado interno, e isso eleva a concentração de renda de setores econômicos privilegiados. Tal situação culmina num gotejamento da riqueza para cima, não para baixo, dentro dos processos reais de condensação econômica, como argumenta a teoria econômica dominante, com graves consequências na formação de oligarquias econômicas e na ampliação da desigualdade (BOGHOSIAN, 2020).

Os reflexos disso podem ser observados na mão de obra, que se torna descartável, especialmente em atividades mais sujeitas a processos de automatização. Também é possível observar uma tendência à concentração de riqueza dentro de um sistema modulado apenas por trocas econômicas.

Essa tendência assume proporção relevante na medida em que não se observa uma redução no processo de regulação estatal por políticas públicas que, ao menos, amenize nos processos econômicos convencionais que geram exclusão e pauperização da maioria da população.

Nesse momento histórico, se desenvolveram processos que alteraram as bases de produção e gerenciamento do capitalismo, como foi o caso do fordismo/taylorismo: o toyotismo, com sua produção enxuta; e a revolução eletrônica combinada com a globalização neoliberal. Com isso, observa-se a conexão de

novas formas de terceirização e subcontratação em escala global, alterando a divisão social do trabalho no capitalismo (VÉRAS NETO, 2008).

Na atualidade se desenvolvem novos fenômenos precarizadores, como a “uberização”. A reforma trabalhista trouxe processos de flexibilização que ocasionaram efeitos nocivos ao viés protetivo laboral até então consolidado na praxis jurídica estatal progressiva e na regulamentação normativa hegemônica, trazendo também o referendamento de novas modalidades laborais, como o teletrabalho.

Nesse contexto, o teletrabalho se desenvolve como uma orientação para redução de custos, dadas as suas inúmeras vantagens sob a ótica do empregador: redução dos riscos de acidente de trabalho, dos custos com a saúde e segurança do empregado e, até mesmo, dos gastos com a produção, como aqueles referentes a energia elétrica e transporte, entre outros. Da mesma forma, se apresenta como um atrativo sob a ótica do empregado, que frequentemente labora no ambiente de sua residência.

A utilização de recursos como *e-mail*, *WhatsApp*, *Skype* e outras ferramentas permite a comunicação, controle e fiscalização da atividade pelo empregador sem maiores dificuldades, ao passo que também permite ao empregado realizar sua atividade distante das exigências diretas da empresa.

Com essa maior flexibilidade da realização das atividades, em virtude de recursos como os citados, o empregador amplia o seu poder diretivo de forma sutil. O empregado, por sua vez, não sente impactos diretos, em virtude de tal ampliação ocorrer em ambiente de trabalho mais agradável do que o da empresa.

Tais efeitos já poderiam ser notados no final dos anos 1990, quando a medida ainda não se apresentava como uma tendência praticamente generalizada nas relações laborais, bem como foi possível observar que trabalhadores eram submetidos a uma intensificação maior do trabalho, muito embora os empregados

não sentissem que isso se devia a uma imposição de maiores serviços por parte do empregador (TREMBLAY, 2002).

Essas informações, portanto, permitem perceber que as vantagens trazidas a ambos os sujeitos da relação empregatícia apresentam inconvenientes relevantes sob a ótica do empregado, os quais merecem destaque antes da sua implantação à revelia de uma regulação adequada. O empregado submetido a esse regime de trabalho frequentemente corre o risco de ser submetido a jornadas extenuantes, suportar parte dos riscos da atividade econômica e sofrer com problemas de saúde, decorrentes de movimentos repetitivos e falta do convívio social, e ser vítima de violações ao seu direito à privacidade (ANTUNES, 2018).

Por essas razões, é forçoso concluir que o teletrabalho emerge num contexto de alteração de paradigmas que orientavam a forma de produção do capital e contribui para uma tendência de impactos relevantes na vida do empregado. Assim, com vistas a amenizar os impactos que esse regime pode trazer ao cotidiano do trabalhador, a legislação trabalhista deve assumir proteção de maior relevância nesse regime laboral.

3 DISPOSIÇÕES SOBRE O TELETRABALHO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Estabelecidas as noções preliminares acerca do contexto em que se desenvolve o teletrabalho, passa-se a analisar como a regulamentação da modalidade se deu na edição do Código do Trabalho português, sobre o qual serão tecidos alguns comentários adiante.

Inicialmente, cumpre salientar o comunicado publicado pela Comissão Europeia, em 16 de julho de 2002, em que se afirma ter sido assinado um acordo destinado a dar mais segurança aos teletrabalhadores assalariados na União Europeia, considerado à época um acordo histórico que marcou o começo da era do diálogo social europeu (COMISSÃO EUROPEIA, 2002).

O chamado Acordo Quadro Europeu foi assinado pelo *Council for European Studies* (CES), pela *Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe* (UNICE), *European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises* (UEAPME) e *European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services* (CEEP), tendo por finalidade definir o teletrabalho e estabelecer um quadro geral das condições de trabalho dos teletrabalhadores (COMISSÃO EUROPEIA, 2002).

O acordo veio somar esforços a estratégias delineadas anteriormente em pelo menos dois conselhos: o Conselho Europeu de Lisboa, ocorrido em março de 2000, que determinou as necessidades de flexibilidade e de segurança para trabalhadores e empregadores; e o Conselho Europeu de Laeken, em dezembro de 2001, que traçou as bases para o diálogo entre os parceiros sociais, sendo consolidado com o Acordo Quadro Europeu (COMISSÃO EUROPEIA, 2002).

Observa-se que o tema teletrabalho já era objeto de discussão na União Europeia. No entanto, ainda que o Acordo Quadro Europeu tenha promovido maior segurança aos teletrabalhadores e sido um documento base com regras gerais, há países participantes do bloco que ainda não possuem legislação específica acerca do assunto. Em contrapartida, há países, como Portugal, que internalizaram parte de seus dispositivos, especialmente no que tange ao teletrabalho subordinado.

A temática do teletrabalho foi inaugurada na legislação portuguesa em 2003, no Código do Trabalho, artigos 233 a 243, tendo como base o Acordo Quadro Europeu (MELO, 2018). A legislação atual, qual seja, a Lei nº 7/2009, denominada Código do Trabalho, dispõe sobre a matéria nos artigos 165 a 171, na seção que trata das modalidades de contrato de trabalho, e 218, nº 1, alínea “c”.

Nessa toada, os artigos levam em consideração os seguintes aspectos: conceito de teletrabalho; regime de contrato para a prestação subordinada; regime de contrato para empregado anteriormente vinculado ao empregador; igualdade de tratamento;

privacidade do trabalhador; participação e representação coletivas; e jornada de trabalho (PORTUGAL, 2009).

De acordo com a legislação portuguesa, teletrabalho consiste na “prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação” (PORTUGAL, 2009), não havendo, portanto, prestação de serviço autônomo unicamente pelo fato de realizar o serviço a distância das dependências do estabelecimento empresarial. Na realidade, essa é a posição já adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça português, conforme destacado a seguir:

I – Em face do multifacetado tipo relacional que o tecido social impõe, a distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço encontrará a sua pedra angular na subordinação jurídica, a recolher da análise dos diversos índices que normalmente coexistem mas que, no correspondente sopeso, alguns logram, em maior ou menor medida, sobrepor-se, a ponto de tornar possível ao intérprete e aplicador do direito uma adequada ilação quanto à prevalência de uns sobre os outros e, desta arte, a permitir concluir pela identificação ora de um contrato de trabalho, ora de um contrato de prestação de serviço (PORTUGAL, 2014).

As disposições legal e jurisprudencial merecem destaque, pelo fato de que conferem segurança jurídica às partes, especialmente ao empregado, uma vez que o teletrabalho tem sido usado como uma forma de flexibilização das relações empregatícias, estando situado nas chamadas “zonas fronteiriças” entre a relação de emprego e o trabalho autônomo (ALVARENGA, 2014).

No que tange à forma de contratação, o Código do Trabalho prevê no artigo 166, nº 5, que o contrato de teletrabalho deve ser escrito e conter: identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; descrição da atividade a ser desempenhada, com menção expressa ao regime de teletrabalho e a respectiva remuneração; informações sobre a jornada de trabalho; propriedade e custos referentes à aquisição, à manutenção e ao uso dos instrumentos

de trabalho; identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem este deve contatar no âmbito da prestação de trabalho (PORTUGAL, 2009).

Além das disposições descritas, o diploma legislativo coloca esse regime de trabalho como um direito do empregado em situações específicas, como são os casos do empregado vítima de violência doméstica e daquele que tem filho com idade inferior a 3 anos, como forma de encontrar um equilíbrio entre os interesses da empresa e do empregado, conforme disposto a seguir:

2 – Verificadas as condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º [hipóteses de transferência a pedido do empregado por motivos de violência doméstica], o trabalhador tem direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada.

3 – Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito (PORTUGAL, 2009).

Sobre a transferência para o regime de teletrabalho em caso de violência doméstica, há de se considerar que representa uma importante medida protetiva, pois garante que a vítima possa buscar a melhor forma de evasão do agressor sem necessariamente se afastar do trabalho.

Já quanto à mudança de regime quando o trabalhador tem filho menor de 3 anos, tal medida facilita o contato dos pais com a criança nos primeiros anos de vida. Assim, contribui para gerar melhores condições de desenvolvimento, sem que isso implique necessariamente afastamento do trabalho.

Além dessas hipóteses, a alteração contratual para o regime de teletrabalho também está prevista no artigo 167 do Código do Trabalho. Nesse caso específico, a contratação necessariamente

deve ser de caráter temporário, com duração não superior a 3 anos (PORTUGAL, 2009).

Outro ponto importante mencionado pela legislação é a disposição acerca da propriedade e custos referentes aos equipamentos de trabalho. A importância da disposição dessa matéria reside no fato de que consistem em elementos aptos a comprovarem a existência ou não de sensível dependência econômica e prestação de serviços em benefício de outrem, o que pode ser determinante para a comprovação da relação de emprego e a consequente necessidade de proteção pela legislação trabalhista (DALLEGRAVE NETO, 2014).

No caso em questão, não há que se questionar a existência da relação de emprego, posto que a legislação já reconheceu tal *status* ao teletrabalho. No entanto, a importância da discussão acerca da propriedade e custos dos equipamentos reside no fato de serem esses os fatores que demonstram ou não a existência de trabalho em condições precárias. Nesse sentido, dispõe o Código do Trabalho, em seu artigo 168:

1 – Na falta de estipulação no contrato, presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respetivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas.

2 – O trabalhador deve observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho que lhe forem disponibilizados.

3 – Salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar aos instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho (PORTUGAL, 2009).

Percebe-se que, reconhecidos os riscos e as dúvidas atinentes à propriedade e responsabilidade de custos pelos de equipamentos necessários ao desempenho das atividades do teletrabalho, a

legislação criou a presunção de pertencimento ao empregador, pessoa a quem compete assumir a responsabilidade pelos riscos do empreendimento econômico. Ao empregado, portanto, somente será cabível tal responsabilização em caso de ajuste escrito, oportunidade em que também lhe será possível dar uso diverso dos fins laborais aos equipamentos que tiver custeado ou de que for proprietário.

No artigo 169, a legislação portuguesa previu mecanismos que visam assegurar o tratamento igualitário do teletrabalhador aos demais que realizam suas atividades em regime presencial, sendo eles: igual condição de formação e promoção no trabalho; estabelecimento de limites do período normal laboral; segurança no trabalho e reparação de danos decorrentes de acidente e doença profissional. Não obstante, também previu a necessidade de formação adequada e a obrigatoriedade de o empregador evitar o isolamento do trabalhador mediante contatos regulares com a empresa e demais empregados (PORTUGAL, 2009).

Demonstra-se aqui que a legislação estabelece igualdade de condições entre os regimes presencial e de teletrabalho, princípio consagrado no Acordo Quadro Europeu, ao aplicar apenas alguns mecanismos com o intuito de corrigir desigualdades que eventualmente possam prejudicar o teletrabalhador, tais como o isolamento em relação às atividades da empresa e o desconhecimento quanto ao uso dos recursos tecnológicos necessários para o desempenho dos serviços a distância.

Finalizando o título relativo ao teletrabalho no Código do Trabalho, os artigos 170 e 171 abordam a privacidade do trabalhador e a forma como se dão participação e representação coletivas. Inicialmente, cumpre destacar o disposto no artigo 170, transcrito a seguir:

1 – O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.

2 – Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada.

3 – Constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo (PORTUGAL, 2009).

Trata-se aqui do respeito ao direito de desconexão, consistente no direito que todos os trabalhadores possuem de usufruir de descansos em relação ao seu trabalho diário, dentro ou após o término da jornada, de estar totalmente desvinculado das funções exercidas habitualmente (DUTRA; VILLATORE, 2014).

Tal posição se coaduna perfeitamente com a jurisprudência apresentada pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. De acordo com a posição da corte, o poder diretivo do empregador deve ser conciliado com os princípios garantísticos que visam salvaguardar a individualidade dos trabalhadores e conformar a ordem jurídica trabalhista em função dos princípios constitucionais (PORTUGAL, 2013).

Já com relação à participação e representação coletivas de trabalhador em regime de teletrabalho, a legislação assegurou a esses empregados: direito a integrar o número de trabalhadores da empresa para efeitos relativos a estruturas de representação coletivas, podendo participar delas; e direito de utilizar dos recursos tecnológicos necessários ao desempenho das funções para participar das reuniões, bem como de ter acesso às informações relativas aos interesses coletivos dos empregados por esses meios (PORTUGAL, 2009).

Frise-se que o Código do Trabalho de Portugal não trouxe disposições específicas que preveem a prevalência das normas coletivas sobre a lei quando estas disciplinarem matéria relativa a teletrabalho. Trata-se, portanto, de uma proposição da

legislação brasileira que não apresenta correspondente na legislação lusitana. A existência dessa disposição será analisada no tópico seguinte.

Por fim, cabe destacar que há uma disposição fora do título atinente ao teletrabalho que permite ao empregador exigir do teletrabalhador o desempenho de suas atividades sem controle de jornada. Trata-se da disposição contida no artigo 218, nº 1, alínea “c”, e para isso exige-se a celebração de acordo escrito (PORTUGAL, 2009).

Como se observa, a legislação não aponta disposições específicas acerca de responsabilidade por acidentes de trabalho, como acontece na legislação brasileira, a ser analisada mais adiante. Assim, na ausência de regramento específico nesse sentido, o tratamento relativo a esse aspecto da vida do empregado segue a regra geral de responsabilidade, prevista nos artigos 281 a 283 do Código do Trabalho de Portugal. Dessa forma, a responsabilidade por danos decorrentes de doenças profissionais é assumida pelo seguro social do país, enquanto aqueles decorrentes de assédio patronal são de responsabilidade do empregador (PORTUGAL, 2009).

Percebe-se que a legislação portuguesa reconhece os riscos oferecidos pela contratação em regime de teletrabalho, sobretudo para o empregado. Por essa razão, dispõe de mecanismos consideráveis para uma efetiva proteção do trabalhador contra as possíveis condições precárias que suas atividades venham acarretar.

4 TRATAMENTO DO TELETRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Feitas as considerações sobre o tratamento legislativo conferido por Portugal acerca do assunto, cumpre apresentar de que forma a legislação brasileira abordou a matéria, que somente veio a ser disciplinada após a sanção das Leis nºs 12.551 (BRASIL, 2011) e 13.467 (BRASIL, 2017).

A primeira legislação tem o mérito de alterar a redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e incluir um parágrafo único no mesmo artigo, de forma a equiparar, para todos os fins, o trabalho executado a distância ao desempenhado na sede da empresa. Destaca-se o dispositivo:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011) (BRASIL, 2011).

Como se percebe, a legislação contribuiu para a redução das obscuridades existentes acerca da forma como atividades em regime de teletrabalho devem ser abordadas sob o ponto de vista do Direito do Trabalho, recebendo, portanto, o mesmo tratamento jurídico das demais formas de relação empregatícia.

No entanto, foi a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) que assumiu maior relevância para a regulação da matéria pelo texto consolidado. Com a referida lei, foi incluído o Título II-A, que contém os artigos 75-A a 75-E, os quais versam de maneira exclusiva sobre o teletrabalho, bem como foram acrescentados mais dois dispositivos à legislação: o artigo 62, inciso III, e o artigo 611-A, inciso VIII. Nesse sentido, será abordado, inicialmente, o conteúdo do título específico sobre o regime laboral em estudo para, em seguida, serem abordadas demais proposições legais.

O artigo 75-A estabelece que o teletrabalho será regulado pelo Título II-A (BRASIL, 2017), demonstrando a excessiva cautela do legislador em esclarecer que o assunto é matéria específica, sobre a qual não se aplicam as disposições gerais do texto consolidado.

Adiante, o artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho vem estabelecer um conceito de teletrabalho, segundo o qual consiste na prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, em que há a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, as quais, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 2017). Esse conceito é criticado em função de criar uma distinção desnecessária entre “trabalho externo” e “teletrabalho”, uma vez que a noção deste está contida na daquele.

No entanto, é necessário esclarecer que tal distinção vem do interesse do legislador em retirar do teletrabalhador a proteção contida no artigo 62, I, da CLT, de forma que o empregado perca o direito a horas extras, intervalos intrajornadas e interjornadas, bem como adicional noturno (CASSAR, 2017). Isso porque o citado artigo elenca as hipóteses em que o empregado não é submetido ao controle de jornada de trabalho estabelecido pelo regime celetista. No caso do inciso I, somente aqueles trabalhadores externos, que estão impossibilitados de serem submetidos a controle de jornada, estão excluídos da proteção das normas relativas à duração do trabalho (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região tem defendido que o teletrabalho confere autonomia e liberdade ao empregado, para que ele consiga gerir seu horário de trabalho, não sendo possível que a empresa fixe horários (BRASIL, 2019).

Por outro lado, com a inclusão do inciso III no mesmo artigo, o teletrabalho passou a figurar entre as modalidades de labor excluídas do controle de jornada. Muito embora haja posições doutrinárias no sentido de que a presença neste artigo trata-se de uma mera presunção de impossibilidade do controle da duração do trabalho, o fato é que recai sobre o empregado o dever de comprovar não somente a realização de jornada superior à devida, mas, também, a possibilidade de o empregado monitorar o tempo de labor (DELGADO, 2016).

Quanto à forma de contratação, o artigo 75-C do texto consolidado passou a prever a forma escrita para a celebração de contrato de trabalho nesse regime, o que estabeleceu a possibilidade de alteração da modalidade presencial para teletrabalho mediante mútuo acordo ajustado em instrumento escrito. Quanto à alteração em sentido contrário, se faz necessária uma comunicação unilateral pelo empregador, no prazo mínimo de 15 dias, também sendo registrado o respectivo aditivo contratual (BRASIL, 1943).

Esse aspecto também é alvo de críticas, pois o texto acaba sendo confuso. Se há determinação unilateral por parte do empregador, por que se faz necessário o aditivo contratual? Na realidade, tal exigência termina por não surtir efeito jurídico, tendo em vista que é indiferente para a concretização da alteração (CASSAR, 2017).

Inclusive, é assim que se posiciona o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. De acordo com o órgão julgador, a determinação para o retorno às atividades presenciais está inserida no poder diretivo do empregador, sem necessidade de consentimento do empregado, conforme disposto no artigo 75-C. Dessa forma, não se trata de violação ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, consubstanciado no artigo 468 da CLT, uma vez que se trata de norma específica de teletrabalho (BRASIL, 2020).

Mais adiante, no artigo 75-D da CLT, é regulada a forma como o contrato deverá dispor acerca da propriedade e custeio dos equipamentos necessários ao desempenho das atividades a serem realizadas pelo empregado. Sobre esse ponto, a legislação estabelece ampla liberdade contratual para as partes:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2017).

Finalizando o título referente ao teletrabalho, o artigo 75-E vem estabelecer que o empregador deverá instruir os empregados de maneira expressa e ostensiva acerca dos cuidados necessários à prevenção de acidentes de trabalho, de modo que cabe ao trabalhador assinar um termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo polo patronal (BRASIL, 2017).

Em ambos os casos, é possível perceber uma forte tendência a responsabilizar o empregado pelos riscos do empreendimento econômico. Na primeira situação apontada pela legislação, isso decorre da possibilidade de o empregado ter que arcar com parte dos custos da atividade a ser exercida. Na segunda, ocorre uma verdadeira transferência da responsabilidade pelos acidentes de trabalho ao trabalhador. Sobre esse aspecto, cabe comentar o seguinte:

[...] a tese de que todos os acidentes tivessem como causa “ato inseguro” do empregado está superada faz muitos anos, impondo-se análise multifatorial para a compreensão dos acidentes e doenças a ele equiparadas; por exemplo, em caso de sobrecarga muscular pelo trabalho de digitação em domicílio – antigamente denominada tendinite – não é crível que se pense apenas em analisar o descuido do empregado quanto à postura; elementos relevantes como prazos para entrega dos trabalhos, nível de complexidade, ritmo exigido, número de toques necessários para dar cobro à demanda, forma de remuneração, metas impostas e vários outros assuntos correlatos deverão ser levados em consideração (SILVA, 2017, p. 56).

Além das disposições contidas no Título II-A da CLT, bem como no artigo 62, inciso III, do mesmo diploma, é necessário comentar que a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) também incluiu no texto celetista o artigo 611, inciso VIII, segundo o qual as disposições

atinentes aos regimes de teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente prevalecem sobre o disposto em lei, quando presentes em acordos e convenções coletivas (BRASIL, 1943).

Trata-se de medida que tende a criar ainda mais flexibilidade e precarização das condições de trabalho desses empregados, tendo em vista que, inobstante às disposições com pouco caráter protetivo ao trabalhador, como visto, vem contribuir ainda mais para reduzir as limitações contidas na CLT.

Assim sendo, percebe-se que, em linhas gerais, as disposições contidas na legislação brasileira acerca do teletrabalho tenderam a reduzir a proteção das normas de Direito do Trabalho e a contribuir para o desenvolvimento de uma relação de emprego precária e que apresenta poucas garantias ao trabalhador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, foi possível perceber que o teletrabalho é fruto de uma lógica de produção flexível, oriundo do toyotismo e das diversas consequências trazidas por esse modelo produtivo ao modo de ser das relações empregatícias. A título de exemplo, pode-se citar: a ascensão do setor de serviços, explosão do uso de recursos de tecnologia da informação e elevação da concorrência por vagas de trabalho, o que torna o trabalhador cada vez mais refém das condições laborais impostas pelo mercado.

Sob esse ponto de vista, a legislação trabalhista portuguesa apresenta disposições que, de modo geral, reconhecem a realidade do teletrabalho como uma necessidade trazida para o desempenho das atividades profissionais. No entanto, os comandos legais enfatizam que a proteção às condições mínimas e razoáveis de trabalho é necessária para preservação da própria lógica do mercado.

A garantia de direitos básicos, como o direito à desconexão, à alteridade – não assunção dos riscos da atividade econômica por parte do empregado –, à participação em entidades representativas dos direitos do trabalhador, entre outros, é preservada, muito

embora se perceba que o Código do Trabalho, excepcionalmente, chega a admitir hipóteses de ausência de controle de jornada ou de que o empregado arque com parte dos custos da produção.

No entanto, a situação trazida pela legislação brasileira representa um contexto bastante diferente acerca do tratamento a ser dispensado ao empregado. Isso porque, quando as regulações não se apresentaram como disciplinamento sutil nas relações, trouxeram disposições que concediam ampla liberdade às partes, desconsiderando totalmente os aspectos referentes à proteção do trabalhador.

Com a sanção da Lei nº 12.551 (BRASIL, 2011), muito embora as disposições tenham passado a ter mais clareza acerca da ausência de distinção entre a proteção conferida aos trabalhadores em regime presencial e aos teletrabalhadores, é importante ressaltar que muitos aspectos da contratação ficaram obscuros, tais como: forma de contratação; controle da jornada de trabalho; alteração de regime contratual; propriedade; e custeio dos equipamentos, entre outros.

Por outro lado, apesar de ter disposto sobre vários desses aspectos, a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017) trouxe comandos pouco protetivos e que enfatizam de maneira excessiva a liberdade contratual, o que pode favorecer a precarização das condições de trabalho ao viabilizar a assunção de riscos da atividade empregatícia e jornadas de trabalho prolongadas.

Destaca-se que, em relação à legislação brasileira, a norma portuguesa é anterior e oferecia, em seu bojo, proteção mais coesa ao teletrabalhador. Mesmo diante do modelo proposto pelo legislador lusitano, tal não foi o caminho adotado na legislação brasileira, tendo optado por um regime que privilegia a ampla liberdade contratual em detrimento da proteção ao empregado.

Dessa forma, constata-se que a legislação brasileira adotou um regime de trabalho que dispõe de forma tímida acerca da proteção individual do trabalhador, tendo em vista as hipóteses de

riscos da atividade econômica e de trabalho em jornada exaustiva. A lógica de proteção, portanto, passa a ceder espaço para as possibilidades de flexibilização das condições de trabalho.

É perceptível, diante do exposto, que a adoção de um caminho legislativo menos oneroso ao trabalhador no Brasil é possível sem que isso implique onerosidade excessiva dos custos econômicos da atividade empresarial. A implementação de condições mínimas razoáveis de trabalho, como é o caso da limitação da jornada de trabalho e da manutenção do custeio dos equipamentos pelo empregador, mostra-se como opção possível para existência na legislação brasileira e reflete caminhos já adotados no exterior como agentes limitadores da construção de formas precárias de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O teletrabalho e a subordinação estrutural. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 71-84, set. 2014. Disponível em: https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24246/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28SET%202014%20-%20n%C2%BA%2033%20-%20Teletrabalho%29.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.
- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. Boitempo: São Paulo, 2018.
- ANTUNES, Ricardo; PINTO, Geraldo Augusto. **A fábrica da educação**: da especialização taylorista à flexibilização toyotista. São Paulo: Cortez, 2017. (Questões da nossa época, v. 58).
- BOGHOSIAN, Bruce M. O cassino inevitável. **Scientific American Brasil**, São Paulo, v. 18, n. 203, p. 26-33, jan. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência

da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL . Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011.

Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL . Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943[...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/L13467.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário 1000100-07.2019.5.02.0384. Teletrabalho. Retorno ao regime presencial. Poder diretivo do empregador. Relatora: Ivete Bernardes Vieira de Souza. **Diário Oficial da União**, São Paulo, 6 mar. 2020. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta011&docId=1a5fe82c0b-43f104dc2d1d4bb7fa8f85663aeea7&fieldName=ementa&extension=html#q=>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário 0001186-45.2012.5.04.0020. Trabalho Externo. Teletrabalho. Atividade incompatível com a fixação de horários de trabalho. Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. **Diário Oficial da União**, Porto Alegre, 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/qBuSxXZ2ITvshwyjioKDmw?>. Acesso em: 23 maio 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Teletrabalho**: no entender da Comissão, o novo acordo constitui uma boa notícia para os trabalhadores e para as empresas. Bruxelas, 16 jul. 2002. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_02_1057. Acesso em: 21 abr. 2020.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 8-27, set. 2014. Disponível em: https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24246/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28SET%202014%20-%20n%C2%BA%2033%20-%20Teletrabalho%29.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.

DELGADO. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DUTRA, Silvia Regina Bandeira; VILLATORE, Marco Antônio César. Teletrabalho e o direito à desconexão. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 33, p. 142-149, set. 2014. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

FINCATO, Denise. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 2, p. 365-396, mar./abr. 2016. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

MELO, Marcella Alves de. **Teletrabalho**: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho. 2018. 60 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2018.

Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_doc_id=180469. Acesso em: 21 abr. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009**. Código do Trabalho. Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em: <http://www.act.gov.pt/%28pt-PT%29/Legislacao/Codigodotrabalhoatualizado/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Meios de prova. Vigilância à distância. Direitos de personalidade. Reserva da vida privada. Motorista. Justa causa de despedimento. 73/12.3TTVNF.P1.S1. Relator: Mário Belo Morgado. **Bases Jurídico-Documentais**, Lisboa, 13 nov. 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e32eab3444364cb980257c2300331c47?OpenDocument&Highlight=0>. Acesso em: 23 maio 2020.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Contrato de trabalho. Contrato de prestação de serviço. Perito. 3813/05.3TTLSB.L3.S1. Relator: Melo Lima. **Bases Jurídico-Documentais**, Lisboa, 12 fev. 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dea45979d8620bc-180257c7d005cabe3?OpenDocument&Highlight=0,teletrabalho>. Acesso em: 23 maio 2020.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. **El contenido de la relación laboral en el teletrabajo**. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: análise da Lei 13.467/2017: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Modernidade e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 67, n. 1, p. 153-159, jan./mar. 2001. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52486/008_

souto_maior.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 jun. 2020.

TREMBLAY, Diane-Gabrielle. Organização e satisfação no contexto do teletrabalho. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 54-65, jul./set. 2002. Disponível em: <https://rae.fgv.br/rae/vol42-num3-2002/organizacao-satisfacao-no-contexto-teletrabalho>. Acesso em: 18 jun. 2020.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Análise crítica da globalização neoliberal**. Curitiba: Juruá, 2008.

O TELETRABALHO E A LIMITAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEM FIM:

a utilização das legislações portuguesa
e francesa para colmatar as lacunas
normativas e ontológicas da CLT

THE TELEWORKING AND THE LIMITATION OF THE EXPLORATION OF WORK WITHOUT END:

*the use of Portuguese and French legislation to
fill the normative and ontological gaps of the CLT*

Adriano Marcos Soriano Lopes*
Solainy Beltrão dos Santos**

RESUMO

O teletrabalho é uma inovação legislativa decorrente da interferência das transformações tecnológicas nas relações de trabalho, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida laboral dos trabalhadores e, por corolário, da qualidade de vida destes. O presente estudo visa ao exame do teletrabalho no Brasil a fim de verificar o alcance da mencionada finalidade. Para tanto, a partir do método dedutivo, será discutida a evolução legislativa pátria desde os primeiros tratamentos até a promulgação da Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), que regulamentou de forma específica o instituto, comparando-se com a legislação existente em outros países. Também será abordado o direito à desconexão do teletrabalhador, mormente o tratamento doutrinário e a legislação estrangeira, bem como a aplicação do Direito Comparado, com o intuito de colmatar as lacunas normativas e ontológicas existentes na CLT quanto ao cumprimento da finalidade principal do teletrabalho, dando-se ênfase às legislações portuguesa e francesa.

* Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. E-mail: amslopes@trt3.jus.br.

** Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela Universidade Anhanguera – Uniderp. E-mail: solainy@trt3.jus.br.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do trabalho. Direito comparado. Teletrabalho. Reforma trabalhista. Direito à desconexão.

ABSTRACT

Teleworking is a legislative innovation resulting from the interference of technological transformations in labor relations, which aim the improvement of living conditions of workers and, by consequence, their quality of life. The present study aims at examining teleworking in Brazil in order to ascertain the mentioned scope. To this end, from the deductive method will be treated the brazilian legislative evolution since the first few treatments until the enactment of Law n. 13.467 (BRASIL, 2017), which regulated the institute in a specific way, comparing it with the existing legislation in other countries. The right to disconnect the teleworker will also be addressed, particularly the treatment of legal doctrine and the foreign legislation, as well as the enforcement Comparative Law in order to fill in legal and ontological gaps existing in the CLT regarding the fulfillment of the main purpose of teleworking, emphasizing Portuguese and French legislation.

KEYWORDS

Labor Law. Comparative law. Teleworking. Labor reform. Right to disconnect

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Do teletrabalho: conceito e regulamentação;
 - 3 Do direito à desconexão e a tutela dos direitos fundamentais do teletrabalhador: um destaque ao Direito Comparado;
 - 4 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 05/02/2020

Data de aprovação do artigo: 22/06/2020

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico exigiu novas formas de adequação da atividade laboral pelo homem moderno, o que flexibilizou o modo tradicional de prestação de serviços dentro da empresa.

O teletrabalho surgiu como resposta a essa inovação, na medida em que a prestação de serviços ocorre fora das dependências do empregador e tem por finalidade a melhoria das condições de vida laboral do trabalhador ao permitir maior flexibilidade nos horários de trabalho, melhor organização de sua vida e de projetos pessoais e programação da convivência com seus entes – o que, em suma, possibilita maior qualidade de vida ao empregado.

O presente trabalho visa elucidar se o teletrabalho regulamentado no Brasil cumpre a mencionada finalidade do instituto e as formas de se alcançar esse desiderato.

Cabe registrar que a CLT preceitua expressamente como método de supressão de lacuna normativa a aplicação do Direito Comparado¹ que, na temática em estudo, mostra-se imperiosa. A partir do método dedutivo, a primeira parte deste estudo per vagará a regulamentação do teletrabalho no Brasil, observando a evolução legislativa pátria, desde a origem até a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), e comparando-a com as disposições das legislações estrangeiras, mormente o Direito do Trabalho português, fonte inspiradora da legislação brasileira, bem como fonte de supressão de lacuna quanto à matéria.

Na sequência, considerando que o teletrabalho exige estar em constante conexão com o empregador em decorrência dos meios telemáticos de comunicação, a segunda parte, observando o mesmo método, tratará do direito à desconexão do teletrabalhador, ainda não normatizado pela ordem jurídica pátria, mas estudado pela doutrina. Nesse contexto, o Direito do Trabalho francês, que regulamentou o direito à desconexão de forma clara, será abordado como fonte de colmatação dessa lacuna.

¹ O artigo 8º da CLT preceitua: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943).

Destaca-se a grande relevância do estudo do teletrabalho, na medida em que, como marco mais evidente das ingerências da nova fronteira tecnológica no mercado de trabalho, enseja demasiados conflitos nas relações laborais, o que demonstra a sensibilidade da temática, não se podendo perder de vista a garantia da melhoria das condições de vida e de vida laboral dos trabalhadores.

2 DO TELETRABALHO: conceito e regulamentação

A expressão “teletrabalho” foi criada em 1976 por Jack Niles, na obra *The Telecommunications Transportation Trade-Off*, definindo-a como o “processo de levar o trabalho aos funcionários em vez de levar estes ao trabalho” (MELLO, 1999, p. 07).

A regulamentação do trabalho a distância é uma inovação na legislação pátria pós-reformas na CLT. Contudo, “há muito temos a figura dos empregados em sobreaviso” (PITEL, 2019, p. 39), o que quer significar que a previsão dessa modalidade de trabalho no ordenamento brasileiro já encontrava tímidas nuances no art. 244, §2º, da Consolidação, quando tratou dos ferroviários que permanecem em sua própria casa aguardando chamado para o trabalho e cujas horas de espera lhes conferem direito a acréscimo salarial². Noutra banda, a evolução dos meios telemáticos não mais exige a fixação do trabalhador em um determinado local onde ele aguarde o chamado do credor da sua prestação laboral. Hoje, com o acesso amplo à internet, aos aplicativos e às redes sociais, o trabalhador pode prestar o seu labor de qualquer lugar, inclusive de continente diverso onde se situa o empregador, o que revela uma maior maleabilidade das condições de trabalho.

² O artigo 244, §2º, da CLT dispõe: §2º Considera-se de “sobre-aviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobre-aviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de “sobre-aviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal (BRASIL, 1943).

O espírito do teletrabalho, portanto, é nitidamente melhorar as condições de trabalho do empregado, permitindo uma maior qualidade de vida em face da flexibilidade no horário, podendo o trabalhador organizar melhor sua vida e seus projetos pessoais, além de programar a convivência com seus entes.

Tais fatores reclamaram, ao longo dos anos, a regulação do instituto de forma a assegurar, para os sujeitos da relação laboral, seus direitos e deveres. Em razão disso, a Lei nº 12.551 (BRASIL, 2011) inseriu na CLT a previsão do trabalho a distância³ e, em atenção às mudanças trazidas pela inserção do legislador, o C. TST editou a Súmula 428 visando assentar o entendimento sobre a questão do sobreaviso⁴.

Outrossim, somente com a Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), o legislador inseriu na CLT a regulamentação do teletrabalho (arts. 75-A a 75-E), adicionando, na seção II, o inciso III no art. 62 para versar que os teletrabalhadores não estão sujeitos a controle de jornada.

É assim que, com evidente influência do Código de Trabalho de Portugal (PORTUGAL, 2009), o legislador pátrio passou a conceituar e trazer as características do teletrabalho.

³ O artigo 6º e seu parágrafo único dispõem: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL, 2011).

⁴ Súmula 428 do C. TST: SOBREAUIO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (BRASIL, 2012).

No art. 75-B da CLT (BRASIL, 2017), o legislador nacional dispôs que o teletrabalho é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, o que, como no Direito português, não impede que o teletrabalhador possa também prestar parte de seus serviços na sede da empresa.

Nesse mesmo artigo houve o destaque de que o teletrabalho resta configurado quando as partes optam por essa modalidade de exercício de prestação de serviços, o que o distingue do trabalho externo em que os trabalhadores, por natureza, têm o exercício da atividade fora do domicílio do empregador.

Além disso, como na legislação alienígena mencionada, o teletrabalho não necessariamente precisa ser realizado no domicílio do empregado, bastando que ocorra fora das dependências do empregador.

Na sequência, o art. 75-C da CLT (BRASIL, 2017) dispõe condição indispensável para a validade do teletrabalho, qual seja, disposição expressa no contrato individual de trabalho (*caput* do mencionado artigo), bem como cláusula que autoriza a alteração de regime presencial para teletrabalho, por acordo entre as partes, em aditivo contratual (§1º).

Nesse último aspecto, a alteração legislativa não cuidou de incorporar a disposição do Código Lusitano que dispôs que o trabalhador com filho com idade de até três anos ou quando vítima de violência doméstica tem o direito a passar a exercer teletrabalho, desde que a atividade seja compatível com a atividade desempenhada e haja recursos patronais para tanto (art. 166, itens 2 a 4, c/c art. 195 do Código de Trabalho Português) (PORTUGAL, 2009).

Sob esse prisma, pontua-se a importância da utilização do Direito Comparado português para que, em casos como o versado ou similares, em atenção à dignidade do empregado e à própria função social da empresa, se possa colmatar a lacuna legislativa e permitir que, excepcionalmente, o empregado altere

a forma de trabalho independentemente do aditivo exigido em lei ou da concordância do empregador quando, para assegurar condições de vida digna, o caso concreto o exigir.

Em seguida, o §2º do art. 75-C da CLT (BRASIL, 2017) permitiu, com base no *jus variandi* do empregador, que ele possa reverter o teletrabalho para trabalho presencial quando lhe aprouver, mediante aditivo contratual, impondo a sua vontade ao empregado, devendo fazê-lo por escrito, o que, inclusive, assemelha-se à previsão do art. 166, item 6 do Código Português, que preceitua que:

O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, mediante acordo escrito com o empregador (PORTUGAL, 2009).

O art. 75-D da CLT (BRASIL, 2017) trouxe a questão da responsabilidade pelos equipamentos e das regras de reembolso de despesas que devem ser previstas em contrato escrito. A dicção basicamente repete o disposto no Código Português, que prevê no art. 166, item 5, alínea “e” que o contrato de teletrabalho escrito deve conter:

Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respectiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização (PORTUGAL, 2009).

Além disso, novamente ante a lacuna normativa quanto à ausência de previsão no contrato de trabalho, relevante a utilização do Direito Comparado português, que prevê uma presunção favorável ao empregado ante a ausência de contrato escrito ao dispor, no art. 168 da Lei nº 7/2009, que:

[...] presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respectivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas (PORTUGAL, 2009).

O art. 75-E da CLT (BRASIL, 2017) versa sobre a instrução do empregador quanto às precauções para evitar acidentes e doenças de trabalho, devendo o empregado assinar termo de responsabilidade para seguir ditas instruções.

Assinando o compromisso de cumprir e seguir as instruções patronais sobre os riscos à saúde no teletrabalho, o empregado estaria, segundo a manifesta intenção legislativa de precarização laboral, isentando o empregador dos infortúnios laborais.

Na contramão do Direito português, que se preocupou não somente em regular o teletrabalho e trazer os requisitos formais para essa modalidade contratual, mas em tutelar a saúde, a segurança, a privacidade e até mesmo a felicidade do trabalhador, ao trazer expressamente em sua legislação a previsão de se evitar o “isolamento do trabalhador” (art. 169, item 3), de se (art. 170, item 1)

[...] respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico (PORTUGAL, 2009),

o legislador pátrio apenas se preocupou com a culpabilização do obreiro.

Nesse cenário, considerando que no ordenamento interno a empresa é responsável pela adoção e o uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, além da manutenção do meio ambiente de trabalho sadio de forma a reduzir os riscos inerentes ao trabalho, salienta-se que caberá à empregadora adotar todas as medidas necessárias para evitar acidentes de trabalho e lesões ao trabalhador, ainda que se trate de prestação de serviços em local diverso ao que a atividade é normalmente exercida.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação do art. 75-E da CLT (BRASIL, 2017) é relevante porque seus contornos esbarram no direito à desconexão do trabalho e na garantia aos direitos

fundamentais essenciais a uma sadia qualidade vida. Tal legislação pode se revelar ainda mais danosa ante o fato de que o legislador reformista retirou dos teletrabalhadores o direito ao controle de jornada (art. 62, III, da CLT), o que pode vir a fomentar o uso abusivo da força de trabalho do teletrabalhador por meio de uma imposição de conexão sem fim com o empregador.

3 DO DIREITO À DESCONEXÃO E DA TUTELA A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TELETRABALHADOR: um destaque ao direito comparado

No ordenamento pátrio a dignidade humana possui *status* de valor supremo e de fundamento da República Federativa, sendo norte axiológico que informa e orienta a interpretação e a aplicação de todo nosso sistema jurídico. É ainda um atributo irrenunciável e inalienável, intrínseco ao ser humano e que não pode dele ser retirado.

Nessa ordem de ideias, o respeito aos direitos mínimos do ser humano, enquanto trabalhador, é manifestação da chamada eficácia horizontal e diagonal dos direitos fundamentais. A tutela da dignidade do trabalhador vai ao encontro do ideário kantiano de que a dignidade não tem preço, e converge ainda para a ideia propagada na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (ORGANIZAÇÃO, 2007) como princípio fundamental de que o “trabalho não é uma mercadoria”.

Outrossim, a busca pelo lucro desmedido gerou, ao longo da história, a coisificação do trabalhador. Escravizou-se o outro por sua condição social, pelo sexo e, mais pejorativamente, por sua raça ou cor de pele e, mesmo em tempos de neoconstitucionalismo, em que todo o ordenamento jurídico é interpretado à luz da Constituição, ainda são habituais as práticas de redução de trabalhadores a condições análogas às de escravo, embora sob novas e modernas roupagens.

No âmbito da temática do teletrabalho, o uso abusivo e excessivo dos meios telemáticos e a ausência de controle de jornada

propagada pela inserção do inciso III, no art. 62 da CLT (BRASIL, 2017) podem levar a uma novel forma de escravidão do empregado, ante a prática de labor em jornada extenuante, ao arrepio dos valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dentre tais valores, impende o destaque ao direito social ao lazer insculpido no *caput* do art. 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988). Nas lições de José Afonso da Silva sobre lazer e recreação,

sua natureza social decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado (SILVA, 2007, p.186-187).

Alexandre de Moraes (1999, p.186), no mesmo sentido, afirma “que os direitos sociais têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social”.

Em idêntico prisma, Ingo Wolfgang Sarlet refere-se:

aos direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados), já que pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial (SARLET, 2012, p. 215).

Assim, o direito ao lazer pressupõe um tempo destinado ao descanso do trabalhador para práticas de atividades pessoais, sociais e culturais, e sua tutela transcende o ordenamento nacional, já que ainda encontra previsão do art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao dispor que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas” (ORGANIZAÇÃO, 1948).

Não se olvide ainda do direito à convivência familiar do trabalhador, segundo o qual todo homem necessita conviver com

sua família para seu pleno desenvolvimento enquanto detentor de dignidade humana.

Outrossim, impende ressaltar que a duração da jornada de trabalho tem fundamentos pautados em regras de medicina e segurança do trabalho e envolve fatores biológicos (evitar estresse, preservar a saúde psíquica e física do trabalhador), sociais (permitir que haja tempo para usufruir de outros direitos sociais assegurados constitucionalmente) e econômicos (o trabalhador cansado não gera lucros ao seu patrão) e, por isso, trata-se de norma imperativa e de ordem pública que não pode ser renunciada.

A importância da limitação de jornada é tamanha que esta foi elevada a garantia fundamental de natureza social pelo constituinte originário, ao dispor no art. 7º, XIII, da CRFB que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 1988, art. 7º, XIII).

A relevância da limitação da jornada favorece, portanto, empregado e empregador, pois quanto melhores forem as condições de trabalho, maior será a produtividade e o rendimento do empregado, gerando vantagens também para a empresa. Como nos dizeres de Aristóteles, “o prazer no trabalho aperfeiçoa a obra” (GUIMARÃES; GRUBITS, 2004, p. 59).

Ademais, a jornada de trabalho excessiva prejudica o gozo do direito ao lazer que, como versado, constitui um direito fundamental de natureza social ligado à personalidade do trabalhador, pois seu desrespeito prejudica o descanso e o convívio familiar, gerando consequências indelévels e devastadoras que podem implicar em violação física e mental do indivíduo.

Nessa toada, a jornada de trabalho extenuante decorrente da conexão permanente entre empregado e empregador pode ir de

encontro à finalidade do teletrabalho, que é a melhoria da qualidade de vida do empregado.

Daí entra em cena a tutela da dignidade do trabalhador por meio de seu direito à desconexão ou a pôr um fim, em um determinado momento, à sua prestação de serviços, direito este tutelado expressamente em leis trabalhistas estrangeiras, mas sem amparo legal nas leis pátrias.

Por esse motivo, Jorge Luiz Souto Maior defende que:

O direito à desconexão deveria ser um direito, uma garantia assegurada a todos os trabalhadores e com maior razão aos teletrabalhadores, pela característica peculiar desta modalidade. Desta forma, estaríamos viabilizando a implantação e o desenvolvimento do teletrabalho no nosso ordenamento jurídico. Assim, o respeito a esses descansos, o direito do trabalhador de permanecer "desconectado" do trabalho e a não exigência de labor nos períodos de lazer é fundamental para a saúde do trabalhador, assim como para a relação empregatícia, visto que é por meio do trabalho, do esforço humano, que se constrói riquezas e desenvolve a atividade empresarial no mercado econômico (SOUTO MAIOR, 2003, p. 297).

No mesmo sentido, Sandro Nahmias Melo discorre que:

Aquele que atua em regime de teletrabalho, pelas peculiaridades de sua atividade, demanda limites claros para o tempo – virtualmente – à disposição do seu empregador, sob pena de ver afetada sua sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho. Note-se que o direito ao repouso e ao lazer são assegurados pela Constituição da República. Neste sentido, entende-se que o teletrabalhador, em especial, tem direito à desconexão.

O direito à desconexão do ambiente de trabalho é inerente a todo e qualquer empregado e consiste no “desligamento”, na desconexão, como o próprio nome sugere, tanto físico ou mental, do empregado ao ambiente em que trabalha.

O direito à desconexão é antes de tudo fator de resgate da natureza humana que na era da conexão em tempo integral encontra-se comprometida pelo uso indiscriminado no ambiente laboral das ferramentas telemáticas.

O descanso e o direito a desligar-se do trabalho apresentam-se essenciais ao bem-estar físico e mental do trabalhador, importando em sua qualidade de vida e saúde, sendo essencial até mesmo a sua produtividade, importando na defesa de vários direitos constitucionais conexos, como o direito à saúde, ao lazer e ao meio ambiente sadio (MELO, 2007, p. 80).

Nessa órbita, da análise da disposição contida no art. 62, III, da CLT (BRASIL, 2017), observa-se grave desproteção ao trabalhador, que não deve se revestir de caráter absoluto, na medida em que, se o empregador possuir algum meio de controlar o empregado e sua jornada de trabalho, serão devidas horas extras, não se podendo admitir que a modalidade de exercício de trabalho seja, apenas, forma de escamotear o direito às horas extras com uma exploração da força de trabalho de forma abusiva, excessiva e injusta.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, no aspecto, sustentam que:

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

Trata-se, naturalmente, de presunção relativa- que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 381).

Tal presunção, ainda, demonstra a tutela ao direito a um trabalho decente. Nas lições de José Cláudio Monteiro de Brito Filho

(2013, p. 52), são direitos mínimos do homem-trabalhador, dentre outros, “os direitos às justas condições de trabalho, principalmente da jornada de trabalho e existência de períodos de repouso”.

Dessa forma, sendo o controle de jornada um direito do empregado, havendo poderio patronal sobre a jornada do seu teletrabalhador, impera o afastamento do art. 62, III, da CLT (BRASIL, 2017) com a submissão desse empregado ao regime constitucional que é a regra.

A fonte de inspiração da regulamentação do teletrabalho no ordenamento pátrio também traz a previsão de exclusão dos teletrabalhadores ao regime de controle de jornada. Todavia, o legislador português, de forma mais prudente, expressamente previu o acordo escrito entre as partes para isentar o trabalhador do registro de ponto ao dispor, no art. 218, “c”, que:

1 - Por acordo escrito, pode ser isento de horário de trabalho o trabalhador que se encontre numa das seguintes situações: c) Teletrabalho e outros casos de exercício regular de actividade fora do estabelecimento, sem controle imediato por superior hierárquico (PORTUGAL, 2009).

Nesse particular é mister destacar que não somente o legislador pátrio previu a isenção de horas extras ao teletrabalhador. O Código de Trabalho Chileno, por exemplo, expressamente dispõe no art. 22 que:

La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales. Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus

*funciones en el local del establecimiento. También que darán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras. **Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.** La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo⁵. (CHILE, 2002, grifo nosso).*

Nota-se, outrossim, que apesar da previsão da isenção de controle de jornada do teletrabalhador não ser uma realidade apenas nacional, o legislador português, por exemplo, teve o cuidado de tutelar a igualdade de tratamento entre o teletrabalhador e o trabalhador comum (art. 169); preocupou-se com a saúde psíquica

⁵ Tradução livre: A duração do dia útil normal não deve exceder quarenta e cinco horas por semana. Os trabalhadores que prestam serviços a diferentes empregadores serão excluídos da limitação da jornada de trabalho; gerentes, administradores, com poderes administrativos e todos aqueles que trabalham sem supervisão superior imediata; os contratados de acordo com este Código para prestar serviços em sua própria casa ou em um local escolhido livremente por eles; agentes de comissões e agentes de seguros, vendedores ambulantes, colecionadores e outros semelhantes que não exercem suas funções nas instalações do estabelecimento. Também isso será excluído da limitação do horário de trabalho dos trabalhadores que trabalham a bordo de navios de pesca. Da mesma forma, os trabalhadores contratados para prestar seus serviços preferencialmente fora do local ou local de operação da empresa, através do uso de computadores ou meios de telecomunicações, são excluídos da limitação da jornada de trabalho. O dia útil dos atletas profissionais e dos trabalhadores que realizam atividades correlatas serão organizados pelo órgão técnico e pela entidade esportiva profissional correspondente, de acordo com a natureza da atividade esportiva e limites compatíveis com a saúde dos atletas, e o que é estabelecido no inciso primeiro deste artigo não se aplicará a eles.

do trabalhador ao trazer expressamente o dever de o empregador evitar o isolamento do teletrabalhador (art. 169, item 3) e assegurar sua privacidade e os tempos de descanso e de repouso (art.170) (PORTUGAL, 2009).

Nesse espírito, Manoel Carlos Toledo Filho (2017, p. 190) comenta que na Espanha e no México o legislador também teve preocupação semelhante:

Na Espanha, a normativa correspondente prescreve que *“los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo”* (ET, art. 13.4); e, no México, o artigo 330, inciso VI, da Lei Federal do Trabalho estabelece como um dever especial dos inspetores do Trabalho a atribuição de praticar *“visitas en los locales donde se ejecute el trabajo, para vigilar que se cumplan las disposiciones sobre higiene y seguridad”*. (TOLEDO FILHO, 2017, p. 190, grifo do autor).

É, todavia, na legislação francesa que se encontra um destaque especial dado ao direito à desconexão.

A par de ser conhecida como o berço das três gerações de direitos fundamentais (*liberté, égalité e fraternité*), a França veio inovar com um precedente de direito comparado indeclinável para suprir lacunas ontológica e normativa na CLT.

A história revela grande inquietação com as condições de trabalho na França, que já franquearam acirrados debates sobre o contrato de trabalho nesse país.

No Direito francês, por exemplo, o art. L. 3121-1 do *Code du Travail* dispõe:

La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir va-

*quer librement à des occupations personnelles*⁶
(FRANÇA, 2007),

sendo que a legislação ainda prevê, em período de sobreaviso, denominado *période d’astreinte* (L. 3121-9), que o trabalhador deve estar em condições de executar algum trabalho na empresa, sem estar no seu local de trabalho e sem estar à disposição permanente e imediata do seu empregador.

A legislação adventícia ainda traz a previsão dos *cadres*, que segundo o art. L31111-2 são:

*Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l’importance implique une grande indépendance dans l’organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement*⁷ (FRANÇA, 2007).

Tais *cadres* ou empregados autônomos podem adotar o que o *Code du Travail* denomina *forfait jour*, em que a contagem do trabalho pode se dar em dias por ano e não em horas trabalhadas (art. L3121-54). Nesse sistema o trabalhador não tem direito ao pagamento de horas extras, mas o empregador deve garantir carga de trabalho razoável, consoante disposição do art. L3121-60 ao ditar que “L’employeur s’assure régulièrement que la charge de

⁶ Tradução livre: O tempo real de trabalho é o tempo durante o qual o empregado está à disposição do empregador e cumpre suas diretrizes sem poder andar livremente em ocupações pessoais.

⁷ Tradução livre: Considera-se ter a qualidade de gerente direcionando os executivos a quem são confiadas responsabilidades cuja importância implica uma grande independência na organização de seu cronograma, com poderes para tomar decisões de maneira amplamente autônoma, e que recebem remuneração nos níveis mais altos dos sistemas de remuneração praticados em sua empresa ou estabelecimento.

travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail⁸”.

E, com o fito de instituir novas liberdades e proteções para os sujeitos da relação laboral, houve o reconhecimento expresso do direito à desconexão, atualmente previsto no art. L.2242-17, parágrafos 6º e 7º do *Code du Travail*, que assim giza:

La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur: [...]

6° L'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés prévu au chapitre Ier du titre VIII du présent livre, notamment au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise;

7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques⁹ (FRANÇA, 2007).

⁸ Tradução livre: O empregador garante regularmente que a carga de trabalho do empregado seja razoável e permita uma boa distribuição de seu trabalho ao longo do tempo.

⁹ Tradução livre: A negociação anual sobre a igualdade profissional entre homens e mulheres e a qualidade de vida no trabalho diz respeito a: [...] 6º O exercício do direito de expressão direta e coletiva dos empregados, previsto no capítulo I do título VIII deste livro, em especial por meio das ferramentas digitais disponíveis na empresa; 7º Os procedimentos para o pleno exercício pelo empregado do seu direito de desconectar e o estabelecimento pela empresa de dispositivos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir a conformidade com o descanso e sair, bem como a vida pessoal e familiar. Na

Nesse contexto, o Direito francês estabelece que passam a ser submetidas a negociação coletiva anual as condições de trabalho relativas às modalidades de exercício do direito à desconexão, com a efetivação de dispositivos para regular o uso das ferramentas digitais visando assegurar os períodos de descanso, para tutelar direitos mínimos da pessoa humana.

Importante destacar que na legislação francesa o direito à desconexão consta da seção que trata da igualdade profissional entre homens e mulheres e da qualidade de vida no trabalho, e não na seção que trata de jornada de trabalho, o que demonstra a preocupação da aludida legislação com direitos fundamentais de seus trabalhadores.

Nesse sentido, o reconhecimento legal do direito à desconexão na França evidencia como o Direito do Trabalho hodierno pode enfrentar o avanço tecnológico nas relações laborais.

Sob esse enfoque, a solução disposta pelo Código francês mostra-se aclimada ao modelo de teletrabalho trazido pela Lei da Reforma, uma vez que é sabido que essa lei também exorta o negociado sobre o legislado, inclusive quanto ao teletrabalho, conforme novel art. 611-A, VIII, da CLT (BRASIL, 2017) – razão pela qual, à míngua de previsão legal quanto ao direito amplamente reconhecido pela jurisprudência e doutrina, defende-se a utilização do Direito Comparado francês para suprir a lacuna normativa quanto ao direito à desconexão, podendo, inclusive, a matéria ser objeto de negociação coletiva, tal como ocorre na França, criando-se regras de boas práticas quanto à utilização de tecnologias no trabalho.

falta de acordo, o empregador elabora uma carta, após consulta ao comitê social e econômico. Esta carta define esses procedimentos para o exercício do direito de desconectar e também prevê a implementação, para empregados e supervisores e gerentes, de ações de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas digitais.

E, ante a previsão pátria de isenção de controle de jornada, o modelo francês ainda pode servir de supressão à lacuna ontológica imposta pelo legislador reformista, uma vez que retirar o direito ao controle de jornada do trabalhador pelo simples fato de que este exerce seu mister fora das dependências do empregador afigura-se na contramão da realidade social e da finalidade do teletrabalho, na medida em que tal modalidade de labor nunca quis significar a precarização das relações laborais ao arrepio da dignidade humana do trabalhador.

Assim, visando evitar uma jornada sem fim com a conexão permanente do trabalhador a seu empregador, que pode, através dos meios telemáticos, acioná-lo a qualquer hora do dia e em qualquer lugar do mundo em que tenha acesso à internet, é que ganha importância o direito de ficar desconectado para que o homem trabalhador possa simplesmente ser humano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de o marco regulatório do teletrabalho no Brasil ter sido influenciado pelo Código de Trabalho de Portugal, a legislação pátria não incorporou as disposições protetivas do código lusitano, mormente no que tange à saúde, à segurança, à privacidade e à felicidade do trabalhador, devendo a referida legislação estrangeira servir para suprir essa lacuna.

O uso abusivo e excessivo dos meios telemáticos e a ausência de controle de jornada prevista no inciso III do art. 62 da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), podem levar a uma nova forma de escravidão do empregado. Por isso a importância do direito à desconexão, que é decorrência lógica do direito à limitação da jornada de trabalho, ao lazer e à convivência familiar, mas que ainda não é regulamentado pela ordem jurídica interna.

Nessa ótica, para que o teletrabalho alcance seu objetivo maior e não precarize a qualidade de vida do trabalhador, a legislação francesa, que regulamenta de forma específica o direito

à desconexão, deve ser utilizada para suprir essa lacuna, nos moldes do art. 8º da CLT (BRASIL, 2017).

Em suma, ao firmar o contrato de trabalho o trabalhador não se despe de sua dignidade ou renuncia a seus direitos fundamentais, dentre eles o direito ao lazer, ao convívio familiar, à saúde e até mesmo à felicidade. Por essa razão, a desconexão dos meios produtivos serve para garantir o objetivo do teletrabalho, que é assegurar a melhoria das condições de vida laboral do teletrabalhador, permitindo que o empregado não abdique de seus projetos de vida ou de suas relações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212,

de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 428**. Sobreaviso aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2012]. Disponível em: http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=428&s2=bden.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen_un_pix.html&p=1&r=1&f=G&l=0. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

CHILE. **Código del Trabajo**. D.F.L. Núm. 1. Santiago, 31 de julio de 2002. [2019]. Disponível em: https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_2.pdf. Acesso em: 27 jan. 2020.

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

FRANÇA. **Code du travail**. Paris, Legifrance, 2007-2020. Disponível em: https://www.cjoint.com/doc/20_01/JAhtmlZ1wb0h_codedutravail.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

GUIMARÃES, Liliana Andolpho Magalhães; GRUBITS, Sonia (Orgs.). **Série Saúde Mental e Trabalho**. São Paulo: Editora Casa do Psicólogo, 2004. v. 2.

MELLO, Alvaro. **Teletrabalho (Telework)**. O trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora... Rio de Janeiro: ABHR Nacional: Qualitymark, 1999.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 73-83, fev. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/123429/2019_melo_sandro_teletrabalho_controle.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 22 jan. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Documentos fundamentais da OIT**: Constituição da Organização Internacional do Trabalho, Declaração de Filadélfia, Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Regulamento da Conferência Internacional do Trabalho. Lisboa: Gabinete para a Cooperação Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social de Portugal, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_666234.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.

PITEL, David. A responsabilidade civil do empregador pelos danos morais causados ao empregado em face da não observância do direito à desconexão. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 359, p. 37-56, maio 2019.

PORTUGAL. Lei n.º 7 de 12 de fevereiro de 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Lisboa: **CITE** – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, [2018]. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jan. 2020.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O teletrabalho na perspectiva da reforma trabalhista brasileira e do direito comparado. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 178-192, jul./set. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115874/2017_toledo_filho_manoel_carlos_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 jan. 2020.

REVISTA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT4

NORMAS DE SUBMISSÃO

1 LINHA EDITORIAL

O periódico tem como **objetivo** a difusão de conhecimentos e reflexões na área humana, mais especificamente de temas relacionados ao mundo do trabalho, além da formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, os desafios jurídico-sociais decorrentes da dialética das relações de trabalho na era da globalização, as novas formas do processo produtivo oriundas das alterações tecnológicas e seus desdobramentos sociojurídicos demandam o desenvolvimento de reflexões que contemplem áreas do conhecimento relacionadas ao Direito e ao Processo do Trabalho, aos Direitos Fundamentais, à Filosofia do Direito, à Ética, à Sociologia, à Psicologia, à Saúde Ocupacional, à Economia, à Educação, entre outras afins.

Trata-se de publicação de cunho científico, com periodicidade semestral, sob responsabilidade da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS).

A **missão** precípua do periódico é fomentar o democrático debate acadêmico e a produção de conhecimento inter e transdisciplinar na área das ciências humanas. A publicação tem por **foco** a comunidade jurídica em geral, em especial integrantes da magistratura do trabalho, procuradores do trabalho, advogados, servidores da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, professores e acadêmicos das áreas humanas.

A revista está voltada, principalmente, à difusão de artigos científicos inéditos, de autores nacionais e estrangeiros, preferencialmente vinculados como alunos e/ou docentes a programas de pós-graduação *stricto sensu*. Outros conteúdos poderão integrar as edições do periódico, a critério do Conselho Editorial, tais como resenhas, resultados de pesquisas, entrevistas etc.

2 DIRETRIZES DA EDIÇÃO

2.1 Os artigos deverão ser originais e inéditos no Brasil, versando o dossiê temático sobre **O DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO E SUA INTERPRETAÇÃO: relevância do Direito Comparado**. Com os mesmos critérios, serão também recebidos artigos que tratem de outros temas que reflitam a linha editorial do periódico.

2.2 Os textos serão avaliados quanto ao conteúdo científico, relevância, interesse, atualidade do tema, adequação às normas técnicas da ABNT e às normas adotadas para respectiva publicação.

2.3 As afirmações, conceitos, opiniões emitidos nos trabalhos são de absoluta responsabilidade do(s) autor(es), não expressando posições institucionais do Tribunal, Escola Judicial e/ou Corpo Científico do periódico.

2.4 O envio de materiais implica manifestação tácita de autorização para publicação, sem qualquer espécie de contraprestação a título de direitos autorais.

2.5 No processo de submissão poderão ser aceitos ou vetados quaisquer materiais que estejam em desacordo com as diretrizes do periódico, bem como propostas eventuais alterações.

2.6 Os materiais deverão ser enviados, somente por e-mail, **até 10 de fevereiro de 2020** e dirigidos, **exclusivamente**, ao Editor, no endereço eletrônico ej.editor.revistacientifica@trt4.jus.br.

2.7 Com os trabalhos deverá ser encaminhada a **Declaração de Cessão de Direitos Autorais, de Originalidade e Ineditismo** do conteúdo, anexa, bem como nome completo do(s) autor(es), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença(m).

2.8 Poderá haver convite para publicação, a critério do Editor e/ou Vice-Editor.

2.9 Os autores terão direito a dois exemplares da edição que con- tiver trabalho de sua autoria publicado.

2.10 A critério do Editor e/ou Vice-Editor, apenas trabalho recebido em língua estrangeira poderá não observar diretriz expressa no que tange aos requisitos de submissão.

2.11 Extemporaneamente, são recebidos artigos que estejam de acordo com a linha editorial do periódico para oportuna publicação.

3 ORIENTAÇÕES GERAIS

3.1 Ciente das normas de submissão do artigo, **o autor enviará ao Editor dois arquivos: um com identificação** - nome completo, endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença etc. **e outro sem identificação.**

3.2 O Editor anotará a data de recebimento do artigo e encaminhará para avaliação às cegas o arquivo sem identificação. Os trabalhos serão avaliados quanto ao conteúdo por pareceristas, consideradas as respectivas áreas temáticas, e quanto aos critérios formais pela Biblioteca do Tribunal.

3.3 Os trabalhos poderão ser eventualmente devolvidos aos autores para ajustes a partir das análises suprarreferidas.

4 NORMAS DE SUBMISSÃO DOS ARTIGOS

4.1 Os trabalhos deverão ser inéditos.

4.2 Dos artigos recebidos serão considerados na avaliação:

- a) relevância do tema;
- b) clareza e objetividade na exposição de ideias;
- c) uso correto do vernáculo.

4.3 Especificações gerais:

A formatação do artigo deverá seguir as seguintes orientações:

- a) o tamanho do papel deverá ser A4;

- b) as margens deverão ser: superior de 3 cm, inferior de 2 cm, esquerda de 3 cm, direita de 2 cm;
- c) as margens do texto deverão ser justificadas, exceção para as referências que não são justificadas;
- d) as páginas NÃO deverão ser numeradas;
- e) a fonte utilizada será arial 12 para o texto e arial 10 para as citações longas, com mais de 3 linhas;
- f) o espaço entre as linhas será simples (de acordo com a NBR 6022:2018, item 6.1);
- g) os parágrafos deverão ser de 1,25 cm;
- h) a extensão do artigo deverá ser de 10 até 15 páginas, incluindo o texto, referências e demais elementos pós-textuais, observada a ortografia oficial;
- i) os arquivos com os trabalhos deverão observar os formatos **.rtf**, **.doc** ou **.docx** (Microsoft Word).

4.4 De acordo com a NBR 6022:2018, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a estrutura de um artigo é constituída de elementos pré-textuais, textuais e pós-textuais. Serão considerados aptos para análise os trabalhos que observarem esses elementos obrigatórios.

4.4.1 Elementos pré-textuais

- a) título em português;
- b) título em inglês;
- c) autoria: deverá conter a titulação, situação acadêmica, instituição(ões) com que mantenha vínculo e endereço eletrônico; tais informações deverão constar em nota de rodapé não numerada, mas identificada com asterisco “*”;
- d) resumo em português;

- e) palavras-chave em português;
- f) resumo em inglês (abstract);
- g) palavras-chave em inglês (keywords);
- h) sumário;
- i) datas de submissão e aprovação do artigo.

4.4.2 Elementos textuais

- a) Introdução: parte inicial do artigo, que deve conter a delimitação do assunto tratado e/ou outros elementos que situem o tema do artigo. A numeração das seções deve iniciar pela introdução;
- b) desenvolvimento: contém a exposição ordenada do assunto tratado. É dividido em seções e subseções, se for o caso;
- c) considerações finais.

4.4.3 Elementos pós-textuais

- a) referências (item obrigatório);
- b) glossário (opcional);
- c) apêndice(s) (opcional);
- d) anexo(s) (opcional);
- e) agradecimento(s) (opcional).

4.5 As orientações para a elaboração dos artigos estão disponíveis no Manual de Redação de Artigos Científicos, que se encontra disponível no link <https://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/OutrasPublicacoes>.

ANEXO

DECLARAÇÃO DE CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS, DE ORIGINALIDADE E INEDITISMO

1) Título do Artigo:

2) O trabalho tem () Autoria simples () Coautoria

Caso se trate de trabalho produzido em coautoria, é necessário que cada autor preencha o presente formulário, indicando abaixo os nomes de todos os autores.

3) Eu, _____

portador do CPF _____

autor/coautor do artigo de título acima identificado, declaro que o trabalho é original e inédito, não tendo sido submetido à publicação em qualquer meio de divulgação, especialmente em outro periódico, quer seja em parte ou na íntegra. Declaro ainda que, se aprovado para publicação na *Revista da Escola Judicial do TRT4*, o referido texto não será submetido a outro periódico sem prévia autorização do Conselho Editorial. Caso aprovado e selecionado, autorizo a respectiva publicação da produção no periódico suprarreferido, responsabilizando-me pelo seu teor, ciente de que a publicação implica transferência gratuita dos direitos autorais à Revista, nas versões eletrônica e impressa, conforme permissivo constante do artigo 49 da Lei de Proteção de Direitos Autorais (Lei 9.610, de 19/02/98), e que a não observância desse compromisso submeterá o infrator a sanções previstas no mesmo diploma legal.

_____, _____ de _____ de ____.

Assinatura do autor/coautor

REVISTA DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT4 (TRT4 JUDICIAL SCHOOL JOURNAL) RULES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

1 EDITORIAL LINE

The **purpose** of the journal is to disseminate knowledge and reflections on human sciences specifically about issues related to the world of labor, as well as to train and improve Labor Court judges' and civil servants' job. About this, the socio-juridical challenges arising from labor relations dialectics in the era of globalization, the new forms of productive process stemming from technological changes and their socio-juridical developments demand the growth of thoughts that contemplate areas of knowledge related to Labor Law and Labor Lawsuits, Fundamental Rights, Philosophy of Law, Ethics, Sociology, Psychology, Occupational Health, Economics, Education, among others.

The publishing of this biannual scientific periodical is under the responsibility of the Judicial School Regional Labor Court of the 4th Region (RS – Brazil).

The journal's first **mission** is to foster democratic academic debate and written production of interdisciplinary and transdisciplinary knowledge on human sciences. The publishing **focuses** on the legal community in general, especially of the labor justice, labor attorneys, lawyers, Labor Courts, Labor Prosecution Office and human field academics.

It primarily seeks to disclose unpublished scientific articles produced by national and foreign authors who are mainly connected to *stricto sensu* post-graduation programs, teachers and students as well. Other topics such as reviews, research results, interviews, etc., may integrate the content of the journal, at the discretion of the Editorial Board.

2 EDITION GUIDELINES

2.1 The articles should be original and unpublished, dealing with the **CONTEMPORARY LABOR LAW AND ITS INTERPRETATION: relevance of Comparative Law**. Following the same criteria, articles dealing with other topics that may reflect the journal editorial line will also be received.

2.2 The texts will be reviewed regarding the scientific content, relevance, interest, currentness of the subject and adequacy to ABNT (Brazilian Technical Standards Association) format standards and to the rules adopted for the respective publication.

2.3 The statements, concepts and opinions expressed in the articles are absolute responsibility of the author(s) himself/themselves and do not represent institutional positions of the Court, the Judicial School and/or the journal scientific staff.

2.4 The submission of manuscripts implies a tacit expression of license to publish, without any kind of consideration under copyright.

2.5 During the submission process papers will be accepted or rejected according to its agreement or disagreement with the guidelines of the journal. And also some amendments to the article may be proposed as well.

2.6 Papers must be sent to the e-mail ej.editor.revistacientifica@trt4.jus.br only and addressed exclusively to the Editor before **February 10th, 2020**.

2.7 It must be included the **copyrights renunciation, originality and unpublished content declaration** attached here, as well as the full name of the author(s), address, telephone, e-mail address, academic situation, titles and names of the institutions which he/they belong to.

2.8 There may be an invitation for publication at the discretion of the Editor and/or Vice-Editor.

2.9 Each author(s) will be entitled to two copies of the edition that contains the article of his/theirs authorship.

2.10 At the discretion of the Editor and/or Vice-Editor, only papers received in foreign languages may not observe the expressed rules regarding submission requirements.

2.11 At any time submissions of papers which follow the journal editorial line of the journal will be accepted for further publication.

3 GENERAL GUIDELINES

3.1 Aware of the article submission rules, **the author shall send to the Editor two files: one with the following identification** - full name, address, telephone number, e-mail address, academic position, titles and names of institutions which the author is affiliated to, **and another file without any identification.**

3.2 The Editor shall note down the date he/she received the article and shall forward the unidentified file to the Court Library where the format requirements and the corresponding worksheet completion will be analyzed. In the event of non-compliance with the format requirements, the Editor will give back the material to the author with a copy of the respective worksheet stating the reasons why the article was returned.

3.3 Papers may be sent back for minor corrections suggested by the reviewers.

4 SUBMISSION RULES

4.1 The papers must be unpublished.

4.2 The evaluation below will be considered for the incoming articles;

a) relevance of the theme;

b) clarity and objectivity in the presentation of ideas;

c) correctness of the language.

4.3 **General specifications:**

a) paper size: A4;

b) margins: upper 3 cm, lower 2 cm, left 3 cm, right 2 cm;

c) Justified-aligned text, except for references;

d) pages not numbered;

e) font: arial 12 for the text and arial 10 for the long quotations (with more than 3 lines);

f) space between lines: single (according to NBR 6022: 2018, item 6.1);

g) paragraphs: 1,25 cm;

h) number of pages per article: minimum of 10 up to 15 pages, including text, references and other post-textual elements, observing the official spelling;

i) the article files must observe the formats **.rtf**, **.doc** or **.docx** (Microsoft Word).

4.4 According to NBR 6022: 2018 of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT), the structure of an article comprises pre-text, text and post-text elements. The articles that observes the **mandatory elements** below will be considered fit for analysis:

4.4.1 **Pre-text elements:**

a) title in Portuguese;

b) title in English;

c) authorship: all authors' names and highest academics degrees as well as all authors' affiliations and e-mail addresses must be included in a footnote identified with an asterisk “*”;

- d) abstract in Portuguese;
- e) keywords in Portuguese;
- f) abstract in English;
- g) keywords in English;
- h) submission date.

4.4.2 **Text elements:**

- a) Introduction: this first part of the article should contain the delimitation of the subject and/or other elements that describe it. Introduction should be part of the sections numbering;
- b) Development: exposition of the subject, which may be divided into sections and subsections, if necessary;
- c) Final considerations.

4.4.3 **Post-text elements:**

- a) References (obligatory item);
- b) Glossary (optional);
- c) Appendix (optional);
- d) Annex (optional);
- e) Acknowledgments: (optional).

4.5 In addition to the above general guidelines, the Manual for the Drafting of Scientific Papers is available at <https://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/OutrasPublicacoes>.

ATTACHMENT

COPYRIGHTS RENUNCIATION, ORIGINALITY AND UNPUBLISHED CONTENT DECLARATION

1) Article Title:

2) The work has () Single authorship () Co-authorship

In case of co-authorship, it is necessary for each author to complete this form, indicating below the names of all authors.

3) I, _____

author/co-author of the above-identified article, declare that the paper is original and unpublished, and has not been submitted for publication in any media, especially any other journal, neither in part or in full. I further state that, if approved for publication in the TRT4 Judicial School Journal (Revista da Escola Judicial do TRT4), this article will not be submitted to another journal without prior authorization from the Editorial Board. If approved and selected, I authorize its publication in the above-mentioned periodical. I declare myself fully responsible for its content and aware that publication implies free transfer of copyrights to the Journal, both in electronic and print versions, as stated in the article 49 of the Law (Law No. 9610, dated 02/19/98). Besides, failing to accomplish with this commitment will subject the offender to penalties provided according to the same law.

_____ , _____ , _____ .

Signature of author/co-author



A dialética das relações de trabalho na era da globalização, as novas formas do processo produtivo oriundas das alterações tecnológicas e seus desdobramentos são desafios jurídico-sociais da atualidade.

Impõe-se, pois, o desenvolvimento de reflexões que contemplem áreas do conhecimento relacionadas ao Direito e ao Processo do Trabalho, aos Direitos Fundamentais, à Filosofia do Direito, à Ética, à Sociologia, à Psicologia, à Saúde Ocupacional, à Economia, à Educação, entre outras afins.

O objetivo deste periódico é oferecer qualificado espaço de debate acadêmico-científico, visando a estimular a produção de conhecimento interdisciplinar que contribua ao aprimoramento da atividade jurisdicional, somando-se às ações já desenvolvidas pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (EJud4).

Atenta ao movimento crescente de aperfeiçoamento técnico dos servidores e magistrados, a EJud4 criou este espaço de expressão acadêmica, incentivando estudos indispensáveis ao enfrentamento das demandas trazidas ao Poder Judiciário.