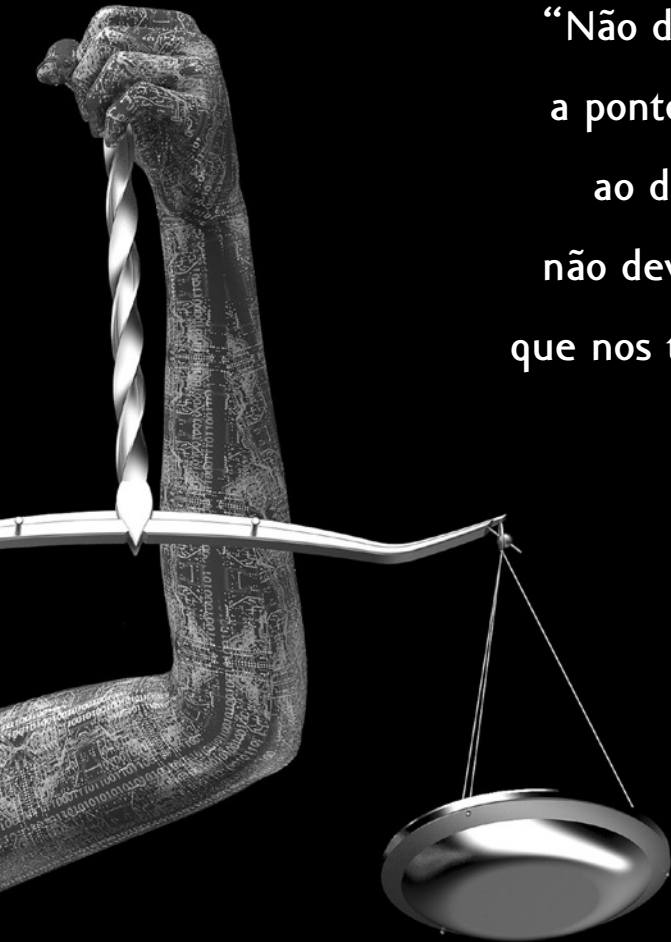
The background is a dark green field filled with a grid of small, semi-transparent dots. Overlaid on this are several glowing green lines that resemble a circuit board or data paths. These lines start from the left and curve downwards and to the right, creating a sense of depth and movement. Two horizontal glowing bands are also visible, one near the top and one near the middle, adding to the digital aesthetic.

**Revista do
Tribunal
Regional do
Trabalho da
12^a Região**



“Não devemos ser pessimistas
a ponto de nos abandonarmos
ao desespero, mas também
não devemos ser tão otimistas
que nos tornemos presunçosos”

(Norberto Bobbio)



ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 12ª REGIÃO

DIREÇÃO

Me. WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho-Diretor

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho-Vice-Diretor

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIEMMETTO
Desembargador do Trabalho

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto – Coordenador Pedagógico

Ma. MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Me. OSCAR KROST
Juiz Titular de Vara do Trabalho

ARMANDO LUIZ ZILLI
Juiz do Trabalho Substituto

JANICE BASTOS
Juíza do Trabalho Substituta

CONSELHO PEDAGÓGICO

TERESA REGINA COTOSKY
Desembargadora do Trabalho

DANIELLE BERTACHINI
Juíza representante da 1ª Região Socioeconômica

ADRIANA CUSTÓDIO XAVIER DE CAMARGO
Juíza representante da 2ª Região Socioeconômica

RICARDO KOCK NUNES
Juiz Representante da 3ª Região Socioeconômica

Ma. ANDREA MARIA LIMONGI PASOLD
Juíza Representante da 4ª Região Socioeconômica

LISIANE VIEIRA
Juíza Representante da 5ª Região Socioeconômica

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Representante da 6ª Região Socioeconômica

ANDREA CRISTINA DE SOUZA HAUS WALDRIGUES
Juíza Representante da 7ª Região Socioeconômica

Me. RÉGIS TRINDADE DE MELLO
Juiz Representante da 8ª Região Socioeconômica

PATRÍCIA PEREIRA DE SANT'ANNA
Juíza Presidente da AMATRA 12 – Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região
Juiz(íza) Representante do Programa Trabalho Seguro
Juiz(íza) Representante do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem
Juiz(íza) de Cooperação Judiciária do TRT-12
Juiz(íza) Gestor Regional da Execução

5

COMITÊ EDITORIAL

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. DANIEL LISBÔA
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. OSCAR KROST
Juiz Titular de Vara do Trabalho

CONSELHO DA REVISTA

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro do TST

Dr. CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS
Juiz Titular de Vara do Trabalho do TRT da 15ª Região

Dr. CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE
Professor da Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Dra. DANIELA MURADAS REIS
Professora da UFMG

Dra. FLÁVIA PIOVESAN
Professora da PUC/SP

Dr. GIOVANNI OLSSON
Juiz Titular de Vara do Trabalho do TRT da 12ª Região

Dra. GISELE GUIMARÃES CITTADINO
Professora da PUC/RJ

Dr. JOSÉ FELIPE LEDUR
Desembargador do Trabalho aposentado do TRT da 4ª Região

Dr. JOSÉ RICARDO FERREIRA CUNHA
Professor da UERJ

Dr. LEONARDO VIEIRA WANDELLI
Juiz Titular de Vara do Trabalho do TRT da 9ª Região

Dr. MAURO SCHIAVI
Juiz Titular de Vara do Trabalho do TRT da 2ª Região

Dra. SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA
Professora da UFRJ

Dr. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI
Professor da UFMT

PARECERISTAS

ADRIANA CUSTÓDIO XAVIER DE CAMARGO
Juíza do Trabalho Substituta

Me. OSCAR KROST
Juiz Titular de Vara do Trabalho

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho

RICARDO JAHN
Juiz do Trabalho Substituto

RODRIGO DA COSTA CLAZER
Juiz do Trabalho Substituto – TRT 9ª Região

VALDETE SOUTO SEVERO
Juíza Titular de Vara do Trabalho – TRT 4ª Região

SECRETARIA

Fernanda Gomes Ferreira

DIFJUR – Divisão de Formação Jurídica

Soraya Oliveira de Assis

Jacira Silvano

Geraldo José Balbinot Filho

Norberto Dornelles de Villar

Sandro Bittencourt

DIFTAG – Divisão Técnico-Administrativa e Gerencial

Cláudia Voigt Espinola

Fernanda Rodrigues Lemos Pinto

Daniel de Araújo Camilo

Luiz Fernando de França



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 12ª REGIÃO

v.25 n. 34 2022 – Florianópolis/SC

ISSN 1984-3658 (impresso) ISSN 1984-364X (on-line)

R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.	Florianópolis	v. 25	n. 34	p. 1-352	2022
-------------------------------	---------------	-------	-------	----------	------

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Projeto Gráfico
Nuovo Design Ltda.

Diagramação
Acará Estúdio Gráfico

Revisão Geral
Soraya Oliveira de Assis
Jacira Silvano
Geraldo José Balbinot Filho

Impressão
Coan Indústria Gráfica Ltda.

Imagem da capa
Freepik / rawpixel

Imagem das páginas 2 e 3
The-lightwriter, iStock / Getty Images Plus

10

Contato
Av. Jornalista Rubens de Arruda Ramos, 1588 – 11º andar – Centro
Telefone (48) 3298-5680 – CEP 88015-700 – Florianópolis – SC
escolajudicial@trt12.jus.br

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 12ª
Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do
TRT da 12ª Região. – v.1, n.1 (jun. 1993) – Florianópolis: TRT da 12ª Região,
1993 -

Anual
Irregular até 2005; interrompida em 2006; anual em 2007.
Publicada também como Revista Eletrônica no site do TRT da 12ª Região.
ISSN 1984-3658 (impresso) ISSN 1984-364X (on-line)

1. Direito do Trabalho – Periódico. 2. Doutrina I. Santa Catarina. Tribunal
Regional do Trabalho da 12ª Região.

Ficha elaborada conforme as normas do Código de Catalogação Anglo-Americano 2. ed., revisão 2002.
É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes nesta revista, desde que citada a fonte.
O conteúdo dos textos é de responsabilidade de seus autores.

**Composição
do TRT da
12^a Região**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO
(atualizada em 24-10-2022)

Administração – 2021/2023

JOSÉ ERNESTO MANZI
Desembargador-Presidente

WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador-Vice-Presidente e Diretor da Escola Judicial

NIVALDO STANKIEWICZ
Desembargador-Corregedor Regional

TRIBUNAL PLENO

Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI – Presidente
Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR – Vice-Presidente
Desembargador do Trabalho NIVALDO STANKIEWICZ – Corregedor

Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA
Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA
Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI
Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA
Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES
Desembargadora do Trabalho MIRNA ULIANO BERTOLDI
Desembargadora do Trabalho QUÉZIA DE ARAÚJO DUARTE NIEVES GONZALEZ – Ouvidora
Desembargador do Trabalho NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Desembargador do Trabalho CESAR LUIZ PASOLD JÚNIOR

SEÇÃO ESPECIALIZADA 1

Desembargador JOSÉ ERNESTO MANZI – Presidente

Desembargador WANDERLEY GODOY JUNIOR – Vice-Presidente

Desembargador AMARILDO CARLOS DE LIMA

Desembargadora TERESA REGINA COTOSKY

Desembargador ROBERTO BASILONE LEITE

Desembargador ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO

Desembargador HÉLIO BASTIDA LOPES

Desembargadora QUÉZIA DE ARAÚJO DUARTE NIEVES GONZALEZ

Desembargador CESAR LUIZ PASOLD JÚNIOR

SEÇÃO ESPECIALIZADA 2

Desembargador JOSÉ ERNESTO MANZI – Presidente

Desembargador WANDERLEY GODOY JUNIOR – Vice-Presidente

Desembargadora LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA

Desembargador MARCOS VINICIO ZANCHETTA

Desembargador GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA

Desembargador GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE

Desembargadora MARI ELEDA MIGLIORINI

Desembargadora MARIA DE LOURDES LEIRIA

Desembargadora MIRNA ULIANO BERTOLDI

Desembargador NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

PRIMEIRA TURMA

Primeira Câmara

Desembargador Hélio Bastida Lopes – Presidente da 1ª Turma e desta Câmara

Desembargadora Maria de Lourdes Leiria

Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto

SEGUNDA TURMA

Terceira Câmara

Desembargadora Quézia de Araújo Duarte Nieves Gonzalez – Presidente desta Câmara

Desembargador Amarildo Carlos de Lima

Desembargador Cesar Luiz Pasold Júnior

Quarta Câmara

Desembargador Marcos Vinicio Zanchetta – Presidente da 2ª Turma e desta Câmara

Desembargador Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira

Desembargador Gracio Ricardo Barboza Petrone

TERCEIRA TURMA

Quinta Câmara

Desembargadora Mari Eleda Migliorini – Presidente 3ª Turma e desta Câmara

Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa

Desembargadora Teresa Regina Cotosky

Sexta Câmara

Desembargadora Mirna Uliano Bertoldi – Presidente desta Câmara

Desembargador Narbal Antônio de Mendonça Fileti

Desembargador Roberto Basilone Leite

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíza/Juiz Titular	Vara do Trabalho
Adilton José Detoni	VT de Concórdia
Alfredo Rego Barros Neto	VT de São Bento do Sul
Andrea Cristina de Souza Haus Waldrigues	3ª VT de Lages
Ângela Maria Konrath	2ª VT de Rio do Sul
Carlos Alberto Pereira de Castro	7ª VT de Florianópolis
Carlos Frederico Fiorino Carneiro	1ª VT de Chapecó
César Nadal Souza	1ª VT de Joinville
Daniel Lisbôa	VT de Navegantes
Daniel Natividade Rodrigues de Oliveira	6ª VT de Florianópolis
Deisi Senna Oliveira	2ª VT de Chapecó
Desirré Dornelles de Ávila Bollmann	5ª VT de Florianópolis
Elaine Cristina Dias Ignácio Arena	1ª VT de Blumenau
Eronilda Ribeiro dos Santos	3ª VT de Joinville
Fábio Tosetto	VT de Caçador
Fernando Luiz de Souza Erzinger	4ª VT de Joinville
Giovanni Olsson	4ª VT de Chapecó
Gustavo Rafael Menegazzi	VT de Fraiburgo
Hélio Henrique Garcia Romero	1ª VT de Brusque
Ilma Vinha	1ª VT de B. Camboriú
Jayme Ferrolho Junior	2ª VT de Blumenau
João Carlos Trois Scalco	2ª VT de Jaraguá do Sul
Jony Carlo Poeta	1ª VT de São José
José Eduardo Alcântara	VT de Mafra
Julieta Elizabeth Correia de Malfussi	3ª VT de Criciúma

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíza/Juiz Titular	Vara do Trabalho
Karem Mirian Didoné	2ª VT de Lages
Karin Corrêa de Negreiros Becker	1ª VT de Rio do Sul
Lauro Stankiewicz	VT de Canoinhas
Leonardo Frederico Fischer	2ª VT de Balneário Camboriú
Leonardo Rodrigues Itacaramby Bessa	VT de Curitiba
Luciano Paschoeto	1ª VT Florianópolis
Luiz Osmar Franchin	VT de Videira
Magda Eliéte Fernandes	3ª VT de São José
Maria Aparecida Ferreira Jeronimo	3ª VT de Florianópolis
Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert	4ª VT de Florianópolis
Marcel Luciano Higuchi Viegas dos Santos	VT de Imbituba
Miriam Maria D'Agostini	2ª VT de São José
Nelzeli Moreira da Silva Lopes	VT de Timbó
Oscar Krost	VT de São Miguel do Oeste
Ozéas de Castro	5ª VT de Joinville
Patricia Andrades Gameiro Hofstaetter	VT de Joaçaba
Patrícia Braga Medeiros	VT de Itapema
Patrícia Pereira de Sant'Anna	1ª VT de Lages
Paulo André Cardoso Botto Jacon	2ª VT de Criciúma
Régis Trindade de Mello	VT de Xanxerê
Reinaldo Branco de Moraes	VT de Indaial
Ricardo Kock Nunes	1ª VT de Tubarão
Roberto Masami Nakajo	2ª VT de Brusque
Rodrigo Gamba Rocha Diniz	3ª VT de Blumenau

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juíza/Juiz Titular	Vara do Trabalho
Rodrigo Goldschmidt	VT de Araranguá
Rogério Dias Barbosa	1ª VT de Jaraguá do Sul
Rosilaine Barbosa Ishimura Sousa	3ª VT Itajaí
Sandra Silva dos Santos	1ª VT de Itajaí
Silvio Ricardo Barchehen	4ª VT de Blumenau
Tatiana Sampaio Russi	2ª VT de Joinville
Ubiratan Alberto Pereira	2ª VT de Itajaí
Valquiria Lazzari de Lima Bastos	VT de Palhoça
Válter Túlio Amado Ribeiro	2ª VT de Florianópolis
Vera Marisa Vieira Ramos	3ª VT de Chapecó

JUÍZES(AS) DO TRABALHO SUBSTITUTOS(AS)

Adriana Custódio Xavier de Camargo
Alessandro da Silva
Alessandro Friedrich Saucedo
Ana Letícia Moreira Rick
Ana Paula Flores
Andrea Maria Limongi Pasold
Antonio Carlos Facioli Chedid Junior
Armando Luiz Zilli
Bernardo Moré Frigeri
Camila Torrão Britto de Moraes Carvalho
Carlos Aparecido Zardo
Cezar Alberto Martini Toledo
Charles Baschiroto Felisbino
Danielle Bertachini
Débora Borges Koerich Godtsfriedt
Dilso Amaral Mattar
Elton Antônio de Salles Filho
Fabio Augusto Dadalt
Fabio Moreno Travain Ferreira
Fabricio Zanatta
Glaucio Guagliariello
Grasiela Monike Knop Godinho
Hérika Machado da Silveira
Indira Socorro Tomaz de Sousa
Izabel Maria Amorim Lisbôa
Janice Bastos
Jeferson Peyrerl
Kismara Brustolin
Laís Manica
Lilian Piovesan Ponssoni
Lisiane Vieira
Luis Fernando Silva de Carvalho
Luiz Fernando Gonçalves
Marcelo Tandler Paes Cordeiro
Marcos Henrique Bezerra Cabral
Mariana Antunes da Cruz Laus
Mariana Philippi de Negreiros
Michelle Adriane Rosário Arruda Araldi
Michelle Denise Durieux Lopes Destri
Osmar Theisen
Paula Naves Pereira dos Anjos
Paulo Cezar Herbst
Rafaella Messina Ramos de Oliveira
Renata Albuquerque Palcoski
Renata Felipe Ferrari
Ricardo Jahn
Ricardo Philipe dos Santos
Rômulo Tozzo Techio
Sergio Massaroni
Silvio Rogério Schneider
Tallita Massucci Toledo Foresti
Valdomiro Ribeiro Paes Landim
Vinicius Hespanhol Portella
Zelaide de Souza Philippi

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....25

SEÇÃO DE ARTIGOS

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALIDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO
Adriano Marcos Soriano Lopes / Solainy Beltrão dos Santos..... 29

O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO A PARTIR DE SEUS ELEMENTOS: A INTENCIONALIDADE É ESSENCIAL PARA O CONCEITO?
Andrea Maria Limongi Pasold 65

NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA NA TERCEIRIZAÇÃO
Carlos Eduardo Oliveira Dias 81

ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO X ECONOMIA DOS BICOS: COMO O CAPITAL E A TECNOLOGIA VÊM TRAZENDO NOVAS FORMAS DE TRABALHO PRECARIZADO?
Daniel de Araújo Camilo 101

O CRESCIMENTO DOS ESPORTES E OS CUIDADOS QUE AS ORGANIZAÇÕES (TIMES) DEVEM TER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO COM CYBER-ATLETAS NO ÂMBITO DAS GAMING HOUSE ´S E GAMING OFFICE ´S
Douglas Cardoso Silveira / Andrea Maria Limongi Pasold 115

O CENÁRIO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO NA PÓS-PANDEMIA: PROLIFERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO, CRISE E TECNOLOGIA
Emiliano Cruz da Silva 137

O FUTURO DO SINDICALISMO E DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO BRASILEIRO NA ERA DA ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL
Fernando Grass Guedes 165

O TEMPO DE ATIVIDADE E O TELETRABALHO NO RELATÓRIO DO GRUPO DE ALTOS ESTUDOS DO TRABALHO (GAET): DE MUSEU E NOVIDADES
Guilherme Guimarães Feliciano / Oscar Krost 185

A VACINAÇÃO CONTRA O NOVO CORONAVÍRUS E AS RELAÇÕES DE EMPREGO: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE DISPENSA DO EMPREGADO POR RECUSA À VACINA E OS DEVERES DOS EMPREGADORES E DOS EMPREGADOS FRENTE À VACINAÇÃO E AOS CUIDADOS DE SAÚDE E HIGIENE PARA PREVENÇÃO DA COVID
Hélio Henrique Garcia Romero 205

O TRABALHADOR AUTÔNOMO E O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO DO TRABALHADOR INTERMITENTE IRREGULAR <i>Igor Bochi / Guilherme Wunsch</i>	231
TESE JURÍDICA <i>VERSUS RATIO DECIDENDI</i> NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS <i>Manoella Keunecke</i>	255
RELAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E PLATAFORMAS E APLICATIVOS: DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO À SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA <i>Rodrigo Goldschmidt / Elcemara Aparecida Zielinski Cani</i>	283
A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO DAS MULHERES: ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO <i>Suzéte da Silva Reis / Victória Scherer de Oliveira</i>	299
PERDA AUDITIVA INDUZIDA POR RUÍDO: PARTICIPAÇÃO DO FONOAUDIÓLOGO EM PROCESSOS TRABALHISTAS INDENIZATÓRIOS <i>Thayrine Morgan de Souza / Débora Lüders</i>	319
O NOVO PEDE O VELHO: A IMBRICAÇÃO DA GAMIFICAÇÃO COM O SALÁRIO POR PEÇA <i>Viviane Vidigal</i>	333

APRESENTAÇÃO

Ocaso da pandemia, aurora da VIDA.
Perdas sentidas, lições apreendidas.
Dê-me a sua mão e sigamos em frente.
Façamos valer a pena.
Vamos dialogar, cantar e orar.
Também semear, cuidar e colher.
Edificar e criar coisas novas.
Fazer história e legá-la aos que virão.

A condição humana segue a sua trajetória inexorável rumo ao futuro, tendo por esteio a sua história, a fé e a racionalidade para enfrentar velhos e novos desafios.

Nessa perspectiva, a Revista nº 34 – 2022 – do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, na sua versão física e eletrônica, apresenta-se para registrar esse novo momento histórico, marcado pelas recentes experiências pandêmicas, mas com um olhar edificante para os novos desafios que se descortinam no horizonte.

De fato, na presente revista são veiculados, entre outros, artigos científicos que abordam temas instigantes, tais como: economia de compartilhamento; proteção internacional dos direitos trabalhistas das mulheres; assédio moral no trabalho; trabalho intermitente; novos contornos da responsabilidade trabalhista; trabalhadores de plataformas e aplicativos; subordinação algorítmica; direito do trabalho pós-pandemia; tecnologia; desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial e na falência da empresa; futuro do sindicalismo; *cyber*-atletas e relações de trabalho; teletrabalho no âmbito do relatório de altos estudos do trabalho (GAET).

Ditos artigos passaram por criteriosa avaliação de pareceristas com sólida formação técnica e acadêmica e foram sistematicamente organizados na presente Revista, a partir de um projeto editorial moderno e arrojado, já reconhecido como de excelência no meio jurídico-trabalhista.

Registre-se, por fim, o agradecimento a todos e todas que contribuíram direta ou indiretamente para trazer a lume a presente Revista: Presidência do TRT12; Direção, Comissão Editorial da Revista e Servidores da EJUD12; Pareceristas; Autores; Autoras e Profissionais de editoração.

COMITÊ EDITORIAL DA REVISTA

Daniel Lisbôa

Juiz Titular de Vara do Trabalho

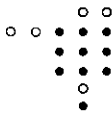
Oscar Krost

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Dr. Rodrigo Goldschmidt

Juiz Titular de Vara do Trabalho

**SEÇÃO DE
ARTIGOS**



A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALIDAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

*Adriano Marcos Soriano Lopes¹
Solainy Beltrão dos Santos²*

Resumo: A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho é meio lícito de satisfação da dívida pelo credor quando as tentativas de fazê-lo em face do devedor originário malograram. O propósito deste trabalho é examinar se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser processado e decidido pela Justiça do Trabalho quando no processo trabalhista figurar empresa falida ou recuperanda. Para tanto, utilizando-se do método lógico-dedutivo, será realizada uma digressão histórico-jurídica do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como, na sequência, será analisado o incidente processual que possibilita o soerguimento do escudo protetor da pessoa jurídica (personalidade) para alcançar bens dos não originariamente obrigados e, por fim, será contextualizada tal abordagem no âmbito dos processos trabalhistas em que figuram empresas falidas ou recuperandas, em razão da redação do art. 82-A, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005 dada pela Lei n. 14.112/2020.

29

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Justiça do Trabalho. Lei n. 11.101/2005. Competência.

1 INTRODUÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica permite que bens de terceiros sejam processualmente excutidos para satisfazer dívida de credor que não obteve êxito para tanto do devedor originário.

¹ Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Especialista em Ciências do Trabalho pela Faculdade Lions. Autor de diversos artigos jurídicos.

² 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. Autora de diversos artigos jurídicos.

O presente trabalho visa a demonstrar se o art. 82-A, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, acrescido pela Lei n. 14.112/2020, é impeditivo da análise do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pela Especializada Trabalhista quando o polo passivo da demanda trabalhista for composto de empresa falida ou recuperanda.

A partir do método lógico-dedutivo, a primeira parte deste estudo apresentará uma abordagem histórico-jurídica do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no processo do trabalho.

Na sequência, será analisada a intervenção de terceiro adequada para permitir, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, que bens de terceiros sejam atingidos, mormente na fase executiva do processo trabalhista.

O último tópico será dedicado ao tratamento do incidente de desconconsideração da personalidade em relação às empresas falidas ou recuperandas, bem como a interpretação adequada da jurisprudência quanto à aplicação do art. 82-A, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005 no âmbito trabalhista.

Destaca-se que a interpretação equilibrada do referido dispositivo legal é de grande relevância para a efetiva entrega da prestação jurisdicional, no sentido de permitir a devida resolução dos conflitos de competência existentes entre a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho quanto à matéria, o que demonstra a sensibilidade temática.

2 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A JUSTIÇA DO TRABALHO: ASPECTOS GERAIS E ESCORÇO HISTÓRICO-JURÍDICO

O art. 789 do CPC³ estabelece que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei, o que significa dizer que a satisfação

³ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

da dívida enseja um dever para o devedor e uma responsabilidade para o seu patrimônio.

É cediço que a pessoa do sócio não se confunde com a pessoa jurídica.

A pessoa jurídica ou coletiva/moral/fictícia/abstrata pode ser conceituada como o conjunto de pessoas ou de bens, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção jurídica, conforme apontamento de Tartuce (2020, p. 236):

Muitas foram as teorias que procuraram afirmar e justificar a existência da pessoa jurídica, tendo o Código Civil de 2002 adotado a teoria da realidade técnica. Essa teoria constitui uma somatória entre as outras duas teorias justificatórias e afirmativas da existência da pessoa jurídica: a teoria da ficção – de Savigny – e a teoria da realidade orgânica ou objetiva – de Gierke e Zitelman.

Para a primeira teoria, as pessoas jurídicas são criadas por uma ficção legal, o que realmente procede. Entretanto, mesmo diante dessa criação legal, não se pode esquecer que a pessoa jurídica tem identidade organizacional própria, identidade essa que deve ser preservada (teoria da realidade orgânica).

Ademais, os arts. 49-A⁴ e 1024⁵ do Código Civil consagram o “princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas”, que nada mais é, nos termos do parágrafo único do art. 49-A mencionado, do que um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Essa autonomia remonta à decisão da Câmara dos Lordes no caso *Salomon v. A. Salomon Ltd.* de 1897, como assesta Didier Jr. (2019, p. 601/602): “O caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.* [(1897) AC 22] é provavelmente o mais famoso caso judiciário em direito societário. Ele é visto como a “pedra fundamental” da doutrina da autonomia da pessoa jurídica.” Cabe acrescentar que, malgrado a primeira instância e a Corte de

⁴ Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

⁵ Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Apelação do referido caso tenham admitido a possibilidade de desconsiderar a autonomia da empresa para alcançar os bens dos sócios, a decisão que prevaleceu foi a prolatada pela *House of Lords* em sentido contrário.

A inteligibilidade de tal caso é explanada por Stolze e Pamplona Filho (2020, p. 186):

Aaron Salomon, objetivando constituir uma sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, cedendo para cada um apenas uma ação representativa, ao passo que, para si, reservou vinte mil.

Pela desproporção na distribuição do controle acionário já se verificava a dificuldade em reconhecer a separação dos patrimônios de Salomon e de sua própria companhia.

Em determinado momento, talvez antevendo a quebra da empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas) no valor de dez mil libras esterlinas, que ele mesmo cuidou de adquirir.

Ora, revelando-se insolável a sociedade, o próprio Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade, preferiu a todos os demais credores quirografários (sem garantia), liquidando o patrimônio líquido da empresa.

Apesar de Salomon haver utilizado a companhia como escudo para lesar os demais credores, a Câmara dos Lordes, reformando as decisões de instâncias inferiores, acatou a sua defesa, no sentido de que, tendo sido validamente constituída, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais.

Entrementes, tal autonomia não é absoluta.

A responsabilidade patrimonial do sócio encontra restrição nos arts. 790, II⁶ c/c 795 do CPC⁷, no sentido de que seus bens só respondem pela dívida societária nos casos previstos em lei.

A respeito do tema, Theodoro Junior (2019, p. 2951/2) pondera:

Há, outrossim, que se distinguir entre a solidariedade que decorre puramente da lei por força da natureza da sociedade, e a que decorre por força da lei, mas da prática de certos atos anormais do sócio ou administrador. No caso de sócios naturalmente solidários é que se dá a responsabilidade executiva secundária, na forma do art. 790, II, cuja

⁶ Art. 790. São sujeitos à execução os bens: II – do sócio, nos termos da lei;

⁷ Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

atuação é direta e ocorre sem necessidade de condenação do terceiro responsável em sentença própria. A responsabilidade extraordinária, como o proveniente de abuso de gestão, violação do contrato, dolo etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória contra o sócio faltoso.

Para entender a autonomia patrimonial do sócio e a possibilidade deste ser responsável pelo pagamento de dívida de empresa cujo quadro social integra é relevante divisar a distinção que o direito das obrigações estabelece entre débito e responsabilidade (*Schuld e Haftung*). O débito existe quando se contrai a obrigação, já a responsabilidade passa a existir quando existe a imputação jurídica para cumprimento daquela, observando que, como sói acontecer, débito e responsabilidade caminham juntos, mas nem sempre isso ocorre, como, por exemplo, nos casos de dívida prescrita, em que existe débito, mas não responsabilidade ou, ainda, no caso do fiador, que não possui o débito, mas assume, por força do contrato de fiança, a responsabilidade pelo adimplemento.

33

Transpondo tal situação para as dívidas contraídas pelas empresas, pode-se dizer que estas detém o débito e a responsabilidade pelo pagamento, enquanto que os sócios ao terem seus bens alcançados pelas dívidas da pessoa jurídica que compõem não possui débito, mas se tornam responsáveis pela obrigação contraída.

Em verdade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu unicamente com o intuito de ultrapassar pontualmente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em razão do uso indevido desta e não a personalidade jurídica, conforme ensinamento de Tartuce (2015, p. 81):

Deve ficar claro que a desconsideração da personalidade jurídica não significa a sua extinção, mas apenas uma ampliação das responsabilidades, quebrando-se com a sua autonomia. Em tom suplementar, a medida é tida como excepcional, dependendo de autorização judicial, como regra. Em suma, não se pode confundir a desconsideração com a despersonalização da pessoa jurídica. No primeiro instituto, apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonalização, a pessoa jurídica é dissolvida ou extinta.

Nesse mesmo sentido também esclarece Didier Jr. (2019, p. 602):

Existem várias outras evidências históricas de que a desconsideração da personalidade jurídica surgiu como técnica para suspender episodicamente o privilégio da limitação da responsabilidade, e não a personalidade jurídica. A limitação da responsabilidade tem suas origens vinculadas a critérios de conveniência econômica, não tendo relação alguma com o tema da personalidade jurídica.

Isso assim o é porque limitação da responsabilidade não é elemento constitutivo da personalidade jurídica.

Ademais, insta notar que o ordenamento jurídico pátrio flexibiliza os contornos obrigacionais existentes entre a sociedade empresarial e o patrimônio dos sócios, como elucida Delgado (2019, p. 597):

Essa relativização, conforme visto, já se expressa na legislação processual civil, tanto no antigo quanto no novo CPC. Vide, ilustrativamente, o art. 592, *caput* e inciso II, do CPC/1973 (“[...] ficam sujeitos a execução os bens do sócio, nos termos da lei”); observe-se, na mesma linha, o art. 790, II, do CPC/2015 (“São sujeitos à execução os bens [...] do sócio, nos termos da lei”). Igualmente, leia-se o art. 596, *caput*, do CPC/73 (“os bens particulares dos sócios não respondem pela dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei – grifos acrescidos), lendo-se também, na mesma direção, o art. 795, *caput*, do CPC/2015 (“Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei”). No Direito Societário, mesmo a antiga Lei das S.A. (Decreto-lei n. 2.627, de 1940) fixava tal relativização em seus arts. 121 e 122, ao passo que a subsequente Lei das Sociedades Anônimas (n. 6.404, de 1976) fixa essa relativização em seu art. 158. O Decreto n. 3.708, de 1919, segundo já exposto, também mencionava similar relativização (art. 10). O Código Civil de 2002, por sua vez, em preceito de caráter geral (art. 50), além dos artigos 1.070 e 1.016, trata igualmente de critério congênere de relativização das fronteiras responsabilizatórias.

De qualquer forma, a construção doutrinária brasileira sobre o tema erigiu a ideia de que com o fim de coibir a prática, pelos sócios, de atos ilícitos, abusos, confusão patrimonial, ou seja, a fim de evitar a desfuncionalidade da empresa engendrou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, teoria da penetração ou *lifting the corporate veil*, ou, ainda, *disregard of the legal entity*. Isso significa dizer que, preenchidos os requisitos legais, é possível, ao juiz, desconsiderar, de forma episódica, o véu

ou escudo protetor da pessoa jurídica (sua personalidade), alcançando os bens dos sócios.

Na visão de Theodoro Júnior (2019, p. 576):

disregard doctrine do direito norte-americano, que autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial entre a empresa e seus sócios ou administradores, sempre que for manipulada para prejudicar os credores. Desta forma, o patrimônio dos sócios é alcançado na reparação de danos provocados pela empresa a terceiros, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para os quais os gestores tenham concorrido.

Complementa Requião (1969, p. 14):

O mais curioso é que a ‘disregard doctrine’ não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas e os bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos.

A respeito da digressão história dessa teoria advinda do sistema do *Common Law*, que possibilita a extensão da responsabilidade patrimonial pelos débitos da empresa aos sócios sem a dissolução ou a desconstituição da personalidade jurídica societária, ensina Didier Jr. (2019, p. 602):

a técnica da desconsideração da personalidade jurídica só veio a surgir no final do Século XIX como consequência de todo o debate que se travou nesse século a respeito da limitação da responsabilidade dos sócios nas formas societárias. No século XIX, foram editados, no Reino Unido, os primeiros diplomas legais que conferiam responsabilidade limitada aos sócios como a Joint Stock Companies Act de 1844 e a Limited Liability Act de 1855 e isso foi determinante para o debate no qual emergiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Complementando tal exposição, ensina Coelho (2008, p. 37):

A teoria é uma elaboração doutrinária recente. Pode-se considerar Rolf Serick o seu principal sistematizador, na tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. É certo que, antes dele, alguns autores já haviam se dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Mas não se encontra claramente nos estudos precursores a motivação central de Serick de buscar definir, em especial a partir da jurisprudência

norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas (1950).

Na ordem interna, Gonçalves (2020, p. 275) acentua que:

vem sendo acolhida em nossa doutrina desde o final dos anos 1960, principalmente a partir dos estudos de Rubens Requião. Como não havia previsão legal para aplicá-la no âmbito do direito privado, de início os tribunais se valeram do art. 135 do Código Tributário Nacional.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor passou a autorizá-la expressamente no art. 28 e seus parágrafos quando “em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, bem como nos casos de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” ou, ainda, “sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. O Código Civil no art. 50 dispôs que “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Demais disso, os requisitos para desconsideração da personalidade jurídica encontram-se presentes em diversas normas do ordenamento jurídico, a saber: art. 50, CC⁸; art. 28, CDC⁹; art. 2º, §2º, da CLT¹⁰;

⁸ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

⁹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

¹⁰ Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. §2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas

art. 135 do CTN¹¹; arts. 117, 158, 245 e 246 da Lei n. 6.404/76¹²; art. 4º da Lei n. 9.605/98¹³; art. 18, §3º, da Lei n. 9.847/99¹⁴; art. 34 da Lei n. 12.529/2011¹⁵; e art. 14 da Lei n. 12.846/2013¹⁶. Em razão dessa positivação, não se pode mais falar em teoria, como expende Tartuce (2015, p. 77): “Como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação privada, não é mais recomendável utilizar

obrigações decorrentes da relação de emprego.

¹¹ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹² Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto. Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo. Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

¹³ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

¹⁴ Art. 18. Os fornecedores e transportadores de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. §3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

¹⁵ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

¹⁶ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

a expressão teoria, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência.”

Na desconsideração direta, a responsabilidade patrimonial pelo adimplemento das dívidas da empresa é estendida aos sócios, que passa a responder judicialmente pelo débito com seu patrimônio pessoal; ao passo que na desconsideração inversa, a responsabilidade pelo pagamento das dívidas dos sócios é estendida à empresa, malgrado o débito seja originariamente do sócio. A doutrina também defende a existência da desconsideração expansiva que, segundo entendimento de Farias e Rosenvald (2015, p. 405) é “a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do sócio eventualmente oculto, que, não raro, está escondido na empresa controladora”; bem como da desconsideração indireta, conceituada pelos citados autores na mesma obra (2015, p. 405) como a permissão de:

levantamento episódico do véu protetivo da empresa controlada para responsabilizar a empresa-controladora (ou coligada) por atos praticados com aquela de modo abusivo ou fraudulento. Observa-se que a hipótese vem se tornando muito comum, em especial envolvendo grandes complexos empresariais que adquirem, sucessivamente, diversas empresas que terminam atuando de modo a criar um ambiente mais seguro para a sua controladora, em detrimento de terceiros que contratam com uma empresa mais fraca (controlada por outra mais forte).

Quanto aos requisitos, duas teorias se destacam na doutrina brasileira: a) teoria maior ou subjetiva, que exige a presença de dois requisitos: abuso da personalidade jurídica (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) e o prejuízo do credor, adotada pelo art. 50, CC; b) teoria menor ou objetiva, que exige um único elemento: prejuízo do credor, que foi adotada pela art. 4º da Lei n. 9.605/98 e art. 28, §5º, do CDC, bem como art. 34 da Lei n. 12.529/2011.

Nessa perspectiva elucidam Saraiva e Unhars (2018, p. 420):

A desconsideração da personalidade jurídica do executado permite que os atos executórios alcancem os bens particulares dos sócios, segundo duas teorias: a) quando se verifica a insuficiência do patrimônio societário (teoria menor), e b) quando se verifica a insuficiência do patrimônio societário e, concomitantemente, restar comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial (teoria maior).

A jurisprudência trabalhista se sedimentou no sentido de aplicar a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, com arnês nos arts. 2º, 10, 448 e 449 da CLT¹⁷, antes mesmo da existência do Código Civil 2002 ou do CDC, com o objetivo de tornar efetiva a execução trabalhista, reconhecendo-se, na fase de execução, a responsabilidade objetiva dos sócios pelos débitos trabalhistas pela simples inexistência de bens da empresa.

Acompanha esse entendimento Santos e Hajel Filho (2020, p. 1073):

teoria menor, também conhecida por teoria objetiva, tem seu fundamento legal no § 5º do art. 28 da Lei 8.078/1990 (CDC). Propugna que, para haver a desconsideração da pessoa jurídica, basta ficar comprovado que ela não possui bens para adimplir a sua obrigação. Para a teoria em lume, não é necessário que ocorra o abuso ou desvio de finalidade. Hodiernamente, é a teoria prevalente na doutrina e na jurisprudência trabalhista.

Isso também em razão do valor social do trabalho e da função social da propriedade insculpidas no texto constitucional, possibilitando que o não pagamento do crédito trabalhista pela empregadora, o mero indício de dissolução ou, pelo menos, paralisação irregular das atividades da empresa executada seja considerado como infração à lei e aos seus credores, permitindo-se que os sócios sejam chamados a responder pela dívida com seu patrimônio pessoal, de modo secundário ou subsidiário.

Expõem Saraiva e Unhares (2018, p. 421) a mesma inteligência:

Entendemos que a Lei 8.078/1990 (CDC), na parte processual, é aplicável ao processo do trabalho. Ademais, a regra insculpida no art. 28, § 5º, do CDC está em consonância com os princípios da celeridade, proteção ao trabalhador hipossuficiente, da efetividade da execução trabalhista e do privilégio do crédito laboral, merecendo plena aplicação ao processo do trabalho.

Desta forma, basta que se verifique a insuficiência de bens por parte da pessoa jurídica para arcar com a condenação trabalhista, para que seja possível a desconsideração de sua personalidade jurídica da empresa, visto que esta constitui obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁷ Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados. Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa.

Convém esclarecer que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa no processo do trabalho tem relação direta com o princípio do direito material do trabalho da despersonalização/despersonalização do empregador ou desconsideração da personalidade jurídica do empregador previsto nos arts. 2º, 10 e 448, todos da CLT, concatenando o trabalhador pessoalmente à empresa, independentemente do seu proprietário momentâneo, como perfilha Leite (2021, p. 867): “A despersonalização do empregador, ou desconsideração da personalidade jurídica do empregador é, a rigor, um princípio do direito material trabalhista extraído da interpretação sistemática dos arts. 2º, §2º, 10, 448 e 449 da CLT.”

No mesmo sentido pondera Nascimento (2011, p. 673):

os riscos da atividade econômica são suportados pelo empregador e que, diante do fenômeno da despersonalização do empregador, o empresário é também responsável por esse pagamento, com o que é possível penhorar bens particulares do sócio para responder pelas dívidas empresariais.

40

Complementa tal interpretação Delgado (2019, p. 496):

a despersonalização do empregador tem despontado como importante fundamento para a desconsideração do manto da pessoa jurídica, em busca da responsabilização subsidiária dos sócios integrantes da entidade societária, em contexto de frustração patrimonial pelo devedor principal na execução trabalhista. Pela despersonalização inerente ao empregador, tem-se compreendido existir intenção da ordem juslaborativa de enfatizar o fato da organização empresarial, enquanto complexo de relações materiais, imateriais e de sujeitos jurídicos, independentemente do envoltório formal a presidir sua atuação no campo da economia e da sociedade. Com isso, a desconsideração societária, em quadro de frustração da execução da coisa julgada trabalhista, derivaria das próprias características impessoais assumidas pelo sujeito passivo no âmbito da relação de emprego.

Nesses moldes, com base nos arts. 790, II e 795 do CPC; 28, §5º, da Lei n. 8.078/90 (CDC); art. 4, V, da Lei n. 6.830/80¹⁸, todos de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (arts. 769 c/c 889 da CLT)¹⁹, bem como dos

¹⁸ A execução fiscal poderá ser promovida contra: V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado.

¹⁹ Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito

arts. 2º, 10, 448 e 449 da CLT é possível desconsiderar a personalidade jurídica da empresa no processo do trabalho, determinando-se o prosseguimento do feito executório igualmente em face de seus sócios, independentemente da natureza da empresa societária, da participação societária, do tempo em que houve a constituição do débito, da finalidade da pessoa jurídica, não havendo a necessidade, ainda, de evidências de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, em razão da aplicação da teoria menor à seara trabalhista.

Não é demais lembrar que, com a promulgação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019, mormente a previsão do art. 1º, §1º²⁰, passou-se a questionar se a teoria menor ainda poderia continuar sendo aplicada na seara trabalhista, em vista dos princípios protetores. Entende-se que a resposta é positiva, já que as normas insculpidas nos arts. 790, II e 795 do CPC; 28, §5º, da Lei n. 8.078/90 (CDC); e art. 4, V, da Lei n. 6.830/80, continuam sendo de aplicação subsidiária ao processo do trabalho (art. 769 da CLT), não existindo nada na Lei n. 13.874/2019 que altere esse quadro. Aliás, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica não determinou a aplicação do art. 50 do CC à seara trabalhista, tampouco vedou a aplicação de qualquer outro dispositivo legal.

41

Ainda que assim não fosse, a Lei n. 13.874/2019 padeceria de vício de inconstitucionalidade formal caso se entenda aplicável as suas disposições ao processo do trabalho, pois o diploma decorre de uma conversão de medida provisória, o que justifica a sua não produção de efeitos processuais, por força do art. 62, §1º, I, “b”, da CRFB²¹, que veda a edição de medida provisória que verse acerca de Direito Processual Civil, Penal ou Trabalhista, por extensão.

processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

²⁰ §1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

²¹ §1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil.

Nesse sentido, vaticina Leite (2021, p. 203/204):

A Lei n. 13.874/2019 alterou a redação do art. 50 do Código Civil, passando a disciplinar os aspectos de direito material do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Vale destacar que essa lei não poderia dispor sobre normas de direito processual, incluído o do trabalho, uma vez que se trata de lei decorrente de conversão de Medida Provisória. Ora, se a CF (art. 62, § 1º, I, b) veda a edição de Medida Provisória que disponha sobre Direito Processual Civil, Penal ou Trabalhista (STF – ADI n. 1.910), então há vício de inconstitucionalidade formal na lei que é resultado de conversão de Medida Provisória que, por sua vez, dispunha sobre direito processual.

3 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UM PRESSUPOSTO NECESSÁRIO

A decisão de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza constitutiva, considerando-se que, por meio dela, cria-se uma nova situação jurídica. Antes do advento do CPC de 2015 ela poderia ocorrer incidentalmente no processo, bastando que o credor demonstrasse os requisitos legais para que o juiz levantasse o véu ou escudo protetor da personalidade jurídica e determinasse o atingimento dos bens particulares dos sócios. Acrescenta a isso, Theodoro Junior (2019, p. 577) que:

Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis. O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados a posteriori, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal.

Aprofundando-se sobre essa sistemática, elucida Gonçalves (2020, p. 277/278):

Na ação promovida pelo credor contra a pessoa jurídica, na qual se promovia a cobrança do débito, o sócio não era parte. Afinal, não era ele o devedor. Em regra, quando se chegava à fase de execução, e não se lograva encontrar bens, o credor postulava a desconsideração, trazendo ao conhecimento do juiz as circunstâncias que permitiam concluir pela existência das situações do art. 50 do Código Civil ou do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. De início, nos processos mais antigos, não havia propriamente um contraditório e não se ouvia o sócio, já que ele não integrava o processo. Se o

juiz entendesse que havia indícios suficientes dos requisitos, ele desconsiderava a personalidade jurídica da empresa e estendia a responsabilidade patrimonial ao sócio, sem que este integrasse a relação processual. Restava a ele defender-se opondo embargos de terceiro, nos quais tentaria demonstrar que os requisitos da desconsideração não estavam preenchidos e que por isso a responsabilidade não poderia ter sido estendida a ele. O contraditório era observado nos embargos de terceiro, em que se dava ao sócio a oportunidade de provar o necessário para afastar a constrição sobre os seus bens. Mais tarde, a jurisprudência e a doutrina passaram a sustentar que não seria possível alcançar bens do sócio sem que houvesse um contraditório no processo em que a desconsideração era decretada. Com isso, passou-se a entender que o sócio, a quem a responsabilidade patrimonial foi estendida, deveria passar a integrar a lide, para a qual deveria ser citado, tendo oportunidade de apresentar embargos à execução. Haveria já a possibilidade de contraditório na própria ação ajuizada em face da empresa. Mas em regra era um contraditório exercido após o deferimento da desconsideração.

Necessário salientar que, a partir do CPC de 2015, há a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da pessoa jurídica para que os bens dos sócios sejam atingidos (art. 795, §4º, do CPC)²², de modo a lhes garantir o direito constitucional ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB)²³, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB)²⁴.

Na seara trabalhista, a previsão dos arts. 133 a 137 do CPC passou a ser aplicável por força do art. 855-A da CLT²⁵, incluído na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017, como era o entendimento do c. TST em 2016, conforme art. 6 da IN/TST n. 39/2016²⁶, tendo o dispositivo

²² §4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

²³ LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁴ LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁵ Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

²⁶ Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

sido inclusive revogado expressamente pelo art. 21 da IN n. 41/2018 do TST²⁷, em razão da Lei da Reforma. O incidente da desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho está previsto, outrossim, nos arts. 56, 86 a 91 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.²⁸

Cabe registrar, por pertinência, o entendimento de Santos e Hajel Filho (2020, p. 1076):

O incidente é uma modalidade interventiva (intervenção de terceiros), pois a ação principal é ajuizada originalmente contra a pessoa jurídica; porém, uma vez instalado o incidente, os seus sócios passam a compor obrigatoriamente o polo passivo da ação, ou seja, terceiros, então, ingressam como réus no processo, ao menos até que o incidente seja solucionado.

O Digesto Processual Civil prevê duas oportunidades para postular a desconconsideração da personalidade jurídica: junto com a inicial ou em petição autônoma (incidente processual). Em qualquer caso, o requerimento

²⁷ Art. 21. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação. Ficam revogados os art. 2º, VIII, e 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.

²⁸ Art. 56. O nome do sócio constará da autuação do processo sempre que requerido pela parte na petição inicial ou quando incluído pelo juiz mediante julgamento de Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade empresarial, em qualquer fase do processo. Art. 86. Não sendo requerida na petição inicial, a desconconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 855-A da CLT será processada como incidente processual, tramitando nos próprios autos do Processo Judicial Eletrônico em que foi suscitada, vedada sua autuação como processo autônomo, tanto nas unidades de primeiro como nas de segundo grau da Justiça do Trabalho. Art. 87. A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o artigo 301 do CPC. Art. 88. Instaurado o incidente, a parte contrária e os requeridos serão notificados para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Parágrafo único. Havendo necessidade de prova oral, o juiz designará audiência para sua coleta. Art. 89. Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, da qual serão as partes e demais requeridos intimados. Parágrafo único. Da decisão proferida: I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do §1º do artigo 893 da CLT; II – na fase de execução, cabe agravo de petição, em 8 (oito) dias, independentemente de garantia do juízo. Art. 90. Em se tratando de incidente requerido originariamente no tribunal, a competência para sua instauração, para decisão de pedidos de tutela provisória e para a instrução será do relator. §1º O relator poderá decidir monocraticamente o incidente ou submetê-lo ao colegiado, juntamente com o recurso. §2º Decidido o incidente monocraticamente pelo relator, da decisão caberá agravo interno, nos termos do Regimento do Tribunal. Art. 91. Decidido o incidente ou julgado o recurso, os autos retomarão seu curso regular.

pode ser feito pela parte ou pelo Ministério Público, sendo por este quando lhe couber intervir no processo (art. 133, *caput*)²⁹. Ocorrendo na fase de conhecimento, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica acarretará a inclusão do sócio no alcance da condenação, por sentença.

Interessante ponderar que, conforme Theodoro Júnior (2019, p. 581/2):

É de se ressaltar, porém, que, embora se admita o incidente de desconconsideração em qualquer tipo de processo e em qualquer fase do procedimento, não será possível pretender manejá-lo durante o cumprimento da sentença, se, pelo mesmo fundamento, a pretensão foi definitivamente rejeitada na fase de conhecimento da ação. A renovação, in casu, esbarrará na coisa julgada.

Consoante Bueno (2022, p. 390):

O instituto tem como objetivo viabilizar o que a prática forense consagrou com o nome de “redirecionamento da execução”, ou, de forma mais precisa, criar condições para que, ao longo do processo (de forma incidental, portanto, daí o nome “incidente”), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas, sujeitando, assim, os bens do sócio aos atos executivos, na forma do inciso VII do art. 790.

45

Neves (2020, p. 311) acrescenta que a “criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconconsideração da personalidade jurídica e à sua natureza: trata-se de um incidente processual e não de ação autônoma.”

Esse incidente, que se trata de intervenção de terceiros provocada, é instaurado em qualquer fase do processo com pedido fundamentado (arts. 133, §1º³⁰ e art. 134, *caput* e §4º³¹, do CPC) da parte ou do Ministério

²⁹ Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

³⁰ §1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

³¹ Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. §4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Público, sendo o sócio citado para se manifestar no prazo de 15 dias, inclusive, requerendo produção de prova e, tratando-se de fase executiva, suspende-se a execução (art. 134, §3º, do CPC)³², decidindo o magistrado na sequência, por decisão interlocutória na seara trabalhista (art. 855-A, §1º, da CLT), contra a qual cabe agravo de petição em se tratando de fase de execução, independentemente da garantia do Juízo (art. art. 855-A, §1º, II, da CLT)³³.

A respeito dessa previsão, assevera Pamplona Filho e Souza (2020, p. 442):

A nosso sentir, errou o legislador ao reputar desnecessária a garantia do juízo na hipótese do julgamento do incidente em fase de execução, uma vez que a interposição de recurso desprovido da garantia recursal é exceção prevista apenas na hipótese de integralmente garantido o juízo. De todo modo, a interpretação do dispositivo que parece mais adequada é aquela que indica como desnecessária a garantia quando já efetivamente garantida a instância.

46 Ressalta-se que, conforme Bueno (2022, p. 391), “O que o CPC de 2015 exige, destarte, é que as razões de direito material que justificam a responsabilização do sócio pela pessoa jurídica [...] sejam apuradas (e decididas) em amplo e prévio contraditório”.

Complementa Neves (2020, p. 313) que, “na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo o direito à produção de prova para convencer o juízo de sua alegação.”

Quanto aos pressupostos legais que autorizam essa hipótese de intervenção de terceiros (art. 134, §4º, CPC) assevera Didier Jr. (2019, p. 607/608):

Não bastam, assim, afirmações genéricas de que a parte quer desconsiderar a personalidade jurídica em razão do “princípio da efetividade” ou do “princípio da dignidade da pessoa humana”.

Ao pedir a desconsideração, a parte ajuíza uma demanda contra alguém; deve, pois, observar os pressupostos do instrumento da demanda.

³² §3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º.

³³ §1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo.

Não custa lembrar: a desconsideração é uma sanção para a prática de atos ilícitos; é preciso que a suposta conduta ilícita seja descrita no requerimento, para que o sujeito possa defender-se dessa acusação.

Assevera, ainda, Gonçalves (2020, p. 280) que:

O incidente assegura contraditório prévio, permitindo que o sócio ou a pessoa jurídica apresentem as suas alegações, e procurem demonstrar que não estão presentes os requisitos da lei material para a desconsideração. Além da manifestação do sócio, o pedido de desconsideração poderá ser impugnado, na desconsideração direta, também pela pessoa jurídica, como tem reconhecido o Superior Tribunal de Justiça. Embora as partes do incidente sejam o suscitante e o sócio (no caso da desconsideração direta), a pessoa jurídica poderá manifestar-se, postulando o não acolhimento do incidente. Pelas mesmas razões, na desconsideração inversa, embora as partes sejam o suscitante e a pessoa jurídica, o sócio poderá manifestar-se, postulando o indeferimento do pedido. Nesse sentido, o REsp 1.208.852.

Adita-se que é possível a concessão de tutela de urgência na hipótese (arts. 300/301 do CPC)³⁴ se o tempo necessário para a concretização da citação puder, de alguma forma, comprometer a efetividade do direito material, como, por exemplo, com a indisponibilidade dos bens do citando (art. 854 do CPC)³⁵ visando à satisfação futura do direito discutido no incidente, como prevê o §2º do art. 855-A da CLT³⁶.

Com o acolhimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica passa a execução legitimamente atingir os bens dos sócios, na medida em que contra ele se cria um título executivo, possibilitando o reconhecimento de ineficácia da alienação ou oneração de bens havida em

³⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

³⁵ Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

³⁶ §2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

fraude à execução em benefício daquele que formulou o incidente, a partir da citação (art. 792, V e §3º, do CPC).

Insta salientar que a responsabilidade do sócio é sempre subsidiária, em razão do benefício de ordem ou excussão (art. 795, §§1º e 2º, do CPC)³⁷, cabendo ao sócio indicar bens livres e desembaraçados da empresa situados na mesma comarca, como pontua Tartuce (2015, p. 76):

A regra é a de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, isto é, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica, para depois se executar os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica.

Além dos efeitos do julgamento e da ineficácia dos atos diante da desconconsideração, convém ressaltar que a decisão faz coisa julgada tornando imutável o quanto decidido para outros processos em que envolvam identidade de partes, de causa de pedir e de pedido.

Nessa tônica, pondera Bueno (2020, p. 652):

Existente a “tríplice identidade”, inclusive com relação ao que, no primeiro processo, justificou a decisão favorável à desconconsideração, a resposta positiva mostra-se correta porque se trata de decisão proferida com base em cognição exauriente proferida após a realização (ou, ao menos, sua possibilidade) da ampla defesa (art. 136).

Disso não se segue, contudo, que a desconconsideração alcançada em determinado processo é generalizada e automática para todo e qualquer caso envolvendo aquele conjunto de pessoas jurídicas e/ou sócios. O objeto do incidente aqui examinado é o reconhecimento da ineficácia da alienação ou da oneração de bens (art. 137), e não, como se poderia supor para alcançar aquela conclusão, de desconstituição da personalidade jurídica. Destarte, impõe que se demonstre nos futuros processos que há a indispensável “tríplice identidade” para justificar a invocação da coisa julgada anterior.

O entendimento aqui sustentado não sofre qualquer alteração na hipótese de o pedido de desconconsideração ser indeferido. Tratando-se de decisão exauriente, ela tende a transitar em julgado quando esgotados ou não interpostos os recursos cabíveis.

A existência de coisa julgada, de qualquer sorte, não é impeditivo

³⁷ §1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade. §2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do §1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembaraçados, bastem para pagar o débito.

para que, diante de novos fatos, novo pedido de desconsideração vir a ser formulado a justificar reavaliação do Estado-juiz, justamente porque, em tal situação, não se faz presente a tríplice identidade destacada acima, ao menos no que diz respeito à sua causa de pedir.

4 A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS FALIDAS OU EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OPOSTO NO PROCESSO TRABALHISTA

A recuperação judicial e a falência são benefícios legais concedidos aos empresários e sociedades empresárias (art. 1º da Lei n. 11.101/2005)³⁸ em razão de a atividade desenvolvida, em tese, permitir o desenvolvimento econômico-social, com o surgimento de novas tecnologias, redução de preços, aumento da concorrência e dos empregos, de modo que referidos institutos permitem a socialização do insucesso ou prejuízo empresarial entre os credores.

Explica, neste tocante, Sacromone (2021, p. 62/63) que:

Por meio da falência, o empresário poderá, com a liquidação de seus ativos e desde que haja a satisfação de ao menos 50% dos seus débitos quirografários, ter suas obrigações extintas (art. 158, II, da Lei n. 11.101/2005). Pela recuperação, por seu turno, o empresário poderá renegociar os débitos com seus credores e impor, a uma minoria discordante, a vontade da maioria dos demais credores. (...)

Como o empreendimento, caso fosse próspero, provocaria efeitos benéficos a toda a coletividade, a Lei assegurou que, para a hipótese de a atividade empresarial não ter sido bem-sucedida, os efeitos maléficos deveriam também ser repartidos por todos. Essa socialização das perdas é um benefício legal ao empresário, por meio da falência e da recuperação, de modo a garantir incentivo para que esse empresário continue a empreender e a arriscar o seu capital.

Na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45 era controvertido na jurisprudência o entendimento acerca da competência executiva da Justiça do Trabalho quando no polo passivo se encontrava empresa

³⁸ Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

falida, existindo, até então, três correntes dissonantes. Isso porque o procedimento falimentar e recuperacional envolve interesse de ordem pública a fim de proteger a *par conditio creditorum* (paridade entre credores da mesma classe).

A primeira e tradicional corrente sustentava que, se no curso da fase de execução sobreviesse o decreto de falência da empresa devedora, a execução dos créditos trabalhistas seria atraída pelo juízo universal da falência, devendo neste prosseguir; ao passo que a segunda corrente defendia que o art. 114 da CRFB conferia à Justiça do Trabalho a competência para executar as suas próprias decisões, excluindo a competência do juízo universal da falência, independentemente se a quebra tivesse ocorrido antes ou depois dos atos de constrição dos bens do devedor, já que os créditos trabalhistas, por serem privilegiados, prescindem da habilitação no juízo universal da falência. A derradeira corrente era eclética, afirmando que a competência é definida de acordo com o instante dos atos de constrição, ou seja, se os bens do devedor fossem penhorados antes da decretação da falência não seriam abrangidos pelo juízo falimentar, por aplicação analógica da Súmula 44 do antigo TFR³⁹, ao passo que se os atos de constrição ocorressem após a quebra, cessaria a competência da Justiça do Trabalho, devendo o Juiz do Trabalho expedir certidão de habilitação legal do crédito trabalhista junto ao processo falimentar.

Com o advento da Lei n. 11.101/2005, criaram-se três institutos em nosso ordenamento jurídico relativamente às empresas que não conseguem honrar as suas dívidas: a recuperação extrajudicial; a recuperação judicial; e a decretação da falência. Registra-se que a partir das alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, a recuperação extrajudicial, que implica ajuste direto entre o devedor e os seus credores, pode ser aplicável aos créditos trabalhistas (art. 161, §1º, da Lei n. 11.101/2005)⁴⁰, desde que

³⁹ Súmula 44: Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o síndico.

⁴⁰ §1º Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no §3º do art. 49 e no inciso II do *caput* do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de

haja negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional, observando-se que sempre foi aplicável aos créditos dos trabalhadores não empregados, cujas ações foram remetidas para a Justiça do Trabalho em virtude da EC n. 45/2004.

Hodiernamente e por conta do referido diploma legal, a decretação da falência ou o deferimento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, até o encerramento da falência/recuperação, na forma do art. 6º da Lei n. 11.101/2005⁴¹, estabelecendo o §1º⁴² do referido dispositivo que terá prosseguimento, no juízo no qual estiver sendo processada, a ação que demandar quantia ilíquida, ressaltando que o §2º⁴³, na sequência, faculta ao interessado pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho. Por sua vez, as reclamações trabalhistas a que se refere o art. 8º da Lei n. 11.101/2005⁴⁴ serão processadas perante a Justiça do Trabalho até a apuração do respectivo crédito, o qual será inscrito no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença.

trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

⁴¹ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: I – suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; II – suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; III – proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

⁴² §1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

⁴³ §2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

⁴⁴ Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, §2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

Sobreleva-se que a decretação da falência ou o deferimento da recuperação judicial não impedia o redirecionamento da execução trabalhista contra os sócios da empresa falida ou recuperanda, por força da teleologia própria da fase de execução, que se processa no interesse do credor e da existência de responsáveis sucessivos.

Com a promulgação da Lei n. 14.112/20, a controvérsia acerca da competência reavivou-se, mas no sentido de se aferir qual seria o Juízo competente para determinar o redirecionamento da execução de empresa falida ou em recuperação judicial. É que referido diploma inseriu na Lei n. 11.101/2005 o art. 82-A, mormente o disposto em seu parágrafo único:

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

A respeito da referida inovação legislativa assevera Sacromone (2021, p. 717/718):

O instituto da desconsideração não possuía previsão na Lei Falimentar até a alteração legislativa, o que motivava uma parte substancial da doutrina a entender que sua aplicação seria impossível. Para essa corrente, a LREF possui sistemas próprios de responsabilização de seus sócios, como os arts. 81 e 82, cuja disciplina é incompatível com a desconsideração.

Foi justamente esse posicionamento doutrinário que motivou a inserção do art. 82-A, que vedou a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores da sociedade falida.

O art. 82-A foi inserido na Lei n. 11.101/2005 para se tentar impedir a aplicação da extensão de falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida.

(...)

Como poderá a Massa Falida responsabilizar seus controladores e administrações pelos prejuízos que sofreu, conferiu o art. 82-A a possibilidade de que os terceiros prejudicados possam diretamente responsabilizar seus sócios de responsabilidade limitada, os controladores e os administradores da sociedade falida beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso de personalidade jurídica.

É cediço que o juízo da falência é universal, ou seja, é o único competente para conhecer das ações sobre bens, interesses e negócios da empresa falida ou recuperanda (art. 76)⁴⁵, de modo que apenas uma única unidade judicante possa arrecadar, bens, liquidar e partilhar o produto dos bens entre os credores. Ademais, o controle, pelo juízo universal, da afetação de todo patrimônio disponível para o adimplimento dos credores, da observância do concurso entre eles em igualdade de condições com os demais de mesma categoria, conforme quadro-geral, do princípio da *par conditio creditorium* para se respeitar a ordem de pagamento das classes de credores e o mesmo percentual de rateio de cada credor dentro da mesma classe, e, ainda, da maximização do valor dos ativos, servem para evitar que a execução seja diluída individualmente e provoque prejuízos à coletividade.

53

Nessa medida, parte da jurisprudência passou a entender que após o início da vigência da supracitada norma jurídica, o juízo universal atraiu a competência para todo ato de execução e expropriação, incluindo-se a desconsideração da personalidade jurídica dessas empresas.

Colaciona-se, a respeito, os seguintes julgados:

AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO PELO EXECUTADO. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. MASSA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DIRECIONAMENTO DOS ATOS EXECUTÓRIOS CONTRA OS SÓCIOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Os arts. 855-A da CLT e 28, §5º, do CDC c/c artigo 50 do CC, subsidiariamente aplicáveis ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769 da CLT, não excepcionam o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica em relação a qualquer tipo de sociedade. No entanto, nos termos do parágrafo único do art. 82-A, da Lei 11.101/05, a desconsideração da personalidade

⁴⁵ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar. Ainda, conforme art. 5º, da Lei 14.112/20, esta Lei aplica-se de imediato aos processos pendentes. Por essa razão, esta justiça especializada não possui competência para apreciar o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica e direcionamento da execução em face dos sócios da executada. Agravo a que se dá parcial provimento. (TRT 6ª Região, Primeira Turma, Processo: AP – 0000791-87.2016.5.06.0010, Redator: Sergio Torres Teixeira, Data de julgamento: 01/09/2021, Data da assinatura: 03/09/2021).

EXECUÇÃO REDIRECIONADA AOS BENS DOS SÓCIOS DA MASSA FALIDA. LEI 14.112/2020 – ART. 82-A E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 11.101/2005. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR. AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE DESPROVIDO. Dispõem o art. 82-A e parágrafo único da Lei 11.101/2005, acrescentados pela Lei 14.112/2020, que: “Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconconsideração da personalidade jurídica. Parágrafo único. A desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”. De acordo com o seu art. 5º, a Lei 14.112/2020 aplica-se de imediato aos processos pendentes, observado o disposto no art. 14 do CPC. Então, fica superada (overruling) a aplicação analógica do entendimento jurisprudencial consubstanciado no inciso II da Súmula nº 54 do TRT3, a saber: “O deferimento da recuperação judicial ao devedor principal não exclui a competência da Justiça do Trabalho para o prosseguimento da execução em relação aos sócios, sucessores (excetuadas as hipóteses do art. 60 da Lei n. 11.101/2005) e integrantes do mesmo grupo econômico, no que respeita, entretanto, a bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”. Mantém-se a decisão agravada que indeferiu o pedido do exequente de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida para inclusão dos seus sócios na execução trabalhista, já que a competência é do juízo falimentar. Agravo de petição desprovido (TRT da 3ª Região, Nona Turma, 0011615-

37.2015.5.03.0168 (APPS), Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Disponibilização: 19/08/2021, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1450). EMPRESA COM A FALÊNCIA DECRETADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DOS SÓCIOS. Enquanto estiver em curso a falência, o Juízo trabalhista nem sequer pode decidir a questão sobre a desconsideração da pessoa jurídica de forma incidente, sob pena de usurpação da competência exclusiva do Juízo Falimentar, conforme expressamente dispõe o parágrafo único do art. 82-A da Lei 11.101/2005, incluído pela Lei 14.112/2020. (TRT da 2ª Região, 17ª Turma, Processo: 1000723-23.2016.5.02.0046, Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO, Data: 05-08-2021)

A despeito do referido entendimento, constata-se que o art. 82-A, parágrafo único, da Lei n. 11.101/05 não determinou a competência exclusiva do Juízo Universal para promover qualquer desconsideração da personalidade jurídica da empresa recuperanda ou falida, mas apenas estabelece que o juízo universal somente pode desconsiderar a personalidade jurídica com base no art. 50 do CC. Ademais, não se extrai do aludido dispositivo qualquer proibição de que isso fosse feito por outro juízo que não o universal, no âmbito de sua competência, desde que, por óbvio, os bens dos sócios já não tenham sido atingidos pela recuperação judicial ou falência.

55

Deveras, a correta interpretação do referido diploma é no sentido de que se o juízo universal já tiver decidido pela desconsideração da personalidade jurídica da empresa em recuperação judicial ou falência, atingido bens dos sócios, tal não pode ser feito por qualquer outro juízo. Entretanto, antes disso, no âmbito de sua competência, cada juízo pode processar e decidir o incidente de desconsideração, pois não inexistem *vis attractiva* para a solução do incidente, visto que os bens dos sócios, a princípio, não estão sujeitos à recuperação judicial ou falência.

Nessa toada é o entendimento de Sacromone (2021, p. 723) ao interpretar o art. 82-A da Lei de Recuperação Judicial e Falência:

O art. 82-A apenas excepcionou a aplicação do efeito suspensivo ao procedimento principal de falência, bem como permitiu sua instauração de ofício pelo próprio Magistrado, o que, diante da proteção de toda a coletividade de credores que seria atraída pela decretação da falência e da arrecadação dos ativos das demais falidas, extrapolariam os interesses patrimoniais e justificaria a atuação jurisdicional para instauração sem provocação.

Além disso, o c. STJ pacificou orientação no sentido de que: “[...] não viola a competência do juízo universal da falência ou da recuperação judicial, por si só, a decisão que desconsidera a personalidade jurídica da empresa.” (AgInt no REsp 1883886/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Marco Buzz, julgado em 05/10/2021, DJe 14/10/2021).

Seguem arestos do c. STJ no mesmo sentido, em sede de conflitos de competência entre o juízo universal e trabalhista:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO TRABALHISTA E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DOS SÓCIOS. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. DECISÃO MANTIDA. 1. Não caracteriza conflito de competência a determinação feita pelo Juízo do Trabalho de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa em recuperação judicial ou falida, direcionando os atos de execução provisória para os sócios da suscitante. Isso porque, em princípio, salvo decisão do Juízo universal em sentido contrário, os bens dos sócios ou de outras sociedades do mesmo grupo econômico da devedora não estão sujeitos à recuperação judicial ou à falência. Precedentes. 2. Atuando as autoridades judiciárias no âmbito de sua competência, não se configura conflito positivo. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no CC 172.193/MT, 2ª Seção, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 30/03/2021, DJe 14/04/2021)

EMENTA CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE FALÊNCIA E TRABALHISTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE VIS ATRACTIVA PARA A SOLUÇÃO DO REFERIDO INCIDENTE. ART. 82-A DA LEI 11101/05 APENAS EXCEPCIONA O EFEITO SUSPENSIVO PARA A SOLUÇÃO DO REFERIDO INCIDENTE NO PROCESSO FALIMENTAR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO. 1. Não caracteriza conflito de competência a determinação feita pelo Juízo do Trabalho de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade em recuperação judicial ou falida, direcionando os atos de execução provisória para os sócios da suscitante. 2. Conflito de competência não conhecido. (Conflito de Competência nº 181552/MG – 2021/0246108-4, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento em 01/02/2022).

Remanesce, portanto, íntegro o enunciado contido na Súmula 480/STJ: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.”

O c. TST perfilha da mesma inteligência:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA EFICÁCIA DA LEI 13.467/2017. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. A decisão regional contraria o entendimento da SBDI-1 do TST, que reconhece a competência da Justiça do Trabalho para os atos executórios decorrentes do redirecionamento da execução contra os sócios da empresa falida. Transcendência política reconhecida. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. Segundo jurisprudência majoritária desta Corte, mediante reiteradas decisões, a falência ou a recuperação judicial determina a limitação da competência trabalhista após os atos de liquidação dos eventuais créditos deferidos, não se procedendo aos atos tipicamente executivos. Contudo, tal entendimento é ressalvado nos casos em que há a possibilidade de redirecionamento da execução a empresas componentes do grupo econômico, devedores subsidiários ou mesmo sócios da empresa falida ou em recuperação judicial, não sendo afetados os atos satisfativos pela competência do juízo universal falimentar. Assim, esta Justiça especializada é competente para julgar pedido de prosseguimento da execução contra os sócios da empresa em processo falimentar, bem como averiguar, se for o caso, a responsabilidade das empresas do grupo econômico. Recurso de revista conhecido e provido (TST, RR-10205-20.2018.5.18.0103, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 28/05/2021).

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – MASSA FALIDA. (violação aos artigos 5º, XXXV, LV, LXXVIII, 109, I, e 114 da CF e de divergência jurisprudencial). O processamento do recurso de revista na vigência da Lei nº 13.467/2017 exige que a causa apresente transcendência com relação aos reflexos gerais de

natureza econômica, política, social ou jurídica (artigo 896 -A da CLT). No presente caso, considerando que o único tema devolvido no recurso de revista consiste na “desconsideração da personalidade jurídica”, em razão do qual o recorrente pretende a responsabilização integral dos sócios pela condenação, e que o valor atualizado do crédito na execução corresponde a R\$ 41.975,33 (quarenta e um mil, novecentos e setenta e cinco reais e trinta e três centavos), tem-se a demanda ostenta transcendência econômica, porquanto ultrapassado o montante de 40 salários mínimos, a teor do 852 -A da CLT. No mérito, verifica -se que o TRT adotou o entendimento de que, uma vez liquidado o quantum debeat e deflagrado o processo falimentar em face da empresa reclamada na Justiça Comum, não há como acolher o pedido de desconsideração da personalidade jurídica nesta Justiça Especializada, a fim de alcançar o patrimônio dos sócios, em virtude da competência prevalecte do juízo universal da falência. No entanto, a jurisprudência do TST tem se consolidado no sentido de que o redirecionamento da execução contra os sócios da empresa falida não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho para dar prosseguimento aos atos executórios em face do patrimônio dos sócios da pessoa jurídica. Isso porque os bens pessoais dos sócios não se confundem com o patrimônio da empresa, este integrante da massa falida e arrecadado pelo juízo da falência. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR-550-76.2014.5.02.0081, 7ª Turma, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, julgado em 16/2/2022).

Neste contexto, figurando-se o sócio como responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas devidas pela empresa executada, porque agiu em desacordo com a legislação aplicável, não pode ser liberado dessa responsabilidade na Justiça do Trabalho, caso contrário, a parte exequente arcará com o prejuízo decorrente da insolvência da empresa, como se assumisse o risco da atividade econômica, o que afrontaria o valor social do trabalho previsto no art. 1º, IV, da CRFB⁴⁶.

Com efeito, o mero pedido de recuperação judicial ou a decretação de falência já demonstram a inidoneidade financeira da empresa devedora principal, o que autoriza ao juízo trabalhista com base na teoria menor, desde que isso não tenha sido feito pelo juízo universal, a desconsiderar a

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

personalidade jurídica empresarial para atingir os bens dos sócios, mesmo porque não se pode impor ao trabalhador o ônus da demora do processo no juízo universal, para só após seu término voltar a execução em face dos sócios, que também se beneficiaram de sua força de trabalho, o que, em última análise, colide frontalmente com os princípios da efetividade processual (art. 5º, LXXVIII, CRFB)⁴⁷, ressaltando-se que a habilitação dos créditos no juízo universal possibilita uma expectativa de percepção do crédito, mas não a certeza do adimplemento.

5 CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica nasce como teoria acadêmica a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico e da jurisprudência dos países de tradição do *Common Law*, influenciando a jurisprudência pátria e, na sequência, é absorvida pelo ordenamento jurídico como forma de evitar a desfuncionalidade empresarial.

No processual do trabalho, a teoria menor da desconsideração é adotada porque é a que melhor se harmoniza com os princípios tutelares da seara processual trabalhista, o que não implica em violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, que são resguardados àqueles cujos bens são atingidos pelo levantamento do véu protetor da personalidade jurídica da empresa, em razão da necessária observância do incidente de desconsideração da personalidade no processo do trabalho, por força da Lei n. 13.467/2017, que acresceu o art. 855-A à CLT e determina a aplicação dos arts. 133 a 137 do CPC, com adequações.

Ademais, a referida intervenção de terceiros pode ser instaurada e julgada pela Justiça do Trabalho, ainda que se trate de empresa falida ou recuperanda, na medida em que o art. 82-A, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005 não veda a competência da seara laboral, conforme precedentes das cortes superiores.

⁴⁷ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 21 mai 2022.
- _____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 mai 2022.
- _____. Legjur.com. **Súmula 44 do Tribunal Federal de Recursos**. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=44>>. Acesso em: 22 mai 2022.
- _____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.
- _____. **Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 20 mai 2022.
- _____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 20 mai 2022.
- _____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.
- _____. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.
- _____. **Lei n. 9.847, de 26 de outubro de 1999**. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9847.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 mai 2022.
- _____. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.

_____. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.

_____. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.

_____. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 21 mai 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no CC 172.193/MT.** Data de julgamento: 30/03/2021, 2ª Seção, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205715323/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-conflito-de-competencia-agint-nos-edcl-no-cc-172193-mt-2020-0109399-8/inteiro-teor-1205715350>>. Acesso em: 27 mai 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1883886/SP.** Data de julgamento: 05/10/2021, 4ª Turma, Relator Ministro Marco Buzz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1297767858/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1883886-sp-2020-0171490-6/inteiro-teor-1297767861>>. Acesso em: 27 mai 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 181552/ MG – 2021/0246108-4.** Data de julgamento: 01/02/2022, 2ª Seção, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1366084062/conflito-de-competencia-cc-181552-mg-2021-0246108-4/decisao-monocratica-1366084073>>. Acesso em: 27 mai 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 480.** Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 22 mai 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **AP 1000723-23.2016.5.02.0046.** Data de julgamento: 05/08/2021, 17ª Turma, Relatora Maria de Lourdes Antonio. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000723-23.2016.5.02.0046/2#13ec8d7>>. Acesso em: 26 mai 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **APPS 0011615-37.2015.5.03.0168.** Data de julgamento: 19/08/2021, 9ª Turma, Relator Rodrigo Ribeiro Bueno. Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011615-37.2015.5.03.0168/2#4e548c8>>. Acesso em: 26 mai 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **AP 0000791-87.2016.5.06.0010**.

Data de julgamento: 01/09/2021, 1ª Turma, Relator Sergio Torres Teixeira.

Disponível em: <<https://pje.trt6.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000791-87.2016.5.06.0010/2#b7317fc>>. Acesso em: 26 mai 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Consolidação dos Provedimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, de 19 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2022]. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/166690>>. Acesso em: 30 mai 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa n. 36, de 15 de março de 2016**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 20 mai 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa n. 41, de 21 de junho de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/intst41_2018.htm>. Acesso em: 20 mai 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-550-76.2014.5.02.0081**.

Data de julgamento: 26/02/2022. 7ª Turma, Relator Ministro Renato

de Lacerda Paiva. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/197669/2022_informativo_tst_cjur_n0250.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 28 mai 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-10205-20.2018.5.18.0103**. Data de julgamento: 28/05/2021. 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220079416/recurso-de-revista-rr-102052020185180103/inteiro-teor-1220079557>>. Acesso em: 28 mai 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

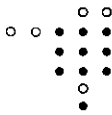
DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Curso de direito processual civil**: teoria geral, vol. 1, 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**: volume único. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2020.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)**. Revista dos Tribunais. n. 410. São Paulo: RT, 1969.
- SACROMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- SARAIVA, Renato; UNHARES, Aryanna. **Processo do trabalho**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018.
- STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO A PARTIR DE SEUS ELEMENTOS: A INTENCIONALIDADE É ESSENCIAL PARA O CONCEITO?

Andrea M. Limongi Pasold¹

Resumo: A partir do poder diretivo, o empregador organiza os processos de trabalho dos empregados e exerce o poder regulamentar, pelo qual distribui tarefas, controla sua realização, expõe resultados. É com a má utilização de tal poder que acaba sendo praticado o assédio moral, cujo conceito é apresentado pela doutrina, sem unanimidade absoluta quanto aos seus elementos, mas que basicamente são a abusividade, a habitualidade e persistência, a ofensa à dignidade do trabalhador, a intencionalidade e o dano. Este trabalho pretende demonstrar que a intencionalidade pode ser substituída pela consciência em determinadas situações, sendo relevante a conduta do assediador para a sua caracterização, mais do que o efeito que provoca individualmente nos empregados, e demonstrar que com o assédio, o meio ambiente laboral sempre fica prejudicado. A legislação de Portugal apresenta o conceito de assédio moral, com nuances interessantes para estudo e utilização pelo Brasil. Exemplo disso é a discriminação como assédio moral, se ocorrida durante a vigência do contrato. Por fim, os efeitos jurídicos do assédio moral são analisados, a partir da perspectiva de que a ausência de doença psíquica ou física não deve impedir o reconhecimento e repressão da sua prática.

65

Palavras-chave: Assédio Moral Organizacional. Abusividade. Persistência. Consciência. Intencionalidade.

¹ Juíza do Trabalho do TRT da 12ª Região, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Especialista em Direito Civil pela UNISUL, autora da obra Contrato de Trabalho e Gratificação de Função, co-autora da obra **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho: artigo por artigo**, professora dos cursos de pós graduação e de capacitação e atualização, professora convidada da ESA/OAB-SC, Diretora Cultural da AMATRA12.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Maurício Godinho Delgado, o poder empregatício se divide em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório ou poder de controle e poder disciplinar² (DELGADO, 2020).

Para o presente estudo, interessa mais especificamente o poder diretivo, que se traduz no conjunto de prerrogativas que o empregador tem em si concentradas, de organizar a estrutura, o espaço empresarial interno, e os processos adotados para a orientação diária dos trabalhos realizados pelos seus subordinados. É no poder diretivo que já se encontra a obrigação por um meio ambiente de trabalho saudável, juntamente com o poder regulamentar, que vai exatamente trazer para os trabalhadores as regras básicas e gerais de comportamento na empresa.

A atividade regulamentar é então manifestação do poder diretivo, ou seja, das intenções e metas do estabelecimento, é a linguagem adotada para transmitir não só as ordens, mas a cultura organizacional pretendida e prevenir condutas abusivas e assediadoras. E a comunicação é de fato muito importante na relação laboral, já que, como se verá adiante, são as palavras ou a falta delas, que podem caracterizar o assédio moral.

Por ocasião do exercício do poder fiscalizatório serão analisadas as condutas em relação às normas internas, e então, se necessário, utilizado o poder disciplinar, que também tem limites. Para o presente estudo, o limite importante é do respeito à dignidade do trabalhador como pessoa humana que é. São as ações vindas do poder empregatício que vão posteriormente demonstrar se o meio ambiente do trabalho, na relação de poder estabelecida pela autoridade, foi contaminado e prejudicado, e se há assédio.

E assim se iniciam os estudos sobre assédio moral, especialmente no Brasil, que não tem previsão normativa específica para análise do fenômeno, de modo que o enquadramento se dá a partir dos elementos caracterizados.

Conceito de assédio moral no trabalho no Brasil e tipos de assédio

No Brasil o conceito de assédio vem a partir da adoção de

²DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2020, p. 808.

entendimentos de estudiosos consagrados no tema, como a francesa Marie-France Hirigoyen, para quem

“assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”³ (HIRIGOYEN, 2002, p.17).

É uma violência mental. Nele, para a autora, o que interessa não é a agressão considerada isoladamente, é o efeito cumulativo dos traumatismos repetidos e frequentes.

O médico alemão Heinz Leymann, citado por Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos e Rodolfo Pamplona Filho, foi pioneiro no tema em relação ao ambiente do trabalho, que para ele

“envolve a comunicação hostil e antiética, dirigida de forma sistemática por um ou alguns indivíduos, principalmente em direção a um indivíduo que, devido ao assédio moral, é empurrado para uma posição impotente e indefesa, realizada por meio de contínuas atividades assediadoras”.⁴ (DOS SANTOS & PAMPLONA FILHO, 2020, p.49).

O mesmo autor alemão traz marcos temporais para caracterização, mencionando o assédio como a violência psicológica extrema de forma sistemática e frequente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de seis meses).

Claiz Gunça dos Santos e Rodolfo Pamplona Filho, por sua vez, propõem o seguinte conceito:

“assédio moral laboral é a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar”.⁵ (Idem, p.51).

³ HIRIGOYEN, Marie France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002. p. 17.

⁴ DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 49.

⁵ Idem, p. 51.

Volia Bomfim Cassar, diferentemente, não conceitua a partir da ação, e sim do efeito, entendendo que assédio moral

“é espécie de dano extrapatrimonial e se distingue do dano moral, pois, enquanto neste a lesão é identificada, sentida, percebida pela vítima, no assédio é camuflado, não perceptível. [...] O terror psicológico é velado, oculto, despercebido pela vítima quanto praticado. Caracteriza-se pela prática de sucessivos atos que baixam a autoestima do trabalhador de tal forma que ele próprio acredita na sua baixa competência ou no seu fracasso.”⁶ (CASSAR, 2018, p.930).

Para ela, também, os atos isoladamente considerados, não caracterizam assédio, e sim a sua conjunção com repetição.

Mais adiante, porém, afirma que

“o assédio é o termo utilizado para designar toda conduta que cause constrangimento psicológico ou físico a pessoa. Já o assédio moral é caracterizado pelas condutas abusivas praticadas pelo empregador direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem seu estado psicológico. Normalmente, refere-se a um costume ou prática reiterada do empregador.”⁷ (Idem, p.931).

Aqui cabe o registro de Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos e Rodolfo Pamplona Filho de que se a conduta é uma prática do empregador, em direção a vários empregados, trata-se de assédio moral organizacional, que constitui

“um processo de hostilidades, estruturado via política organizacional e gerencial da empresa, direcionado a todos os trabalhadores indistintamente ou a determinado perfil de empregados, por exemplo, todas as gestantes ou todos os trabalhadores que a empresa objetiva despedir. O assédio é utilizado dessa forma como instrumento de gestão e controle dos empregados.”⁸

A ideia de assédio organizacional é de um assédio coletivo, retirando o caráter individual e direcionado da ação que o caracteriza, mas

⁶ CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018. P. 930.

⁷ Idem, p. 931.

⁸ Ob. Cit., p. 89.

se verifica que, no Brasil, é forte componente do conceito a repetição, a sistematização da conduta ofensiva, que por isso se transforma em assédio, não se confundindo com ofensa pontual.

Quanto aos tipos de assédio, são o vertical e o horizontal. No assédio vertical a prática do ato é em relação a subordinado (descendente) ou a superior hierárquico (ascendente). O mais comum, naturalmente, é o vertical descendente, justamente pela assimetria existente na relação jurídico laboral, sendo mais comum o abuso no poder diretivo. Exemplos não faltam: exigir metas impossíveis, determinar realização de atividades múltiplas em prazo inatingível por qualquer pessoa, determinar refazimento de tarefas agressivamente, com a afirmação ou mensagem subliminar de incompetência, exibir em reuniões coletivas planilhas de desempenho com comparação e dar apelido aos piores do ranking, que constam de documentos públicos, sucessivas transferências, mudanças de setores sem explicação, deterioração das condições de trabalho em geral, isolamento, proibição de comunicação por colegas, etc.

É possível o assédio ascendente quando há uma falta de reconhecimento de legitimidade no líder apresentado, com a prática de condutas que tentam lhe retirar a autoridade, ou por parte de outra colega, preterido em eventual promoção. Os relatos de assédio vertical ascendente são incomuns, o que pode se dever não necessariamente à sua pouca existência, mas ao fato de que chefes, líderes, tendem a não expor o que pode ser entendido como vulnerabilidade, e sofrem em silêncio mesmo afetados pela conduta dos seus subordinados. Mulheres passam muito por isso em determinados ambientes de trabalho, e, por finalmente terem alcançado postos de chefia, não querem demonstrar incômodo ou sofrimento no relacionamento com os subordinados, camuflando qualquer vulnerabilidade.

O assédio horizontal é aquele existente entre colegas, geralmente por brincadeiras de gosto duvidoso, piadas maldosas, grosserias, machismo, racismo (ao que se agrega o crime), ignorar a presença, comunicação por escrito, entre outros.

Elementos para caracterização de assédio moral na doutrina

1 Abusividade

O assédio moral se caracteriza pelo conjunto de comportamentos hostis, comissivos ou omissivos, marcados pela abusividade. Como mencionado, o poder diretivo do empregador tem limites que, se ultrapassados, são entendidos como abuso de direito em suas mais diversas vertentes (na organização do trabalho, na direção propriamente dita do trabalho, na sua fiscalização e na aplicação de penalidades).

No caso de assédio horizontal, cabe ao empregador fiscalizar atentamente o meio ambiente laboral, que deve ser harmonioso e respeitoso, sendo seu dever garantir o meio ambiente saudável e seguro, e isso não se refere apenas a riscos de lesões físicas, mas também morais. O empregador não deve tolerar condutas que possam caracterizar o assédio entre colegas, até porque, de acordo com o art. 932, III, do Código Civil Brasileiro, havendo dano causado pelo preposto, é o empregador quem com ele responde solidariamente.

70

2 Habitualidade e persistência

A habitualidade tem sido considerada elemento caracterizador essencial do assédio moral, embora haja flexibilidade no seu significado nos casos concretos, como já exposto. Apesar disso, a repetição, ainda que por período a ser analisado, é traço distintivo importante do assédio em relação a outras condutas. A ideia de prolongamento e continuidade da conduta abusiva será vista em cada caso concreto, mas segue relevante.

No entanto, por falta de conceito legal, no Brasil, de assédio moral, também não há precisão do que caracteriza a repetição e o período exigido para que se configure habitualidade. Um ano, seis meses, de repetição? Uma vez por semana, duas, todos os dias, para a habitualidade? Difícil definir, o que em parte torna interessante não haver conceito em lei, que poderia tornar restritiva a caracterização.

Nos últimos anos, o *turn over* nas empresas, ou rotatividade dos empregados, aumentou muito⁹, e isso também tem implicações na noção de

⁹ <<https://www.conexao.com/fgv/noticias/2986/brasil-e-o-pais-com-o-maior-indice-de-turnover>>

repetição, habitualidade e sistematização. Como exigir que a conduta seja repetida por mais de seis meses se a média de duração dos contratos na área econômica em análise for de nove meses? Deve o trabalhador¹⁰ se sujeitar a um tratamento degradante por mais de metade do contrato para poder afirmar que sofreu assédio moral?

Mauro Schiavi aborda a questão afirmando que o

“requisito da repetição da conduta ou habitualidade tem que ser aferido conforme o caso concreto, as características do ofensor, da vítima, as condições de tempo e lugar, o nível de instrução da vítima, a função ocupada pelo empregado e as características da conduta do ofensor. Desse modo, conforme o caso concreto, uma conduta repetida de forma sistemática em um único dia de trabalho, no nosso sentir, pode configurar assédio moral.”¹¹ (SCHIAVI, 2021, p.630).

3 Ofensa à dignidade do trabalhador

A conduta abusiva deve atingir a dignidade e a honra subjetiva do trabalhador¹². Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o legislador constituinte traz a abrangência para se estabelecer um espaço de integridade moral, física e psicológica para o trabalhador como ser humano que é, e ao estabelecer o direito ao meio ambiente sadio, avança para um meio ambiente do trabalho em tal condição. Em algumas situações, o trabalhador assediado efetivamente perde o emprego, agregando a todo o prejuízo moral e psíquico, também o material.

71

4 Intencionalidade ou Consciência

Cerne deste trabalho, deve-se mencionar ainda a questão da intencionalidade para a caracterização do assédio moral. No caso do assédio organizacional, muitas vezes é, perversamente, “estratégico”, algo

¹⁰ Aqui, em todo o trabalho, genericamente considerado o trabalhador e a trabalhadora.

¹¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual didático de direito do trabalho**. Salvador: Jus podium, 2021. P. 630

¹² CRFB, **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **III** – a dignidade da pessoa humana; **IV** – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

programado pela empresa para obter melhores resultados e visa aqueles que não suportarem a pressão excessiva e desmedida, a agressão à sua dignidade, para que saiam o quanto antes, em uma ideia antiga de que os melhores resultados surgem da pressão e do excesso de cobrança, equiparando produtividade e eficiência a horas ilimitadas de trabalho.

Em outros casos, é uma mera manifestação deturpada de poder, uma percepção de que uma suposta superioridade precisa ser reforçada frequentemente, contando com o medo e constrangimento dos subordinados da perda do posto de trabalho e mesmo do espaço de convivência e possibilidade de crescimento.

No caso do assédio organizacional, naturalmente a intencionalidade é requisito, até porque faz parte da sua política de atuação. No entanto, nem sempre é assim quando se trata de assédio praticado por outra pessoa em relação a um trabalhador individualmente considerado nas suas complexidades.

Portanto, importante diferenciar consciência de intencionalidade.

Consciência, de acordo com o Dicionário Aurélio Digital, é

“Atributo altamente desenvolvido na espécie humana e que se define por uma oposição básica: é o atributo pelo qual o homem toma em relação ao mundo (e, posteriormente, em relação aos chamados estados interiores, subjetivos) aquela distância em que se cria a possibilidade de níveis mais altos de integração; 2.P. ext. Conhecimento desse atributo. 3.Faculdade de estabelecer julgamentos morais dos atos realizados. 4.Conhecimento imediato da sua própria atividade psíquica ou física; 5.Conhecimento, noção, ideia”¹³.

Já intencionalidade, embora relacionada à consciência, diz respeito à intenção, pretensão: “1. Ato de tender; intento, tenção. 2.Vontade, desejo, pensamento. 3. Propósito, plano, deliberação. 4. O conjunto dos motivos do autor ao escrever uma obra, em oposição à obra realizada”¹⁴.

Mari France Hirigoyen (2002) diferencia a intencionalidade consciente da inconsciente: na consciente, o assediador tem a vontade de fazer o mal, e na inconsciente, pratica atos que ferem, persegue o trabalhador, mas não tem o propósito de causar mal.

¹³ <<http://www2.trt12.gov.br/aurelio/home.asp>>

¹⁴ <<http://www2.trt12.gov.br/aurelio/home.asp>>

Pode parecer estranho, mas o ser humano é cheio de idiossincrasias¹⁵ na sua complexidade, e como as pessoas são diferentes, há quem realmente ache que é tolerável e suportável pelo seu colega ou subordinado o tratamento dispensado, pela intenção de aumentar produtividade ou melhorar resultados, ou seja, sem intenção de que o trabalhador deixe o emprego.

Assim, pode-se dizer que uma pessoa, embora tenha consciência de que o ato que pratica agride à dignidade de um colega, de um subordinado, em abuso ao poder diretivo, pode não ter necessariamente intenção de causar o efeito decorrente desse ato. No entanto, na perspectiva da vítima, pouco importa se havia ou não a intenção, desde que o ofensor tivesse um mínimo de consciência de que a ação era inadequada e potencialmente ofensiva.

A intencionalidade está ligada ao dolo, pretensão de degradar o ambiente de trabalho, prejudicar o trabalhador em suas esferas psicológica, física e intelectual, duvidando de sua capacidade e indo ao extremo para tentar agradar, ou apenas para que deixe aquele emprego.

A corrente subjetiva é a predominante, que exige o elemento da intencionalidade para a caracterização do assédio moral. Há a corrente objetiva, para a qual é elemento acessório, devendo ser analisado em conjunto a outros, (DOS SANTOS & PAMPLONA FILHO, 2020)¹⁶.

Para fins deste artigo, e com respeito aos entendimentos em contrário, chega-se em um meio termo entre as correntes subjetiva e objetiva, e considera-se que o elemento essencial é a consciência (ou a intencionalidade inconsciente de Marie France), ou seja, a percepção, por parte do assediador, de que existe uma agressão, um abuso, nas suas práticas, mas não há necessidade, para o conceito de assédio moral, que se perquiria o propósito ou intenção de causar o mal.

Isso porque o ato ou a sequência de atos deve ser considerada por si, antes da verificação dos efeitos que causa na vítima. Se há pleno conhecimento de que a linguagem, o método de controle e gestão,

¹⁵ 1. Disposição do temperamento do indivíduo, que o faz reagir de maneira muito pessoal à ação dos agentes externos. 2. Maneira de ver, sentir, reagir, própria de cada pessoa.

¹⁶ DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 58.

do relacionamento no processo produtivo, é potencialmente danoso e ofensivo, não deve ser exigido que o trabalhador prove que, agindo assim, tinha o ofensor determinada intenção específica. Se tratamos o assédio como categoria relacionada a exercício e reforço de poder pelo tratamento inadequado a quem está em posição de subordinação, como no assédio vertical descendente, qual a relevância de se perquirir e, pior, ter que provar, qual a intenção maior na conduta?

5 Dano

Por fim, há quem entenda que é exigível o efetivo dano, ao menos psíquico/emocional (que, para fins deste estudo, se exigido, é presumido a partir da caracterização do assédio pelos seus demais elementos).

Pelo conceito apresentado por Volia Bomfim Cassar, fica claro que se filia a tal entendimento. Por outro lado, há quem se filie ao entendimento de que a agressão configura o assédio, e não o dano eventualmente decorrente¹⁷. (PAMPLONA FILHO, WYZYKOWSKI, BARROS & DE GÓES, 2016). Isso porque a conduta do assediador deve ser analisada por si, e não pelos efeitos mais ou menos gravosos que causa no assediado, necessariamente.

Conceito de assédio moral na legislação de Portugal

Em Portugal o Código do Trabalho regulamenta as relações de trabalho no país, tendo sido aprovado pela Lei n. 7/2009. Para fins do presente estudo, interessa a alteração promovida pela Lei n. 73/2017, de 16 de agosto, que modificou o artigo 29, especialmente.

O Código de Portugal utiliza a técnica de conceituar assédio genericamente, e distinguir o assédio sexual em separado.

Assim, no artigo 29 segue o conceito de assédio:

“2 – Entende-se por assédio o **comportamento indesejado**, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho

¹⁷ Como PAMPLONA FILHO, Rodolfo, WYZYKOWSKI, Adriana, BARROS, Renato da Cota Lino de Goes. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: Ltr, 2016, p. 129.

ou formação profissional, com **o objetivo ou o efeito** de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente **intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou destabilizador.**”(grifos meus).

Há o comportamento indesejado como base do conceito, que é algo que se pode supor na caracterização brasileira. Indesejado não se confunde com repellido, porque no assédio vertical descendente, há o temor da perda do posto de trabalho, de modo que nem sempre se pode reagir ao assédio com a repulsa que merece.

De forma interessante, enquanto no Brasil se pode discutir se o assédio é a conduta ou o seu efeito, em Portugal há as duas possibilidades, ou seja, o objetivo pode ser de perturbar, constranger, afetar a dignidade, etc, ou tudo isso pode ser efeito do comportamento, que, portanto, pode ser apenas consciente, e não necessariamente intencional.

Da mesma forma, também é algo que afete a pessoa e sua dignidade OU que crie, de forma consciente pelo assediador, o ambiente de trabalho prejudicial. Disso se percebe, sem utilizar as palavras, que a intenção é de que o trabalhador peça demissão, no que João Leal Amado chama de assédio estratégico, “promovido pelo empregador em ordem a ‘quebrar’ o trabalhador, impelindo-o a demitir-se”¹⁸.

O conceito legal de assédio em Portugal não contempla a repetição da conduta ou sua habitualidade. O requisito é um comportamento, que, embora tenha como significado a conduta e o procedimento, também contempla “2.Conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social.”

Comportamento, portanto, não implica necessariamente em um ato isolado, podendo ser um conjunto de ações. Tanto assim que João Leal Amado afirma que “as condutas assediantes possuem, em regra, um caráter duradouro, reiterado, persistente, originando um conflito em escalada entre os sujeitos”¹⁹. Mas ele mesmo reconhece que o elemento de reiteração não é indispensável na lei, assim como ressalta que a intencionalidade não é requisito essencial na norma posta.

¹⁸ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. Coimbra: Edições Almedinas, 2021. p. 215.

¹⁹ Ob. Cit. P. 215.

Interessante é a referência, por Leal Amado, ao assédio na forma de violação ao direito de trabalhar, com o esvaziamento das funções do trabalhador, que fica “na prateleira”, segundo ele, ou “na geladeira”, diríamos nós. Há previsão no Código do Trabalho que garante aos trabalhadores o direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal, e, assim, também há a proibição ao empregador de obstar injustificadamente a prestação de trabalho²⁰. (AMADO, 2021)

Em uma leitura selecionada das expressões utilizadas pelo Código do Trabalho português, o comportamento praticado quando do acesso ao emprego que caracteriza o assédio é aquele que tem o **efeito** de perturbar, constranger a pessoa ou afetar sua dignidade, mas não o objetivo, sem sentido naquele momento. Mas há, infelizmente, pessoas sem qualquer talento para entrevistar ou mesmo lidar com outras, sob seu comando ou em sua companhia, e que podem adotar uma conduta assediadora já na entrevista com o objetivo de constranger a pessoa, para verificar como ela reagiria, caso contratada, quando isso ocorresse no curso da relação de emprego. Mas se quer imaginar que se está falando de exceção.

76

A discriminação como assédio

Pode-se presumir a previsão de assédio pré-contratual como forma de discriminação pelo teor do artigo 28º do Código do Trabalho Português:

“A prática de acto discriminatório lesivo de trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito.”

A previsão específica de assédio baseado em fator discriminatório mostra a importância que o direito português atribui ao assunto, já citando a indenização por danos não patrimoniais, que, naturalmente, serão presumidos com a prova da discriminação.

No Brasil, temos disposição sobre a discriminação na lei 9.029/95:

“art. 1º – É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito **de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação

²⁰ Art. 129º, 1, b).

familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Pode-se pensar, no Brasil, em adotar a lei em questão num significativo também de prática de assédio moral caso ocorra alguma das suas situações, dependendo não do objetivo de quem pratica, mas do efeito que cause, conforme a fase em que ocorre a conduta. É interessante notar que para fins de conceito de assédio baseado em discriminação, pouco importa habitualidade, repetição, reiteração de conduta.

Se for feita a análise dos elementos caracterizadores, sendo a conduta discriminatória abuso de direito, e que causa lesão à intimidade do trabalhador, de forma consciente (mesmo que não intencional), com dano presumido, o elemento repetição e habitualidade não deve ser considerado necessário. Uma única ação comprovadamente discriminatória preenche os requisitos para ser considerada, além de tudo, assédio moral de alta gravidade e, com isso gerar danos extrapatrimoniais indenizáveis.

Situação que desperta interesse para estudo é a caracterização de assédio quando a conduta preencher os requisitos, estando-se diante de uma relação de trabalho não necessariamente subordinada, abrangendo o conceito também para relações de prestação de serviços autônomos, eventuais, no contrato de aprendizagem, estágio, e mesmo na terceirização, com responsabilidade solidária ou até exclusiva caso o representante do contratante dos serviços seja o ofensor assediador.

Efeitos jurídicos do assédio moral

O assédio pode produzir diversos efeitos, alguns mais, outros menos perceptíveis, sendo a degradação do ambiente de trabalho um efeito coletivo, mesmo que a conduta tenha tido uma única vítima. Pode afetar a saúde do assediado, mental mas também física, com doenças psicossomáticas. Pode não chegar a trazer o efeito tão maléfico como o adoecimento, mas nem por isso deixa de ser grave. Na verdade, deveria ser suficiente, para fins de caracterização e reparação, o assédio em si, com um dano *in re ipsa* moral. Pode-se pensar, como Volia Cassar entende, que o assédio moral em si já é um dano, com o que basta a prova da conduta e, se assim se exigir, da intencionalidade ou da consciência.

Pode haver um prejuízo material se o trabalhador pedir demissão pelo assédio sofrido, não só pela perda do emprego, mas pelas verbas recebidas por ser sua a iniciativa. E que não se diga que a rescisão indireta era uma opção que poderia minimizar o prejuízo, porque nem sempre um trabalhador de pouca instrução tem conhecimento de que há outra saída que não o pedido de demissão. Muitas vezes para o trabalhador, com os nervos em frangalhos pelo assédio sofrido, a tomada de decisões com clareza se torna muito difícil.

Além disso, sendo a declaração de rescisão indireta judicial, o processo pode demorar de meses a anos, e, durante o seu trâmite, o contrato ficará suspenso, deixando o trabalhador de prestar os serviços (o que é natural, já que o pedido de rescisão indireta é pelo tratamento conferido, sendo insuportável a sua continuidade), não apenas sem percepção de salários, mas sem acesso ao FGTS depositado, como regra geral, nem a seguro desemprego, e sem ter certeza de quais verbas rescisórias poderá receber ao final.

78

Em Portugal a análise é da conduta do assediador em primeiro momento. Se há comportamento de assédio, o dano se presume, sem maiores indagações acerca da vítima em si.

Já no Brasil, decisões de tribunais mostram que a vítima acaba passando também por julgamento na apreciação do assédio. Leva-se em conta o seu perfil psicológico, seu histórico em relacionamentos na empresa e em outros empregos, como se isso determinasse a gravidade e a própria conduta do assediador.

É importante a simplicidade com completude da previsão portuguesa. Embora o adoecimento psíquico e até físico possa ser efeito do assédio para a vítima, ele não deve ser requisito para a indenização, sob risco de trabalhadores serem obrigados a chegar em seus limites para que possam se ver ressarcidos, como se sua humilhação, seu sentimento, sua honra objetiva e subjetiva, não pudessem ser suficientes. Assim também em relação à previsão de o assédio ter como objetivo ou como efeito a perturbação, o constrangimento, que o leve ao seu limite, porque não deve ser exigido que o empregado chegue ao ponto de pedir demissão para que possa se valer de alegação de assédio e pedido indenizatório.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio moral é compreendido a partir da sua origem no exercício abusivo do poder diretivo do empregador, especialmente no poder de organização, e se reflete no meio ambiente do trabalho, além dos efeitos no trabalhador individualmente considerado. Caso a conduta assediadora seja estratégia de gestão, o que antes se denominava gestão por injúria é agora assédio moral organizacional, o que não necessariamente facilita sua repressão ou combate, porque a definição do que é assédio moral segue sendo feita pela doutrina, sem conceito legal, diferentemente de Portugal, com conceito bastante amplo não apenas do ponto de vista da conduta, mas também dos seus efeitos e pretensões, já prevendo o pagamento de indenização caso comprovado o assédio.

Percebe-se que o dano extrapatrimonial, em Portugal, é presumido. No Brasil, nem sempre isso ocorre. Infelizmente, ainda são feitas análises do enquadramento da conduta do ofensor a partir da reação do ofendido, para a caracterização do assédio moral, quando na verdade o conceito engloba os efeitos, mas não se restringe a eles.

Talvez se possa estabelecer que nem todos os elementos do assédio precisem existir concomitantemente, e que alguns possam ser presumidos. Assim, o elemento ofensa à dignidade do trabalhador é fundamental, mas sua configuração faz presumir o elemento dano. A abusividade é elemento essencial, mas sua análise pode ser feita a partir do elemento consciência, e não intencionalidade, para que se conclua pela existência do assédio pela conduta em si, e não pela intenção, muito mais difícil de ser comprovada, e muitas vezes inútil a busca, porque a intenção pode ser apenas desestabilizar emocionalmente o trabalhador, sem outras consequências, e isso deve ser mais do que suficiente para que se entenda existente o assédio.

Não se deve manter a ideia ainda existente de exigir uma doença do trabalhador para que se entenda então pela ocorrência do assédio, já que causador da moléstia. Isso apenas perpetua as condutas e piora os efeitos, e faz com que os trabalhadores se rendam à situação até o seu limite, porque antes disso não conseguem demonstrar o, por vezes perverso, elemento da habitualidade e persistência.

Por fim, propõe-se que o assédio moral individual seja compreendido como “a conduta, entendida como um ato ou uma série de atos, comissiva ou omissiva, conforme a situação, por palavras, gestos ou ações, no ambiente laboral ou por causa do trabalho, ainda que fora do seu local e horário, ofensiva à dignidade de um trabalhador ou uma trabalhadora, com ou sem viés discriminatório, praticada por pessoa, em posição de poder hierárquico ou não, que, tendo a consciência plena do seu agir, escolhe fazê-lo, caracterizando abuso de direito e, com isso, intencionalmente ou não, causa dano ao trabalhador ofendido”.

O conceito pretende abranger não apenas as relações de emprego, mas também prestadores de serviços e as situações em que o assédio é praticado por representante de contratante de serviços em terceirizações, e a análise da necessidade de habitualidade será apreciada em cada caso concreto. Não se pretende fechar o conceito, e sim propor algo que possa ser aprimorado com o tempo e a partir de novas situações que se apresentem.

REFERÊNCIAS

ABNT: FERREIRA, **Aurélio** Buarque de Holanda. Novo **Aurélio** Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <<http://www2.trt12.gov.br/aurelio/home.asp>>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: residência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>.

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. Coimbra: Edições Almedinas, 2021.

CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

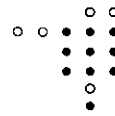
DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2020

DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio moral organizacional: presencial e virtual**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HIRIGOYEN, Marie France. **Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, WYZYKOWSKI, Adriana, BARROS, Renato da Cota Lino de Goes. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: Ltr, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual didático de direito do trabalho**. Salvador: Jus podium, 2021.



NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA NA TERCEIRIZAÇÃO

Carlos Eduardo Oliveira Dias¹

Resumo: No presente texto apresentamos algumas considerações a respeito das repercussões das novas regulações da terceirização pela Lei n. 6.109 e pelas interpretações jurisdicionais do STF, mais especificamente sobre os contornos da responsabilidade trabalhista à luz dessas novas vertentes. O novo tratamento normativo consagra a possibilidade de reconhecimento de outras relações jurídicas interempresariais, para muito além daquilo que constava dos limites estreitos da Súmula 331, do TST, permitindo o enquadramento no conceito de “terceirização” de várias formas de divisão do trabalho, inclusive aquelas em que a transferência dos serviços faz com que sejam executados externamente. Por outro lado, a decisão vinculante do STF, se de um lado ampliou as hipóteses de terceirização, de outra parte reafirmou a responsabilidade subsidiária do beneficiário do trabalho, independentemente da forma de divisão do trabalho entre as empresas.

81

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade Trabalhista. Intermediação de Mão de obra.

1 INTRODUÇÃO

A disseminação da terceirização como modelo produtivo, havida desde a introdução da influência das teses de reorganização estrutural nas empresas, atingiu em cheio os processos judiciais trabalhistas. Especialmente após a edição da súmula 331, pelo TST, que mudou a orientação restritiva anterior, houve uma ampliação gradual e

¹Juiz Titular da 1a. VT de Campinas. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e Pós-Doutor pela Universidade de Córdoba (Argentina). Pesquisador em nível de pós-doutoramento no Instituto de Economia da UNICAMP. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017); Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (2018-2020) e Juiz Auxiliar da Vice-Corregedoria Regional do TRT da 15ª Região (2020-2022). Professor em cursos de pós-graduação e autor de diversas obras jurídicas.

significativa na adoção desse método de exploração do trabalho, como toda a carga de negatividade que encerra, mormente por ser capaz de produzir desigualdade e precariedade.

O critério adotado pela súmula na definição de licitude ou ilicitude da terceirização foi o que disciplinou o tema até a aprovação da Lei n. 13.429, de 2017 e da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252. Tirante as situações nas quais se invocava a contratação fraudulenta, postulando-se o reconhecimento direto da relação empregatícia com o tomador de serviços – o que foi sepultado pelo texto normativo e pela decisão retro citadas –, os aspectos mais marcantes envolviam a responsabilização do contratante: desde a discussão sobre sua natureza (se solidária ou subsidiária) até mesmo o correspondente alcance.

Para além da natureza dessa responsabilidade – e da sua própria juridicidade, porquanto o reconhecimento legal só ocorreu em período recente – a decisão proferida pelo STF nos permite traçar novas linhas definidoras dessa questão no plano da responsabilidade trabalhista do tomador de serviços.

Antes de adentrarmos a este tópico, no entanto, vale ponderar que a terceirização brasileira assumiu um papel adicional, que acabou se tornando o protagonista: uma forma de retirar o trabalhador do sistema de proteção construído no início do século XX e que é considerado, por aqueles que advogam um pensamento mais voltado ao liberalismo, excessivamente intervencionista e capaz de comprometer a produtividade e a competitividade das empresas².

Dessa maneira, desde que começou a ser desenvolvido, ele se torna um dos instrumentos de desqualificação da mão de obra com vistas a suprimir ou, ao menos, reduzir o impacto de abrangência do sistema de proteção do trabalho. Em outras palavras, tornou-se instrumento de

² Nesse sentido, a lição de Márcio Pochmann: “*O movimento de terceirização dos contratos de mão-de-obra pelas empresas no Brasil atendeu ao objetivo maior de assegurar a sua própria sobrevivência num contexto demarcado pela ampliação da competição intercapitalista desregulada e vinculada à inserção subordinada e passiva da economia nacional à globalização.*” *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho: a superterceirização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 54).

precarização, e não apenas em um modelo produtivo voltado ao incentivo da especialização³.

A despeito disso, o tema não mereceu regulação própria por parte do legislador. Tirante alguns dispositivos tópicos⁴, não foi construída uma legislação para abarcar esse fenômeno econômico e suas repercussões no Direito do Trabalho. Todavia, com os permissivos legais pontuais e na onda de desconstrução já assinalada, a terceirização passou a ser intensamente praticada, ocasionando constantes provocações ao Poder Judiciário para enfrentar o tema, à luz do sistema em vigor. Nesse sentido, ainda nos anos 1980, o Tribunal Superior do Trabalho, exercendo seu papel uniformizador da jurisprudência, estabeleceu limites severos à interposição de mão-de-obra, consolidando seu entendimento no Enunciado 256, que somente a admitia nos casos especificados em leis vigentes à época⁵.

No início dos anos 1990, no entanto, o TST revisou sua jurisprudência, devidamente influenciado pelo perfil de sua composição⁶ e pela incisiva inflexão do pensamento econômico hegemônico, que atuava incisivamente em favor da ampliação das hipóteses de terceirização. Assim,

³ É o que Ricardo Antunes chama de “subproletarização do trabalho”, “presente nas formas de trabalho precário, parcial, temporário, subcontratado, ‘terceirizado’, vinculados à ‘economia informal’, entre tantas modalidades existentes.” *op cit.*, p. 52.

⁴ Nesse sentido, os dispositivos legais que, de alguma maneira, tratam da interposição de mão-de-obra são: a) CLT – art. 455; art. 442, par. 2º. (L. 8949/94) – Cooperativas de trabalho; art. 652, a, III; b) DL 200/67 – Administração Pública, Art. 10, par. 7º – Tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; c) Lei n. 5645/70 – Atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras (preferência); d) Lei n. 6.019/74 – Trabalho temporário; e) Lei n. 7.102/83 – Segurança e transporte de valores para estabelecimentos financeiros; f) Lei n. 8987/95 (art. 25) – Concessão e permissão dos serviços públicos; g) Lei n. 9472/97 (art. 94) – Lei das telecomunicações; h) Decreto 2271/1997 (art. 1º) – Atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares (Administração Pública).

⁵ Nesse sentido, é relevante a leitura feita por Noêmia Porto, no estudo dos precedentes que levaram à construção do Enunciado 256. Para a autora, o TST reforçou “a temática do princípio da legalidade estrita, porquanto o contrato celebrado com o empregado não poderia subsistir à falta de lei dispondo diretamente sobre tal possibilidade. (...) A intermediação, sem reconhecimento do vínculo direto com a tomadora, representaria, assim, uma afronta à Constituição e aos termos do art. 9º. da CLT.” PORTO, Noêmia, *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*, São Paulo: LTr, 2013, p. 52.

⁶ A qual incluía, à época, a chamada representação classista, suprimida pela Emenda Constitucional 24/99.

“uma interpretação extensiva – ou heterodoxa da não eventualidade – admitiu como conforme ao direito a exteriorização da atividade-meio realizada na empresa, desde que sem pessoalidade ou subordinação.”⁷ Com isso, a jurisprudência consolidada passou a admitir a interposição de mão de obra, para além das hipóteses previstas em lei, estendendo sua licitude a todas as situações que não envolvessem a essência econômica da atividade empresarial⁸.

Nesse contexto, apesar dos esforços da jurisprudência trabalhista de tentar estabelecer contornos mais precisos para a adoção da terceirização, o critério jurisprudencial não foi suficiente para eliminar os problemas decorrentes dessa mutação conceitual. Com efeito, além das situações contempladas na legislação específica⁹, foram consideradas lícitas as práticas de interposição de mão de obra nos serviços de conservação e limpeza, além de outros ligados a serviços especializados¹⁰. De outra parte, seriam ilícitas todas as situações de interposição envolvendo serviço não especializado e que contasse com pessoalidade e subordinação direta¹¹.

84

A partir dos ditames lavrados na jurisprudência, todo o embate subsequente passou a envolver o preenchimento dos conceitos indeterminados estabelecidos na súmula, e que seriam definidores não apenas da natureza da interposição – se lícita ou ilícita – como também de seus efeitos – reconhecimento de vínculo diretamente com o tomador de serviços ou sua responsabilidade subsidiária. O passo seguinte na evolução jurisprudencial foi o de estabelecer o que poderia ser considerado atividade-fim e o que seria atividade-meio. Por certo que as forças econômicas acentuaram o discurso da especialidade, e procuraram emplacar interpretações cada vez

⁷ Silva, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo, *op. cit.*, p. 65.

⁸ Essa alteração se deu com a Súmula 331 (1993), que revogou a que lhe antecedia.

⁹ Que são o trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e o prestado em Serviços de Vigilância (Lei n. 7.102/70).

¹⁰ O que poderia ser traduzido como “atividade-meio”, envolvendo funções e tarefas que não compõem a dinâmica empresarial e não definem sua essência, ou seja, que podem ser consideradas atividades periféricas no complexo produtivo.

¹¹ Dentro da lógica da chamada atividade-fim podem ser inseridas funções e tarefas que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial, vale dizer as atividades nucleares e definidoras da essência econômica da empresa.

mais extensivas ao conceito de atividade-meio, com a finalidade de ampliar as hipóteses de terceirização, sendo devidamente sufragadas pela existência de leis destinadas a segmentos específicos¹².

Mas as dificuldades nesse sentido foram latentes. Afinal, mesmo diante dos parâmetros estipulados pela Súmula 331, há naturais dificuldades de preenchimento desse conceito, que tendem a variar de acordo com o modelo produtivo adotado. Aquilo que é nitidamente periférico em determinadas atividades pode ser da essencialidade do exercício econômico de outras. De outra parte, o paradigma jurisprudencial também se mostrou insuficiente ao qualificar a existência da pessoalidade e da subordinação direta como elementos caracterizadores da terceirização ilícita, sem levar em conta as dimensões contemporâneas desses conceitos.

Com efeito, a descentralização produtiva dos processos de trabalho leva, de maneira inevitável, à pulverização das relações econômicas, que nem sempre se amoldam à configuração clássica estabelecida para esses elementos de configuração do contrato de trabalho. Bem por isso a doutrina tem cuidado de renovar conceitos estruturantes como esse, a fim de “melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho”, atenuando “o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços.”¹³ Daí porque a subordinação objetiva – ou direta, nos dizeres sumulares – deveria ser readequada para se considerá-la ao plano estrutural¹⁴, muito mais condizente com os modelos

¹² Como foi o caso das Leis 8.897/95 e 9.472/97, respectivamente tratando dos setores de energia elétrica e de telecomunicações. Não é casual que essas leis foram elaboradas para atender à demanda específica do poder econômico representado por esses setores, que foram privatizados no decorrer dos anos 1990, e entregues a grandes corporações, inclusive de capital internacional, extremamente interessadas no máximo aproveitamento do mercado deixado pelas empresas públicas que antes exerciam essas atividades. O “pacote”, formado no contexto da hegemonia neoliberal, envolvia a desconstrução do primado do trabalho nesses setores produtivos.

¹³ Cf. Delgado, Mauricio Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. In SILVA, Alessandro da, et al. ii (coord.) *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 86.

¹⁴ Subordinação estrutural é aquela “que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.” Idem.

produtivos contemporâneos, o que, naturalmente, trazia um novo corte conceitual à própria licitude da terceirização.

Além disso, a solução jurisprudencial não solucionou um problema que, embora seja aparentemente simples, produz efeitos dos mais complexos. Trata-se da distinção entre as modalidades interna e externa de terceirização. Com efeito, o fenômeno da terceirização contemporânea surge exatamente com o processo de externalização de parte da atividade produtiva de uma empresa para outra, a quem fica incumbida a realização da produção específica de certas etapas do processo. Todavia, o regramento sumular foi enfatizado sobre as formas internas de terceirização, classicamente configurado pela já enunciada “locação de mão de obra”¹⁵. Esse enquadramento contribuiu para a formulação de um juízo superficial no sentido de que só poderia ser considerada uma forma de terceirização a prática voltada à internalização do processo, desqualificando-se as formas externas desse contexto. O resultado imediato desse processo é o não-reconhecimento dessas práticas como inseridas nos ditames jurisprudenciais, ora afastando o debate sobre a ilicitude – e, naturalmente, impedindo o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços – ora afastando a própria responsabilidade subsidiária¹⁶.

O efeito imediato disso é que o critério jurisprudencial não impediu efetivamente a terceirização de atividades nucleares ao processo produtivo, como as de supervisão, organização, logística, gerência e inspeção de qualidade, em um processo que Márcio Pochmann nomina

¹⁵ Não por outro motivo, as figuras de licitude descritas na súmula são exatamente aquelas que se configuram dessa maneira.

¹⁶ Essa, a nosso ver, a maior distorção oferecida por essa visão equivocada da terceirização, segundo o modelo firmado classicamente. A partir dessa lógica simplificadora – que tende a reconhecer os efeitos jurídicos de determinado fenômeno apenas se ajustá-lo de modo específico ao modelo sumular previamente afirmado – deixa de se assimilar os conceitos estruturantes que justificam a própria existência do Direito do Trabalho. Um dos exemplos mais gritantes dessa desqualificação está no tratamento que a jurisprudência vem conferindo aos chamados “contratos de façção”, usados pela indústria têxtil para transferir etapas de sua produção para empresas ou pessoas naturais. A despeito de ser típica terceirização externa, a jurisprudência trabalhista, inclusive do TST, vem negando o reconhecimento desse enquadramento a esse tipo de contrato, inclusive para negar a responsabilidade subsidiária da indústria. Nesse sentido, vide relevante trabalho de Krost, Oscar, citado na bibliografia.

“superterceirização”¹⁷. Ao contrário do que supunha, portanto, o corte de licitude feito pela jurisprudência não foi capaz de minimizar as práticas irregulares de terceirização, que foram, do contrário, intensificadas¹⁸.

A jurisprudência, no entanto, também sofreu um processo de mutação, ainda que sem alterações substanciais no texto da súmula 331. A nova configuração do Tribunal Superior do Trabalho enrijeceu a interpretação desses conceitos, procurando deixá-los adstritos àquilo que se pode extrair da aplicação potencial dos princípios do Direito do Trabalho¹⁹.

O fato é que essa conformação acabou produzindo um efeito dúplice: os detratores de toda e qualquer modalidade de terceirização criticavam a posição consolidada pelo TST sob o argumento de que ela abre uma relevante concessão na relação empregatícia típica. Ao lado disso, critica-se, com frequência, o fato de não ter o TST reconhecido a responsabilidade solidária do tomador de serviços, nos casos de interposição lícita de mão de obra, atribuindo-lhe apenas a responsabilidade subsidiária.

Por outro lado, os defensores da amplitude da terceirização sustentavam que as interpretações da Corte Superior Trabalhista foram rigorosas demais com o instituto, contribuindo para o engessamento das estruturas empresariais. Questionam, ainda, a mesma responsabilidade subsidiária, sustentando que ela afronta a livre iniciativa, a supremacia dos contratos entre as partes e que, de resto, seria inconstitucional por atribuir uma obrigação aos tomadores que não é prevista em lei.

¹⁷ A expressão superterceirização de mão de obra é usada por Pochmann para tratar da terceirização realizada sobre atividades essenciais ao funcionamento da cadeia de produção, como as tarefas voltadas à própria produção, a vendas, organização, supervisão, gerência, dentre outras. *op cit.*, p. 53.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Nesse sentido cita-se, por exemplo, as decisões da SDI-1, do TST, nos processos E-ED-RR-586341-05.1999.5.18.5555, de relatoria do Min. Vieira de Mello Filho e E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, relatado pela Min. Maria Calsing, que interpretaram que as diretrizes legais relativas à terceirização nos serviços de energia elétrica e telecomunicações tinham aplicação restrita ao âmbito administrativo, não produzindo amplos efeitos para fins juslaborais. Na mesma esteira, no julgamento do processo RR-2006-11.2013.5.03.0003, de relatoria do Min. Freire Pimenta, o TST reconheceu que as atividades de *call center* não poderiam ser consideradas como atividade-meio, pontuando a ilicitude da terceirização nesse segmento.

Esse movimento detonou grande reação do poder econômico aos freios que a jurisprudência trabalhista tem oferecido à interposição de mão-de-obra – ainda que, repita-se, a alteração sumular de 1993 tenha sido bem mais generosa com o instituto do que a que antecedeu. Não se pode negar, no entanto, que o TST procurou construções interpretativas tendentes a minimizar os efeitos deletérios da terceirização desenfreada, a ponto de realizar, em outubro de 2011, a primeira audiência pública de sua história, para debater amplamente este tema.²⁰ O engajamento se mostrou necessário já que, na ocasião, somente naquela Corte havia cerca de 5 mil processos em tramitação relativamente ao assunto.

Ao cabo desse processo de discussão sobre os conceitos de atividade-fim e atividade-meio, chegou à apreciação do TST uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho e por um sindicato profissional, na qual havia sido condenada uma empresa a se abster de contratar terceiros para sua atividade-fim e, ainda, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, condenação que foi mantida pela Corte trabalhista²¹.

88

O processo foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual daquela Corte²². Por outro lado, na análise do ARE 791.932, relativamente à situação na qual se discute a terceirização em atividades de *call center*, o Ministro Teori Zavascki determinou o “*sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso, sem prejuízo de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas*”.

²⁰ A audiência foi realizada nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, e envolveu cinquenta exposições feitas por especialistas, acadêmicos e representantes sindicais, a fim de esclarecer questões de fato, sobre os múltiplos aspectos envolvidos na terceirização. O material da audiência encontra-se disponível em: <http://www3.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.php?audiencia=nav/home>.

²¹ A ação foi ajuizada após a atuação da fiscalização do trabalho em unidades da empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra), no interior mineiro, na qual foram verificados contratos de prestação de serviços, com onze empresas terceirizadas, para atendimento das necessidades de manejo florestal, vinculadas à atividade-fim dela (plantio, corte e transporte de madeira), envolvendo mais de 3.700 trabalhadores, em condições precárias de trabalho. A condenação em primeiro grau foi mantida pelo TRT de Minas Gerais e, posteriormente, pelo TST.

²² Julgamento em maio de 2014. Relator Min. Luiz Fux.

A par da discussão sobre o caráter transcendente ou não dessa questão, a disposição da classe empresarial de levar o debate ao Supremo Tribunal Federal evidenciou o firme propósito de buscar a ampliação jurisprudencial das hipóteses e possibilidades de terceirização, que fora gradualmente modulada pelo TST nos últimos anos, de modo a criar um modelo que, se não está indene de críticas, ao menos tem sofridos limitações razoavelmente civilizatórias. E o fez, sintomaticamente, a partir de casos em que se evidencia um notório desprestígio ao sistema de proteção das relações de trabalho, acentuando a percepção de que a terceirização brasileira é, substancialmente, voltada à precarização do trabalho²³.

Antes do julgamento definitivo desta ação, e no contexto da chamada “reforma trabalhista”, a terceirização veio a ser regulamentada mediante o enxerto, na Lei n. 6.019 (que regulava apenas o trabalho temporário), mediante a inserção de dispositivos promovida por duas leis: 13.429 e 13.467. É por demais sabido que essa “reforma” foi produzida com a intenção deliberada de promover a precarização das relações de trabalho, expandindo formas flexíveis de labor e suprimindo uma série de direitos.

Não por outro motivo, a lei que passou a regular o tema simplesmente universalizou as possibilidades de interposição de mão de obra, tornando “lícita” toda e qualquer espécie de terceirização. Esses dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada no STF mas, como era de se esperar, a norma foi convalidada por 7 votos a 4, com a rejeição de todas as ADIs que versavam sobre o tema²⁴. A decisão não surpreendeu porque, em agosto de 2018, por idêntica votação, o STF decidiu pela constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive das atividades-fim. O julgamento de dois processos – ADPF 324 e RE 958.252 – sobre o tema foi finalizado após cinco sessões e acabou por prevalecer o entendimento já expresso pelos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux²⁵.

²³ Ficando apenas nos dois casos citados, além das condições de trabalho precário apuradas no processo que deu origem ao ARE 713.211, tem-se o enfrentamento da terceirização em atividades de *call center*, notoriamente conhecida nas cortes trabalhistas pela prática ostensivas de condutas assediadas, como as limitações ao uso de banheiro, imposição de metas agressivas de produtividade e tratamento rigoroso dos superiores hierárquicos.

²⁴ ADIs 5.735, 5.695, 5.687, 5.686 e 5.685, julgadas em junho de 2020.

²⁵ Segundo Barroso, as restrições que vêm sendo impostas pela Justiça do Trabalho à terceirização

Em conjunto com as alterações da Lei n. 6.019, as decisões sepultaram por completo a questão da licitude ou não da interposição de mão de obra, em um franco retrocesso social, ao admitir uma modalidade excepcional de obtenção de trabalho como sendo uma regra substancial, reprimando a sua mercantilização, já repudiada pela OIT desde 1919.

No entanto, ao proclamar a tese balizadora da sua interpretação vinculante – e que naturalmente, se espraiava para as relações firmadas na vigência da lei –, o STF assim definiu: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.*”

Se, de um lado, a interpretação favorece a precarização do trabalho, os elementos trazidos pelo enunciado do Supremo resolve de vez outro problema, de grande magnitude: as dimensões da responsabilidade do tomador de serviços. Com efeito, o uso das regras normativas tanto da CLT (art. 455) como do Código Civil (arts. 927 e 942, par. único) já conferia plena legitimidade para se assentar a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelos danos causados ao trabalhador, em razão do desrespeito aos seus direitos trabalhistas. Mas o texto da lei (art. 5º-A, par. 5º) afastou essa possibilidade, bem como a já citada decisão vinculante do STF, assinalando a ocorrência da responsabilidade *subsidiária*, ou seja, de natureza sucessiva em relação ao devedor originário. Dito de outro modo, um tipo de responsabilidade que, contrariando a lógica, só alcança o co-responsável se o causador principal do dano não satisfizer a obrigação.

Todavia, a tese manifestada pelo STF dispensa as discussões pretéritas sobre o devido enquadramento ou não da relação empresarial no *status* da terceirização como pressuposto para a responsabilização do tomador. Em outras palavras, a jurisprudência trabalhista vinha sendo construída no sentido de se afastar qualquer responsabilidade do tomador de serviços em casos nos quais, segundo o entendimento do tribunal, não haveria a configuração da terceirização, nos moldes da Súmula 331 ou da

violam os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica. Na mesma linha, o ministro Luiz Fux afirmou que a súmula 331 do TST, que veda a terceirização nas atividades-fim, é uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição.

Lei n. 6.019. Vale dizer, se no juízo dos julgadores a relação interempresarial não se enquadra como terceirização, o beneficiário do trabalho não tem qualquer responsabilidade pelo contrato.

Dois exemplos significativos são extraídos da jurisprudência recente do TST. No primeiro deles, a 5ª Turma excluiu a responsabilidade subsidiária de empresa pelas obrigações trabalhistas devidas a empregado de microempresa que, em contrato de facção, “vendia” parte da sua produção para aquela. A decisão foi proferida no processo TST-RR-20330-42.2014.5.04.0373, publicada em 20.11.2020. Para o TST, o contrato de facção é um contrato civil, na área industrial e de natureza híbrida, o que afastaria a responsabilidade subsidiária, principalmente quando evidenciada a *ausência de exclusividade ou ingerência na administração da prestação de serviço*. Em seu voto, o relator assinalou que “o contrato regular de facção não impõe à empresa contratante as consequências jurídicas de um contrato de terceirização, porque ali o objeto da avença é a compra de parte da produção do empregador, e não a locação de suas instalações e força de trabalho”. Apontou também que o desvirtuamento deste tipo de contratação “*existe quando, em lugar de uma aquisição de parte da produção da empresa parceira, o que existe é a simples locação de suas instalações e corpo laboral, com exclusividade e com a atribuição direta da direção dos trabalhos pelo contratante, algo que não foi demonstrado no caso dos autos*”. Essa decisão segue a mesma linha de outros tantos julgados, inclusive de outras turmas do TST, como os processos TST-RR-650-05.2017.5.21.0014, (Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma); TST-RR-20123-13.2014.5.04.0383 (Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma); TST-RR-999-11.2013.5.04.0373 (Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma); TST-RR-20127-50.2014.5.04.038 (Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 4ª Turma) e TST-RR-127200-60.2009.5.04.0382 (Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma).

O outro caso se relaciona ao transporte de cargas. Em fevereiro de 2021, a 4ª Turma do TST manteve decisão que negou o reconhecimento de terceirização no caso de um motorista carreteiro de uma empresa de logística, que pretendia a responsabilização de empresa para quem prestava serviços de transporte de cargas, por parcelas trabalhistas devidas pela empregadora. Para a Turma, o contrato de natureza civil entre as duas empresas não se enquadra na configuração jurídica de terceirização de serviços. O tribunal de origem

entendeu que a relação entre as empresas não envolve terceirização, mas contrato de transporte de mercadorias, regulado pela Lei n. 11.442/2007. Com isso, afastou a aplicação de entendimentos do TST e do STF sobre a responsabilidade do tomador de serviços. Segundo o TRT, nessa situação, em que a empresa contratante não é do ramo de transporte e em que não é detectada nenhuma fraude no pactuado, não surge a figura do tomador dos serviços, pois não há pessoalidade na prestação.

No recurso de revista do motorista, o relator apontou que a exploração da atividade econômica de transporte de mercadorias era feita pela empregadora do motorista, que assumia os riscos da atividade econômica e seus lucros, sendo que a tomadora não explorava essa atividade, não era beneficiária direta do trabalho de motorista carreteiro e não praticava ingerência na atividade de transporte. Na mesma linha, afirmou que a atividade empresarial atua em rede, por meio de várias formas contratuais, sendo que terceirização é uma das formas de relações empresariais, caracterizada pela intermediação de mão de obra pela prestadora de serviços a terceiros. No entanto, afirmou que não era esse o caso, pois a tomadora entregaria suas mercadorias para quem se apresentasse como empregado da contratada, situação diversa de terceirização de serviço. Essa interpretação também é recorrente nos julgados do TST, em várias das suas turmas julgadoras.

Em primeiro lugar, entendemos que faltam elementos mais consistentes nesse tipo de argumentação, que simplesmente afasta situações como as destacadas do enquadramento como terceirização. Com efeito, esse entendimento contraria os ditames da própria lei que regula o tema, para quem “*considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução*” (art. 4º-A, da Lei n. 6.109). A conjugação desses elementos revela que a terceirização compreende toda forma de *transferência do processo produtivo*, de modo *total ou parcial*, para a *execução por outra empresa*. Desde que determinado elemento integre a unidade produtiva de uma empresa, toda vez que ela transfere sua execução para outra²⁶, isso pode ser enquadrado como terceirização,

²⁶ A referência legal, como se nota, exige que apenas pessoas jurídicas podem ser contratadas nessa modalidade de contrato.

repita-se, segundo a própria norma, que nem sequer exige a integração física do trabalhador, podendo se conformar na modalidade externa²⁷. Nos dois casos usados como paradigmas, é exatamente isso que ocorre: a titular do processo produtivo transfere parte dele para outra empresa, que contrata empregados para a consecução dessas tarefas. Note-se que a lei não exige, como mencionado em vários julgados similares, que haja a personalidade do trabalhador, fixando-se somente no contexto da relação entre as empresas. Nem tampouco determina que haja “ingerência” do tomador no trabalho ou, ainda, que o ramo de atividade de ambas as empresas seja o mesmo.

Além disso, existem outros equívocos conceituais que expõem essas interpretações a contradições insuperáveis. Com efeito, as decisões procuram se afastar da perspectiva da terceirização pontuando sempre a existência de uma “relação civil” entre as empresas, como se a relação existente em uma terceirização “típica”²⁸ tivesse outra natureza. Ora, qual seria o tipo de contrato entre a tomadora e a prestadora de serviços, nos termos da Lei n. 6.109, senão um contrato civil? E, sendo um contrato civil, o que isso afeta as relações trabalhistas inerentes à sua execução? Rigorosamente, nada. Todos sabemos que são duas relações jurídicas distintas: aquela entre as empresas, cujo objeto é a divisão do trabalho (*rectius*, atividade produtiva) e que tem caráter civil e outra, de cunho trabalhista, entre a empregadora e o empregado.

Isso, como dito, não tem nenhuma influência na conformação das obrigações perante o trabalhador, seja por uma ou por outra empresa, inclusive pelo que reza o próprio Código Civil. O argumento usado para afastar a responsabilização do tomador tem como pressuposto de que um contrato civil teria a capacidade de imunizar uma das partes em relação a obrigações contra terceiros, quando, na realidade, o texto legal determina a responsabilidade solidária de todos! Na verdade, se fosse para preservar a coerência lógica, a existência de um contrato civil entre as empresas deveria sempre fazer incidir o disposto nos arts. 927 e 942, par. único, do CC.

²⁷ Chamamos de externa a terceirização na qual o trabalhador presta serviços fora do estabelecimento do tomador, como é autorizado expressamente pela lei. (§2º do art. 5º-A “Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes”).

²⁸ Ou seja, aquela terceirização moldada nos paradigmas da Súmula 331, no modelo clássico de interposição de mão de obra.

Esses exercícios retóricos foram usados de forma recorrente para afastar o singular enquadramento de diversas relações interempresariais do “modelo 331”, conforme esquadrihado pelo TST, mas qualquer exame mais denso das relações produtivas indicam que não existe diferença substancial entre a terceirização típica e outras modalidades de contratação de divisão de atividades produtivas. Todas elas são derivações da descentralização produtiva, característica dos processos de trabalho que sucederam ao clássico fordismo. Um exemplo latente, aliás, é o das próprias montadoras de veículos, que inclusive batizaram as principais tendências em termos de processos de trabalho. Se, na origem, o formato da produção concentrava todas as fases em só uma unidade produtiva, o advento do toyotismo fragmentou esse processo, descentralizando a construção dos produtos mediante a transferência de parcelas de sua atividade originária para outras empresas, inclusive com realização dos serviços fora do estabelecimento originário²⁹.

94

Ainda que prestando serviços externamente, os trabalhadores dessas empresas são verdadeiramente terceirizados, pois o que houve, no caso, foi a transferência da execução de parte das atividades da empresa originária para outra, nos exatos termos da lei, antes citada. Note-se que, em nenhum momento está assinalada a exigência de que o trabalho do trabalhador terceirizado seja estritamente pessoal – ou seja, prestado pelo mesmo trabalhador – nem tampouco que se realize no estabelecimento da tomadora.

Postos tais elementos, o que se tem é que não subsistem justificativas teóricas para se afastar do conceito de terceirização qualquer modalidade de contratação entre duas ou mais empresas, que tenham como objetivo a realização de trabalho. Sempre que o objeto do contrato apontar para algum tipo de prestação de serviços, ainda que de forma indireta, teremos a possibilidade concreta de enquadramento daquela modalidade como terceirização típica. Afinal, quando se celebra um “contrato de facção”, o objetivo não é um produto, por si só, mas sim a realização de um trabalho que leva à sua produção. Afinal, o produto não se produz autonomamente, salvo se elaborado exclusivamente por robôs. O mesmo se dá em contratos de transporte, e com muito mais razão. O que se almeja nesses contratos é o *trabalho de um motorista* fazendo o carregamento de cargas de um lugar

²⁹ Como é a característica da produção *just-in-time*.

para outro. Isso difere, e muito, de contratos que tenham como objeto um produto, como é o caso da compra e venda ou da locação de bens, por exemplo. Quando uma empresa contrata uma empresa de transporte, não tem como objeto de seu contrato o veículo, mas sim o trabalho de alguém que dirige esse veículo. Não nos parece que a transformação formal do modo como se dá o processo produtivo seja capaz de alterar os efeitos jurídicos dessa cadeia. Como se disse, contratos como os citados nada mais representam do que o deslocamento, para fora das empresas, de uma atividade que era por elas praticada em outro contexto modelar de relações produtivas. A mudança do *locus* da execução não é suficiente para afetar sua essência.

Daí porque discordamos quando se pretende conferir a esse tipo de relação o caráter de mera “compra e venda”, como se apura da jurisprudência predominante retro citada, ou muito menos de um “mero” contrato civil. O contrato de compra e venda, regulado pelo Código Civil, tem como pressuposto a ideia de que a aquisição do bem tem um valor em si mesmo. Resgatando-se as ideias de Marx, esses bens possuem o *valor de uso*, que se realiza no uso ou no consumo do bem, constituindo o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a sua forma social. Diferente é o caso da mercadoria que possui o *valor de troca*, qual seja, aquela que se estabelece como relação quantitativa, a proporção na qual os valores de uso de uma espécie se trocam por valores de uso de outra espécie, desvelando-se como algo imanente e inerente a essa condição.

Em relações como a que vimos, o que se desvela é a “aquisição” de uma mercadoria com a intencionalidade explícita de transformação em outra mercadoria. Há um pressuposto de ganho econômico entre as empresas – seja na que produziu e vendeu, seja na que comprou e vendeu. Há, assim, uma notável distinção da simples “compra e venda” para uso e da “compra e venda” que implica a produção – por vezes sob demanda – e o seu uso para fins econômicos. As empresas que fazem contratos de facção não usam o produto, mas sim os comercializam; aquelas que contratam empresas de transporte não usam as mercadorias transportadas, mas as colocam no mercado consumidor.

Isso afeta completamente os efeitos decorrentes das relações de trabalho que são imanentes a esse processo. Naturalmente, a produção das

mercadorias depende substancialmente da aposição da força de trabalho. Uma coisa pode ser valor de uso sem ser propriamente um valor: isso ocorre quando a sua utilidade para o homem não é mediada pelo trabalho. É o caso do ar que respiramos, do solo onde cultivamos, os caminhos pelos quais passamos. Já aquilo que tem *valor de troca*, sempre será, inquestionavelmente, *mediado pelo trabalho*. Se assim ocorre, não vemos sentido em que se despreze a força produtiva aposta na construção desses bens que possuem valor de troca. Todos os que se envolvem nesse processo produtivo são beneficiários, diretos ou indiretos, da força produtiva dos trabalhadores. Não por outro motivo, a doutrina contemporânea tem considerado que o conceito clássico e objetivo de subordinação não é suficiente para explicar as relações produtivas contemporâneas. Desenvolveu, assim, o conceito de subordinação estrutural, que se conforma pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber ou não ordens diretas daquele que se beneficia do seu trabalho. O elemento relevante nesse processo, é a vinculação do trabalhador à dinâmica operativa da atividade daquele ou daqueles que receberam o resultado de seu trabalho.

96

Daí porque – e essa é uma consequência jurídica da regulação objetiva da terceirização –, desde a vigência da lei, qualquer contrato entre duas empresas que tenha essa natureza – inclusive os contratos de facção e os de transporte de cargas – devem se enquadrar nas exigências estipuladas na norma, inclusive quanto à capacidade econômica da prestadora, além das vedações previstas na lei nos contratos sucessivos ou na transformação de empregados em terceirizados.

De outra parte, quando levamos em conta a teoria da responsabilidade trabalhista, não vemos caminho diverso senão o do reconhecimento de que o contratante responde pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores da contratada, mesmo nos casos que foram colhidos da jurisprudência. Toda a construção teórica do Direito do Trabalho caminha no sentido da ampliação das hipóteses de responsabilização, mesmo para aqueles que não tiveram qualquer relação direta com o trabalhador. No plano dogmático, colhe-se a responsabilidade dos integrantes do grupo econômico, prevista no par. 2º do art. 2º, da CLT. No plano teórico, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador, mais antiga e mais abrangente do que aquelas que aquelas previstas por outros

instrumentos normativos³⁰. Além disso, vale citar o art. 455, da CLT, que forma uma cadeia de responsabilização que, aliás, muito se aproxima da figura ora analisada: o empreiteiro principal, a rigor, “compra” um produto final (o objeto da subempreitada) mas, a despeito disso, é responsável pelos créditos inadimplidos dos empregados do subempreiteiro. É de se notar essa visão ampliativa da responsabilidade – assimilada pela súmula 331, nos casos de interposição de mão de obra – é um dos pilares do Direito do Trabalho brasileiro, o que justifica a sua extensão para toda e qualquer hipótese assemelhada.

Ainda no plano dogmático, vale dizer que o caso demanda a aplicação analógica – como autoriza o par. único do art. 8º, da CLT – desse mesmo artigo 455, posto que, conquanto sejam situações jurídicas distintas guardam similitudes que autorizam essa prática. Não se deve descurar, ainda, que essa interpretação tem matriz constitucional. Não bastasse o *caput* do art. 7º da Constituição assegurar literalmente a aplicação do princípio da proteção e do princípio da norma mais favorável, o texto constitucional traz em seu texto, ainda, alguns preceitos de cunho principiológicos extremamente importantes. Assim, pontifica que a livre iniciativa não se dissocia da função social do trabalho. Afirmar, também, que o desenvolvimento econômico da nação deve obedecer aos ditames da justiça social. Por fim, que a propriedade sempre deve cumprir sua função social. Dessa sorte, entendemos que o afastamento da responsabilidade do contratante implicará o desrespeito ostensivo da *ratio* constitucional, o que não nos parece inadmissível.

Mais do que isso, porém, e com base na própria tese afirmada pelo STF, pode-se afirmar, de maneira categórica que, independentemente de se considerar que ocorre a terceirização típica ou não, existe a responsabilidade subsidiária daquela que se beneficiou dos serviços prestados, *qualquer que seja a forma de divisão do trabalho realizada por pessoas jurídicas distintas*. Dito de outro modo, a observância da jurisprudência vinculante do STF indica que toda vez que duas pessoas jurídicas ajustarem alguma divisão do trabalho, a responsabilidade subsidiária é imperativa.

³⁰ Esse instituto foi consolidado na doutrina e na jurisprudência trabalhista muito antes de seu tratamento material e processual dado pela Lei n. 13.467/2017.

Conclui-se, portanto, que a partir do desenho traçado pela regulação objetiva da terceirização no Brasil, e pela decisão vinculante do STF a respeito do assunto, não se pode encontrar fundamentos para o afastamento da responsabilidade de todos os que se envolvem em uma cadeia produtiva e que tenham de alguma maneira, a prestação de trabalho humano como um elemento característico.

REFERÊNCIAS

- Alemão, Ivan e Menchise, Diogo.** *Terceirização – atualização do tema e indefinições.* In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, nº 56, v. 25, julho-dezembro/2014, pp. 79-91.
- Alves, Giovanni.** *Terceirização e barbárie salarial.* In Ramos Filho et al.ii, *Terceirização no STF. Elementos do debate constitucional.* Bauru: Canal 6, 2015, pp. 7-12.
- Antunes, Ricardo.** *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho,* 7ª ed., São Paulo/Campinas: Cortez, Editora da Unicamp, 2000.
- Corrêa, Maíra Baumgarten.** Reestruturação produtiva e industrial. [A. do livro] Antonio David (org.) Cattani. *Trabalho e Tecnologia. Dicionário Crítico.* 2a. Petrópolis; Porto Alegre: Vozes; UFRGS, 1999.
- Daroncho, Leomar.** *Uma pedra no meio do caminho chamada terceirização. On line* Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/08/15/uma-pedra-no-caminho-chamada-terceirizacao>>, 15/08/2016. Acesso em: 16 ago 2016.
- Delgado, Mauricio Godinho.** *Capitalismo, trabalho e emprego.* São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho.* 9a.ed., São Paulo: LTr, 2010.
- _____. *Direitos fundamentais na relação de trabalho.* In SILVA, Alessandro da, et al.ii (coord.) *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2007, pp.67-87.
- Figueiredo, José Ricardo.** *Modos de ver a produção do Brasil.* São Paulo: Autores associados; Educ; Fapesp, 2004.
- Gimenez, Denis Maracci.** *A questão social e os limites do projeto liberal no Brasil.* Tese de Doutorado do Instituto de Economia da Unicamp. Campinas, SP: 2007.
- Giorgi, Fernanda, et al.ii.** *O que está em jogo em matéria de terceirização trabalhista no Supremo Tribunal Federal?* In Ramos Filho et al.ii, *Terceirização no STF. Elementos do debate constitucional.* Bauru: Canal 6, 2015, pp. 13-38
- Gorender, Jacob.** *O escravismo colonial.* São Paulo: Ática, 1978.
- Krost, Oscar.** *O lado avesso da reestruturação produtiva: a “terceirização” de serviços por “facções”.* Blumenau: Nova Letra, 2016.

Lago, Luiz Aranha Correia do. *Da escravidão ao trabalho livre – Brasil, 1550-1900.* São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

Laranjeira, Sonia M. G. *Fordismo e Pós-fordismo.* Antonio David Cattani. *Trabalho e Tecnologia – Dicionário Crítico.* 2a. Edição. Rio de Janeiro; Porto Alegre: Vozes: Editora da UFRGS, 1999, pp. 89-93.

Passos, Najla. *Congresso eleito é o mais conservador desde o fim da ditadura, diz Diap, on line,* 07/10/2014, <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-o-fim-da-ditadura-diz-Diap/4/31948>>. Acesso em: 9 ago 2016.

Pimenta, José Roberto Freire. *Súmula 331, IV e V, do TST: a Responsabilidade da Administração Pública nas Terceirizações e a Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC no 16-DF.* In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 193-221.

Pochmann, Marcio. *Debates contemporâneos, economia social e do trabalho: a superterceirização do trabalho.* São Paulo: LTr, 2012.

Porto, Noêmia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão,* São Paulo: LTr, 2013.

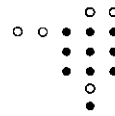
Preite Sobrinho, Wanderley. *A lei das terceirizações vai passar no Senado?* Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/a-lei-das-terceirizacoes-vai-passar-no-senado-6875.html>>, 23/04/2015. Acesso em: 9 ago 2016.

Scherer, André Luís Forti. Globalização. [A. do livro] Antonio David Cattani. *Trabalho e Tecnologia. Dicionário Crítico.* 2a. Edição. Petrópolis; Porto Alegre: Vozes; UFRGS, 1999, pp. 114-115

Silva, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. *Instituições jurídicas e terceirização: os fundamentos das decisões judiciais e sua compatibilidade com a Constituição.* In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região, nº 56, v. 25, julho-dezembro/2014, pp. 59-77

Viana, Marcio Túlio. *As várias faces da terceirização.* In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 500-508.

_____. Audiência pública sobre Terceirização: um depoimento sintético. In Viana, Marcio Túlio *et al.ii*, O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: LTr, 2012, pp. 680-682.



ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO X ECONOMIA DOS BICOS: COMO O CAPITAL E A TECNOLOGIA VÊM TRAZENDO NOVAS FORMAS DE TRABALHO PRECARIZADO?

Daniel de Araújo Camilo¹

Resumo: A economia compartilhada trouxe novos modelos de negócio para a sociedade moderna. Com a explosão da cultura digital, as pessoas puderam dispor de meios de comunicação direta umas com as outras. Atentas a este fenômeno, grandes empresas de tecnologia viram uma oportunidade de acumular fortunas, sob um discurso de renda extra, de ser seu próprio chefe, de flexibilidade de horários, de compartilhamento e ajuda mútua, de sustentabilidade, dentre outras promessas. As mesmas empresas que prometem a solução para os problemas sociais eximem-se de qualquer responsabilidade trabalhista, previdenciária, ficando à margem da lei, sem qualquer tipo de regulação, portanto, sem interferência Estatal. Este trabalho, com o uso do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, convida o leitor a pensar de forma mais crítica sobre o uso das tecnologias digitais no mundo contemporâneo e de como isso vem afetando as relações de trabalho, tornando-as mais frágeis e precárias do que o modelo tradicional.

101

Palavras-chave: Economia Compartilhada. Relações de Trabalho. Precarização. Uberização.

1 INTRODUÇÃO

A Economia do Compartilhamento surgiu como um novo modelo de negócios que faz uso da internet para conectar consumidores e provedores de serviços para trocas no mundo real. São diversas as atividades e serviços que podem ser oferecidos, como aluguéis imobiliários de curta duração (Airbnb), viagens de carro (Uber, Lyft, 99 e Cabify), vizinhos ajudando vizinhos (TaskRabbit), prestação de serviço doméstico e faxina (Homejoy e

¹ Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pelo curso Aprovação PGE. Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

Handy), entre outros. Dentre as mais conhecidas estão Uber e Airbnb, dos setores de transporte e hospedagem, cada uma com um crescimento enorme ao redor do mundo e presente em diversos países (SLEE, 2017).

Dentre outros nomes usados para Economia do Compartilhamento, pode-se citar: consumo colaborativo, economia em rede, plataforma igual-para-igual, economia sob demanda, economia dos bicos (SLEE, 2017).

As empresas da Economia do Compartilhamento apresentam os seguintes argumentos para atraírem novas pessoas, fazendo um discurso que tem apelo muito grande, num primeiro momento:

O primeiro argumento é que indivíduos podem “fazer uma graninha extra” com uso de suas plataformas digitais, tornando-se microempreendedores e donos de seu próprio negócio. Dessa forma, podem se autogerenciar e trabalharem quando acharem melhor, sendo um modelo flexível de trabalho. Nessa linha, as pessoas seriam donas de seu próprio tempo, podendo trabalhar apenas quando fosse mais conveniente.

102

O segundo argumento é que seria uma alternativa sustentável, na qual as pessoas passariam a ser menos consumistas e materialistas. Desse modo, passariam a comprar menos e compartilhar mais os recursos disponíveis. Como, por exemplo, emprestar uma furadeira a um vizinho ao invés de comprar uma nova ou usar a Uber ao invés de comprar um carro.

Outro argumento é a ideia de comunidade e compartilhamento, que no início foram os ideais utilizados pelas empresas para conseguir a adesão de novos clientes. No entanto, as grandes e maiores empresas do ramo, cresceram em economia de escala e o que antes era gratuito, passou a ter o lucro como finalidade principal. O valor de mercado da Uber supera o da maior companhia de aluguel de veículos do mundo e o do Airbnb é igual ao da maior cadeia de hotéis, sendo os fundadores agora bilionários (SLEE, 2017, p.33).

Observa-se que, embora o discurso dessas empresas seja centrado na visão de inclusão social, empreendedorismo, sustentabilidade, compartilhamento, na prática vemos que seus comportamentos são totalmente contrários ao que defendem.

A Uber prega a livre concorrência e o livre mercado, quando usa de artifícios para fugir à legislação e à regulamentação local. No entanto, ao invés

de livre concorrência temos uma verdadeira concorrência desleal, na medida em que os deveres, obrigações e encargos são desproporcionais. Desse modo, uma série de obrigações legais deixa de ser cumprida nesses regimes.

Sob o aspecto trabalhista, alega que não é uma empresa de transporte. É apenas uma empresa de tecnologia que opera uma plataforma de mobilidade”. Informa que “não é um serviço de carona paga ou remunerada” e que “não emprega nenhum motorista e não é dona de nenhum carro” (UBER NEWSROOM, 2020).

Vimos que, enquanto as empresas tradicionais precisam recolher impostos, obter licenças e alvarás, pagar todos os direitos trabalhistas aos empregados, as empresas de compartilhamento atuam em verdadeira afronta à legislação brasileira.

2 EMPREGADO OU PARCEIRO DA UBER? ANÁLISE DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

103

A Uber surgiu em junho de 2010, fundada por Travis Kalanick. A empresa se autodenomina uma empresa de tecnologia, apesar de ficar evidente que se trata de uma empresa de transporte. Uber, em alemão é uma palavra que designa superioridade, estar por cima (SLEE, 2017, p.39). Seu slogan no início era “o motorista privado de todo mundo”. Começou como um serviço de carros de luxo (limusines). Logo em seguida, foi lançado o Uber X, no qual os próprios motoristas usavam seus carros, não sendo licenciados e sem seguro, que rapidamente expandiu-se por todo o mundo. Estima-se que esteja presente em mais de 55 países e mais de 500 cidades do Brasil. São cerca de 3,5 milhões de motoristas no mundo e aproximadamente 1 milhão de motoristas no Brasil (UBER NEWSROOM, 2020).

Para que um motorista “parceiro” seja admitido e possa trabalhar pela Uber, basta que realize um cadastro no site da plataforma, com sua carteira de habilitação com autorização para exercer atividade remunerada (EAR) e com a documentação do veículo (CRLV). Depois de aprovado o cadastro, o motorista está liberado para desempenhar suas funções. Basta que ele se conecte ao aplicativo e aguarde a chamada para uma corrida (UBER NEWSROOM, 2020).

O procedimento de recrutamento e seleção de novos trabalhadores mostra-se muito simples e fácil para qualquer interessado. A Uber investe em seu marketing, vendendo a ideia de que os motoristas são livres para estabelecer seus próprios horários, podendo trabalhar quando quiserem. E que são empreendedores, pois são donos de seu próprio negócio. Insiste, ainda, na ideia de que os motoristas podem complementar sua renda com o dinheiro das corridas e de que não estão sujeitos a nenhum controle ou pressão por parte de seus superiores ou da plataforma (UBER NEWSROOM, 2020).

O sistema da Uber está estruturado da mesma forma que uma relação de emprego tradicional. Porém com uma roupagem e nomenclatura distinta dos conceitos já conhecidos. Dessa forma, a empresa procura justificar sua atuação atraindo trabalhadores em situação de vulnerabilidade social, sob os falsos argumentos de “empreendedorismo”, “dono de seu próprio negócio”, “renda extra” “compartilhamento”, “flexibilidade” em verdadeira afronta à legislação.

104

Para a configuração do vínculo empregatício é necessário que estejam preenchidos os requisitos do art. 2º e art. 3º da CLT, conforme abaixo mencionados.

A empresa enquadra-se no conceito de empregadora, conforme o Art. 2º da CLT:

Considera-se **empregador** a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige** a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1943). (Grifou-se).

Para que seja considerada empregadora a empresa deve assumir os riscos da atividade econômica. Trata-se do princípio da alteridade, que obriga que os riscos do empreendimento sejam suportados exclusivamente pelo empregador. Desse modo, em momentos de crise, os prejuízos da empresa serão exclusivos do empregador, não se podendo dividi-los com os trabalhadores. A empresa deve pagar os salários, tendo lucros ou prejuízos (MARTINS, 2014).

De acordo com CORREIA, 2019, o empregador jamais poderá exigir que as despesas do trabalho sejam arcadas e suportadas pelo empregado, devendo o empregador arcar sempre com todos os riscos necessários ao desenvolvimento de sua atividade. Entre esses riscos,

insere-se a responsabilidade de suportar exclusivamente as despesas para a implementação e operação de sua atividade.

Segundo SLEE, 2017, a Uber utiliza-se da estratégia de maximização dos lucros, burlando a legislação, quando repassa para os motoristas os custos de sua atividade como manutenção, aluguel ou abastecimento de veículos, treinamento e capacitação permanente, seguros de furto e roubo, etc.

Seguindo a análise do conceito, o empregador deve admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços. Admissão é o ato de contratação e seleção dos motoristas, que ocorre no momento que preenchem os requisitos exigidos pela plataforma. Observa-se que a empresa utiliza-se de uma forte estratégia de marketing para atrair novos motoristas. A empresa assalaria seus motoristas na medida em que paga uma contraprestação pelo valor das corridas, retendo parte dos lucros para si própria. Por fim, dirige a prestação pessoal dos serviços, pois exerce controle sobre suas atividades dos motoristas. A Uber tem acesso aos dados dos motoristas e dos passageiros, suas corridas, tarifas, etc. Esses dados dão à empresa o poder de controlar o comportamento dos motoristas e formatar a experiência dos consumidores. Desse modo, é evidente que exerce intensa fiscalização e controle (SLEE, 2017, p. 119).

Do mesmo modo, os motoristas “parceiros” são empregados, posto que presentes os requisitos do Art. 3º da CLT, *in verbis*:

Considera-se **empregado** toda **pessoa física** que prestar serviços de natureza **não eventual** a empregador, **sob a dependência deste e mediante salário**. (BRASIL, 1943). (Grifou-se).

O primeiro requisito da relação de emprego é a personalidade. O trabalho deve ser prestado por pessoa física ou natural, não podendo ser contratado sob a forma de pessoa jurídica. O empregado é contratado em razão de suas qualidades pessoais. Em relação ao empregado, o trabalho deve ser realizado de forma personalíssima, de modo que não possa fazer-se substituir por outrem.

Questão interessante é que a exclusividade não é requisito para a relação de emprego. Ou seja, para configurar o vínculo empregatício não é necessário que o trabalhador preste serviços para apenas um único empregador. Há possibilidade de haver vários contratos de trabalho, com empresas diversas, simultaneamente (CORREIA, 2019).

A Uber, em uma de suas teses de defesa, (BRASIL, 2017), argumenta que o motorista pode prestar serviços a mais de uma empresa do ramo, como, por exemplo, dirigindo para 99 e Cabify. Por isso, alega que não está presente o requisito de pessoalidade nesses casos. Pode-se observar que tal argumento é inválido, pois a pessoalidade exigida para configurar o vínculo de emprego é em relação ao empregado e não ao empregador.

O segundo requisito que deve estar presente na relação de emprego é que o trabalho seja prestado de forma não eventual, ou seja, de forma habitual. O contrato de trabalho é de trato sucessivo, ou seja, há continuidade no tempo. Assim, haverá expectativa de que o empregado retorne ao local de trabalho. A doutrina majoritária entende que o termo “não eventualidade” não se confunde com trabalho realizado diariamente, de forma “contínua”. O trabalho contínuo é aquele que não admite fracionamento. Desse modo, a CLT permite que o reconhecimento do vínculo ocorra mesmo que haja fracionamento da prestação dos serviços, como, por exemplo, o motorista que trabalha apenas nos finais de semana (DELGADO, 2016).

Neste aspecto, observa-se que a Uber, conforme depoimento em audiência trabalhista (BRASIL, 2017), exige certa frequência do motorista no uso do aplicativo. No caso de ficar muito tempo sem acessá-lo ou sem aceitar corridas, o motorista pode, inclusive, sofrer sanções como suspensão ou desligamento definitivo da plataforma. Isso confirma que há habitualidade na prestação dos serviços, sendo os motoristas estimulados pela empresa a fazerem uso do aplicativo, mediante o envio de e-mails e SMS. Além disso, reitera a intensa supervisão e controle exercidos pela empregadora, como forma de pressionar os motoristas a ficarem sempre online e aceitarem as corridas.

O terceiro requisito exigido pela legislação trabalhista é a onerosidade. Significa que o trabalho realizado é remunerado mediante uma contraprestação paga pelo empregador ao prestador do serviço. O contrato de trabalho é oneroso, pois, de um lado o empregado assume a obrigação de prestar serviços e, de outro, o empregador a obrigação de pagar salário. Ressalta-se que a forma de pagamento do salário é irrelevante para a configuração da onerosidade, podendo ser mediante parcela fixa, variável, etc.

A Uber fundamenta-se na tese de que não é uma empresa de transportes e sim de tecnologia, não havendo remuneração dela para os

motoristas, e sim sendo que o motorista é quem paga à empresa para que use a plataforma (UBER NEWSROOM, 2020). Isso não condiz com a realidade, visto que a empresa remunera seus “prestadores de serviço” recebendo o pagamento das viagens realizadas e transferindo parte desse valor ao motorista, o que equivaleria à sua remuneração. Observa-se, assim, que a empresa tem total controle do sistema remuneratório, sendo essa sua fonte de custeio principal, na qual obtém lucro para suas operações e crescimento exponencial.

O último requisito é a subordinação, característica mais importante da relação empregatícia. Conforme art 3º CLT: “o empregado trabalha sob a dependência do empregador”. É importante ressaltar que a subordinação não é técnica, nem econômica. É uma subordinação jurídica, pois decorre de lei (CASSAR, 2015). Assim, quando o motorista faz seu cadastro na plataforma e concorda em trabalhar para a empresa, conseqüentemente aceitará as regras e orientações dadas nos moldes previstos pela empregadora.

No ordenamento jurídico brasileiro foi adotada a teoria da subordinação objetiva, que significa que o comando das ordens emitidas pelo empregador recai sobre os serviços prestados pelo empregador e não sobre aspectos de sua vida pessoal. Uma questão interessante, ainda não discutida, é de como será feito esse controle e diferenciação entre vida pessoal (intimidade) e vida profissional nos dias de hoje, visto que muitos trabalhadores prestam serviços a distância, em regime de teletrabalho. No caso da Uber, existem casos de motoristas que se queixam de terem sido descredenciados da plataforma por fazerem críticas à empresa pelo Twitter (HUET, 2014). E outras situações de motoristas do serviço Uber Black, mais caro, serem forçados pela companhia a pegarem corridas pelo Uber X, mais barato. A empresa rastreia as localizações dos motoristas e reclama se eles não cumprem as exigências. A questão a ser levantada é quais os limites do poder diretivo do empregador e até que ponto a empresa pode interferir na vida privada da pessoa, visto que usa os dados pessoais dos motoristas de acordo com seus interesses.

Voltando à questão da subordinação, ela mostra-se de maneira não convencional na relação entre Uber e motoristas, não sendo mais vista a figura do chefe, pessoa física, que dá ordens, cobra produtividade

e supervisiona o trabalho de seus empregados. Cumpre citar o art. 6º, parágrafo único, da CLT:

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, 1943). (Grifou-se).

Neste novo modelo de tecnologia, são os sistemas de computação e algoritmos que determinam o trabalho a ser feito, quais corridas serão realizadas, quais passageiros serão atendidos, quais rotas serão seguidas. Assim, os algoritmos e sistemas são os “gerentes” ou “supervisores” do trabalho, e não há mais um contato direto entre as partes no mundo físico, sendo apenas virtual.

Nesse sistema os trabalhadores vêm sendo substituídos por robôs ou sistemas de computação que gerenciam suas atividades. Cabe mencionar dispositivo constitucional que merece destaque, sendo elencado como direito fundamental:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)XXVII – **proteção em face da automação**, na forma da lei;
(BRASIL, 1988). (Grifou-se).

Esse dispositivo aparece como forma de proteção dos trabalhadores, proibindo que seres humanos sejam substituídos por máquinas, causando o chamado desemprego estrutural. Não se pode fechar os olhos para os avanços tecnológicos pelos quais a sociedade moderna vem passando, mas deve haver harmonia entre as novas formas de organização do trabalho e geração de condições mínimas de dignidade do trabalhador.

Diante do exposto, uma vez presentes os requisitos da relação de emprego, ele deverá ser declarado, independente da terminologia usada para o empregado: seja ele “parceiro”, “colaborador”, etc. Uma vez reconhecido o vínculo empregatício, não cabe ao trabalhador renunciar a sua condição de empregado, face ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Finalmente, cabe mencionar um dos princípios mais importantes na seara trabalhista, o da primazia da realidade, que dispõe que na relação de trabalho o que realmente importa são os fatos ocorridos, mesmo que algum

documento informe o contrário. Assim, prevalecem os fatos na realidade mais do que o previsto em contrato.

3 OUTRAS QUESTÕES TRABALHISTAS RELEVANTES

Uma questão relevante na relação entre Uber e motoristas são os poderes do empregador, visto que a empresa “dirige a prestação pessoal dos serviços”, conforme disposto no art. 2º da CLT. Se existe a subordinação do lado do empregado, do outro lado há o poder de direção exercido pelo empregador. Como a empresa assume os riscos da atividade econômica (alteridade), ela controla a prestação pessoal dos serviços, mesmo que seja necessária a aplicação de penalidades.

De acordo com GARCIA, 2016, o fundamento do poder de direção encontra-se no contrato de trabalho. O fundamento, assim, seria de ordem jurídica; a existência do contrato de emprego, em si, autoriza o empregador a exercer o poder de direção, tornando o trabalho do empregado subordinado.

Segundo MARTINS, 2008, o poder de direção é dividido pela doutrina sob três aspectos: o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar. O poder de organização é a distribuição das tarefas aos empregados como a fixação do horário de trabalho, tarefas a cumprir, rotas a seguir (no caso da Uber). O poder de controle é aquele que há fiscalização das tarefas executadas, da jornada de trabalho, do patrimônio da empresa, da produtividade. Já o poder disciplinar é aquele em que o empregado está subordinado às ordens dadas pelo empregador, e, caso verificada a desobediência às regras, permite a aplicação de penalidades (advertência, suspensão e dispensa por justa causa).

No entanto, esses poderes exercidos pelo empregador não são absolutos, encontrando limites na própria CLT e na Constituição Federal. Se o empregador pode fazer uso “jus variandi” e exercer seu poder de direção e controle, do outro lado também existe o “jus resistentiae” em que o empregado pode se recusar a cumprir uma ordem manifestamente ilegal ou desproporcional ao contrato de trabalho.

A questão é de como as tecnologias digitais impactaram de forma considerável esse poder de fiscalização e controle do empregador.

Os motoristas agora não sabem se estão sendo monitorados 24h por dia, pois recebem mensagens constantemente via SMS e e-mails da empresa cobrando por resultados. A intimidade e vida privada dos trabalhadores estão em xeque, visto que as empresas de tecnologia têm acesso a inúmeros dados pessoais de cada motorista e podem fazer uso dessas informações para estabelecer suas metas.

Quanto ao poder disciplinar, há outro problema a ser levantado. A experiência dos clientes e usuários é baseada por notas em um sistema de avaliação, que é questionável e não reflete a realidade. A maioria dos passageiros dá cinco estrelas, mas, caso um passageiro que não gostou de um pequeno detalhe faça uma avaliação abaixo de 4,7, a classificação do motorista vai caindo e pode ser “desativado” ou “desligado” da plataforma (SLEE, 2017). Esse sistema de avaliação deixa os motoristas vulneráveis aos passageiros mais exigentes, que podem fazer uma avaliação negativa ou abaixo do padrão simplesmente porque não estavam de bom humor no dia ou porque não gostaram da música que o motorista ouvia. Observa-se que a demissão por justa causa praticada pela empresa dá-se de forma sumária e sem qualquer respeito ao trabalhador e à legislação protetiva.

Outro ponto negativo é que os motoristas estão desprotegidos da legislação previdenciária, sem direito a auxílio-acidente ou qualquer outra cobertura no caso de acidente de trabalho. Destaca-se que estão constantemente submetidos a riscos como assaltos, sequestros, furtos e roubos, diante da violência dos grandes centros urbanos. Na Califórnia, procuradores apresentaram “falhas sistemáticas nos processos de checagem da Uber”, de modo que “agressores sexuais, falsificadores ideológicos, assaltantes, um sequestrador e um assassino confesso” passaram pelo processo de triagem e estavam dirigindo para a empresa (SKINNER, 2015).

Infelizmente, o que se observa na chamada Economia do Compartilhamento é que as empresas, para maximizar seus lucros, adotam a teoria do custo mínimo e fogem da regulamentação do Governo como forma de não pagar impostos e fugir da tributação e regulamentação de suas atividades.

O serviço de táxis é importante para as grandes cidades, pois o é inspecionado por agentes municipais e é ajustado às demandas e realidade de cada cidade. Os padrões de regulação envolvem certas preocupações

sobre veículos individuais e sobre o nível geral do serviço. Os consumidores não podem inspecionar as condições de freio e segurança de um veículo ou saber quem será o responsável em caso de acidente. Desse modo, as regulações exigem que os táxis passem por inspeção e que tenham seguro (SLEE, 2017). Outro ponto importante é que as pessoas cobram pelo acesso universal, ou seja, todos devem usufruir do serviço de transporte de passageiros como crianças, idosos, portadores de necessidades especiais (dificuldade de locomoção, auditivas, visuais, etc). Havendo uma boa gestão municipal pode-se exigir que toda uma frota seja acessível ao uso de cadeirantes na próxima década, como ocorreu em Toronto (DALE, 2014).

A Uber, quando comparada aos serviços de táxi, entende que não faz parte desse universo e se autodenomina como uma empresa de tecnologia e que é superior em todos os aspectos. A empresa acredita que não deve se submeter às normas dos Municípios, inspeções veiculares, seguros, entre outros custos envolvidos. Por isso a empresa combate ferozmente os serviços de táxi e as regulações existentes neste ramo.

As regulamentações são importantes para proteção dos consumidores ou clientes e dos próprios motoristas. Para os consumidores, vai garantir um serviço de qualidade com carros inspecionados e em bom estado de conservação, seguro contra acidentes, furtos, roubos ou qualquer imprevisto na viagem. Para os motoristas vai garantir melhor eficiência e desempenho de seu ofício, pois assegura mais treinamento e qualificação, podendo atender de forma personalizada cada cliente de acordo com suas reais necessidades.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nós desempenhamos vários papéis em nossas vidas. Somos ao mesmo tempo consumidores, trabalhadores e também cidadãos. Num primeiro momento, quando tive a oportunidade de usar os serviços da Uber como consumidor, sempre me pareceu vantajoso, pensando sob o aspecto de praticidade do uso da plataforma, de menor preço, economia de tempo, de qualidade. Agora, quando me detenho a analisar o aspecto do trabalhador que é contratado pela Uber para prestar serviços de transporte de passageiros, começo a enxergar a situação sob outra ótica, mais crítica e que esconde diversas armadilhas para a parte hipossuficiente. Não há garantia de direitos mínimos

assegurados pela Constituição, não há cobertura previdenciária, não há garantia no emprego, podendo ser “desligado” da plataforma a qualquer momento. E, finalmente, lançando um olhar como cidadão, que paga seus impostos e espera que retornem de alguma forma em serviços públicos de qualidade, a desregulamentação não é boa para ninguém. Essas empresas fogem da arrecadação tributária, das leis municipais e dos problemas de trânsito, moradia e mobilidade, alegando que não estão sujeitas a nenhuma legislação.

Como tudo na vida, há sempre mais de uma forma de olhar e analisar as situações. O avanço das tecnologias digitais parecia algo inevitável e benéfico para a sociedade. No entanto, deve ser visto com ressalvas quando aplicado às relações laborais, na medida em que crescem as desigualdades sociais, pela exploração do capital sobre o trabalho humano. As relações entre capital e trabalho são antagônicas por sua própria natureza.

Segundo MOROZOV, 2013, a ideia de que a tecnologia pode fornecer soluções para problemas sociais complexos foi chamada de “solucionismo”. Problemas simples demandam soluções simples. Problemas sociais complexos precisam de soluções mais discutidas e elaboradas. Não existem soluções simples para problemas sociais complexos.

O debate deve deixar de lado o caráter exclusivo da tecnologia e preocupar-se mais com questões sociais e de garantia de direitos desses trabalhadores que, cada vez mais, estão sendo explorados por grandes empresas bilionárias que lucram cada vez mais sob um falso discurso.

REFERÊNCIAS

BAKER, Dean. **Don't buy the “sharing economy” hype: Airbnb and Uber are facilitating rip-offs.** The Guardian. 27 mai 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/27/airbnb-uber-taxes-regulation>> Acesso em: 1 jul 2021.

BIANCHI, Sabrina Ripoli; MACEDO, Daniel Almeida de; PACHECO, Alice Gomes. **Uberização como forma de precarização do trabalho e suas consequências na questão social.** Revista Direitos, Trabalho e Política Social, CUIABÁ, V. 6, n. 10, p. 134-156, jan/jun 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 12 jun 2021.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 jun 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 247.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho da Coleção Concursos Públicos – 5ª edição**. Editora JusPodivm. 2019.

DALE, Daniel. “Council Votes to Overhaul Toronto Taxi Industry” [**Câmara vota por inspecionar indústria de táxi em Toronto**], em The Star, 19 fev 2014. Disponível em: <https://www.thestar.com/news/city_hall/2014/02/19/council_votes_to_overhaul_toronto_taxi_industry.html> Acesso em: 15 mar 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 304.

GARCIA, Gustavo Filipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016. p. 382.

HUET, Ellen. “Uber Deactivated a Driver For Tweeting a Negative Story About Uber” [**Uber desativou motorista que tuitou história negativa sobre a Uber**] Em Forbes, 16 out 2014. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/10/16/uber-driver-deactivated-over-tweet/?sh=f59d5fd6a4c8>> Acesso em: 5 abr 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

_____, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOROZOV, Evgeny. “To Save Everything, Click Here” [**Para Salvar Tudo, Clique Aqui**]. Nova York: PublicAffairs, 2013.

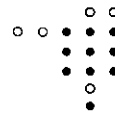
SKINNER, Curtis. “California Prosecutors Say Uber’s Background Checks Missed Convicts” [**Procurador da Califórnia diz que checagem de antecedentes da Uber deixou escapar condenados**] Em Reuters, 20 ago 2015. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-usa-uber-california-idUSKCN0QP05920150820>> Acesso em: 20 abr 2021.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. Tom Slee: tradução de João Peres; notas da edição Tadeu Breda, João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

TRT-2. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 1000123-89.2017.5.02.0038**. Relatora: Beatriz de Lima Pereira. 15ª Turma – Cadeira 2, Data de Publicação: 16/08/2018.

TRT-3. **Reclamação Trabalhista nº 0011359- 34.2016.5.03.0112**. Juiz: Márcio Toledo Gonçalves. Belo Horizonte, MG. Data de Publicação: 13 fev 2017.

UBER NEWSROOM. **Fatos e dados sobre a Uber**. 27 ago 2020. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>> Acesso em: 3 jul 2021.



O CRESCIMENTO DOS ESPORTES E OS CUIDADOS QUE AS ORGANIZAÇÕES (TIMES) DEVEM TER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO COM CYBER-ATLETAS NO ÂMBITO DAS GAMING HOUSE'S E GAMING OFFICE'S

Douglas Cardoso Silveira¹
Andrea Maria Limongi Pasold²

Resumo: Os esportes eletrônicos cresceram abruptamente nos últimos anos, mormente pelo impulso causado pela pandemia do novo coronavírus, quando a tecnologia se fez ainda mais presente em todo mundo, sobretudo, pelo fato de esportes eletrônicos serem uma válvula de escape para a ausência de esportes tradicionais. Com isso, o número de organizações (times) e *players* também cresceu muito, sendo incontroverso também, o aumento de discussão sobre o tema. Lesões, jornadas extenuantes, precarização do trabalho e ausência de regulamentação sobre o meio dos *eSports* preocupa especialistas, familiares de atletas e até mesmo quem explora essa atividade. Este trabalho visa nortear profissionais e interessados acerca da relação entre jogadores de esportes eletrônicos e organizações, objetivando minimizar problemas que podem prejudicar as partes que firmam acordos para trabalhar no meio.

115

Palavras-chave: *eSports*. *Cyber-atleta*. Relações do Trabalho.

¹ Advogado associado à Gerent Advocacia, Graduado pelo Instituto de Ensino Superior da Grande Florianópolis (IESGF), pós-graduando em direito e processo do trabalho pela AMATRA-12, membro consultivo da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SC de 2020 a 2022, membro consultivo da Comissão de Direito Desportivo da OAB/SC 2022 até o momento.

² Juíza do Trabalho do TRT da 12ª Região, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Especialista em Direito Civil pela UNISUL, autora da obra Contrato de Trabalho e Gratificação de Função, co-autora da obra **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho: artigo por artigo**, professora dos cursos de pós graduação da Amatra 12, Cesusc, Univali, Unidavi, Univille, Unifebe, professora de cursos de capacitação e atualização, professora convidada da ESA/OAB-SC, Diretora Cultural da AMATRA12.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto falar das *Gaming House's* e *Gaming Office's* e os seus efeitos jurídicos para com os *cyber*-atletas, tratando das características destes locais, bem como dos riscos trabalhistas provenientes da adoção deste modo de trabalhar com os times de esportes eletrônicos.

O seu objetivo é demonstrar os riscos, bem como, trazer ao leitor ideias de como as organizações podem minimizar tais riscos, adotando condutas condizentes com as normas trabalhistas vigentes, introduzindo um amplo programa de boas práticas nas residências e escritório de jogos, sem abordar as questões previdenciárias.

2 ESPORTS: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

O *eSports* tem crescido abruptamente no cenário internacional e nacional, tendo seu crescimento alavancado uma série de novos conceitos jurídicos e trazido uma série de problemáticas a serem resolvidas nos próximos anos.

Muitas pessoas ligam o crescimento dos *eSports* à pandemia causada pela COVID-19, que, de uma certa forma, auxiliou o crescimento da modalidade, ante a facilidade de conexão entre *players* do mundo inteiro, sem sair de suas casas.

O que poucos sabem é que os *eSports* ou Esportes Eletrônicos nasceram na década de 70, quando estudantes da Universidade de Stanford realizaram uma competição de *SpaceWar*. Em 1980, a Atari organizou um campeonato com aproximadamente 10 mil participantes, sendo que o campeonato foi um sucesso. Com o crescimento, surgiu na década de 90 o *Nintendo World Championships* com etapas sendo disputadas nos Estados Unidos.

Por óbvio que com o crescimento da Internet, os jogos eletrônicos também cresceram, sendo de extrema importância destacar que no ano de 2021, o Campeonato Mundial de *League Of Legends* bateu recorde de audiência, tendo um pico de 4 (quatro) milhões de espectadores simultâneos assistindo a final.

2.1 eSports no Brasil

Na mesma linha do crescimento mundial, tem-se o crescimento dos jogos eletrônicos no Brasil, sendo o país um dos principais mercados para os esportes eletrônicos.

Neste passo, diversos clubes tradicionais do futebol brasileiro estão optando por criar times para disputa de campeonatos de jogos consolidados no País, arrastando multidões de torcedores que acompanham seus times nos jogos mais populares no mundo dos *eSports*, tais como: *Free Fire*, *League Of Legends*, *CS GO*, entre outros. Mateus Dal Prá definiu o atual momento vivido pelos *eSports*:

O impacto da pandemia de forma positiva e negativa

A queda de 1,1% no faturamento envolvendo os *eSports* de 2019 para 2020 tem influência direta no cancelamento dos eventos presenciais. As receitas com ingressos e taxas de *publishers* e *merchandising* foram afetadas diretamente. Por outro lado, o confinamento das pessoas em casa fez com que o número de jogadores casuais e fãs que frequentam plataformas de *streaming* aumentasse.³

117

Como dito e constatado diariamente em observação pessoal, o mercado de jogos digitais cresce de forma exponencial, movimentando bilhões de reais no “País do Futebol”, encantando milhões de jovens Brasileiros, virando o país uma das referências mundiais no segmento, sobretudo no que concerne ao jogo *Free Fire*.

2.2 Reconhecimento dos eSports como esporte e necessidade de legislar sobre o ramo

O crescimento dos esportes eletrônicos trouxe a necessidade da profissionalização no mundo dos *games*. Hoje pode-se dizer que é raro um adolescente preferir jogar modos *off-line*, sem competição e interação com outros *players*.

Posso salientar que os jogos no estilo *Battle-Royale* comandam o mundo dos *games* nos dias atuais. Estes jogos basicamente se alicerçam no

³ Dal Prá, Mateus, Mercado de *eSports*: faturamento, audiência e o cenário no Brasil. GE, 2021 Disponível em: <<https://ge.globo.com/sc/noticia/o-mercado-de-esports-faturamento-audiencia-e-o-cenario-no-brasil.ghtml>>

instinto de sobrevivência, sendo diversos jogadores despejados em um mapa, obrigados a buscar mantimentos e armamentos para que possam competir entre si, sendo que, o *player* que restar no jogo será o vencedor. Neste sentido caminha o jogo *Free Fire*, que hoje é o jogo preferido dos brasileiros, não só pelo seu estilo, bem como por ser um jogo mais acessível economicamente.

Ressalta-se que, em 2021, o *Free Fire* possuía cerca de 150 (cento e cinquenta) milhões de jogadores no mundo inteiro, ficando atrás apenas do jogo *Fortnite*, que possui o mesmo estilo, tendo este último cerca de 350 milhões de contas registradas⁴.

Decorrente dessa febre, nos últimos anos surgem diversas organizações (times) de esportes eletrônicos, o que tem causado uma profissionalização dos *Cyber-Atletas*, que hoje, em muitos times, possuem suas carteiras de trabalho anotadas, sendo os contratos alicerçados na Lei n. 9.615/98, a famosa Lei Pelé.

Observado que o mercado de jogos digitais hoje está em constante crescimento, salutar falar sobre as competições, sendo estas o principal motivo da profissionalização e pelo qual os esportes eletrônicos devem ser considerados como um esporte perante a lei, no nosso sentir.

Hoje, no Brasil, nos deparamos com diversos campeonatos que movimentam milhões de reais, a exemplo, o maior deles, Campeonato Brasileiro de *League Of Legends*, o popular CbLol.

As organizações orbitam esses campeonatos, o que lhes faz contratar profissionais tanto ligados diretamente aos esportes, como profissionais que dão suporte aos atletas, tais como, nutricionistas, cozinheiros, psicólogos, fisioterapeutas, profissionais de *Marketing*, etc⁵.

Esta é a origem das *Gaming House's* e *Gaming Office's*. São basicamente casas e escritórios totalmente voltados para a prática do esporte eletrônico, uma mistura de *lan house* com centro de treinamento, com diversos empregados dando apoio as equipes para que treinem objetivando

⁴ Marshall, Aretha, Jogo mais jogado do mundo em 2021, 2021, <<https://maistim.com.br/blog/jogo-mais-jogado-do-mundo-em-2021/>>

⁵ Miguel, Ricardo Georges Affonso, O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico, São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2019. Pg. 48.

participar de competições altamente rentáveis. É uma nova forma de organização, porque a atividade em si é diversa da atividade física tradicional que merece o nome de esporte, e, ao mesmo tempo, não é também um típico esporte puramente intelectual, como o xadrez.

As competições são organizadas de forma parecida com os campeonatos de futebol, por exemplo. Há venda de ingressos, camisetas, os estádios lotam, há uma fiscalização por parte das empresas que organizam os campeonatos, tendo total consonância com a definição de competição trazida pela Lei Geral do Desporto em vigor no Brasil⁶, em que pese exista muita resistência por parte dos legisladores, que já recusaram dois projetos de lei objetivando o reconhecimento dos *eSports* como esporte.

O art. 26 da Lei Pelé define as competições profissionais:

Art. 26, parágrafo único: Considera-se competição profissional para os efeitos desta Lei aquela promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo⁷.

O primeiro, o PL 3450/2015, que almejava adicionar o inciso V ao art. 3º da Lei Pelé, que basicamente traria o reconhecimento do desporto eletrônico como esporte conhecido por lei. Depois, o PL 7747/2017 também tinha o mesmo intuito, e ambos foram rejeitados⁸.

Existe um outro PL, o 383/2017 que está aguardando inclusão em pauta para ser votado. Este PL possui o mesmo intuito dos anteriormente rejeitados.

Cumpra mencionar a explicação da Ementa constante do sítio eletrônico do Senado Federal:

“Define como esporte as atividades que, fazendo uso de artefatos eletrônicos, caracteriza a competição de dois ou mais participantes, no sistema de ascenso e descenso misto de competição, com utilização do *round-robin tournament systems*, o *knockout systems*, ou outra tecnologia similar e com a mesma finalidade.”⁹

⁶ Miguel, Ricardo Georges Affonso, O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico, São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2019. Pg. 52.

⁷ <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>

⁸ <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>>

⁹ <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131177>>

Ricardo Georges Affonso Miguel define a razão pela qual observamos o revés no intuito de reconhecer os *eSports* como esporte no Brasil:

“Pensamos que a resistência ao reconhecimento do jogo eletrônico como esporte decorre da certa inflexibilidade aos avanços tecnológicos que vem transformando a sociedade, o que vai de encontro ao próprio dinamismo do esporte, que já admite os esportes da mente, ou intelectivos.”¹⁰

É inegável a profissionalização, crescimento de aportes financeiros e importância dada aos esportes eletrônicos nos últimos anos, sendo extremamente necessário legislar sobre o tema, eis que, o simples reconhecimento e aplicação da Lei Pelé pode implicar em alguns percalços, haja vista as peculiaridades dos esportes eletrônicos.

2.3 Conceito de *Cyber-Atleta*

Para Gois, *Cyber-Atleta* é:

“o termo utilizado para aqueles jogadores que decidem jogar profissionalmente, sendo contratados por um clube e recebendo uma remuneração deste. É criada uma espécie peneira que, assim como no futebol, escolhe poucos jogadores dentre os muitos que sonham em “trabalhar jogando”.¹¹

O Art. 3º, inciso I da Lei Pelé, define que o atleta profissional é aquele que recebe remuneração mediante contrato formal de trabalho, pactuado entre a entidade desportiva e o próprio atleta¹².

Portanto, pode-se concluir que o *Cyber-Atleta* é aquele atleta que pratica atividades ligadas a disputa de competições de jogos eletrônicos, mediante recebimento de remuneração devidamente pactuada em contrato de especial de trabalho.

2.4 Contrato especial de trabalho desportivo

Embora tenha-se diversas discussões acerca da natureza jurídica da relação entre atleta e organizações de esportes eletrônicos, pode-se aclarar com

¹⁰ Miguel, Ricardo Georges Affonso, O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico, São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2019. Pg. 53.

¹¹ Gois, Jéssica Caramuru, O regime jurídico trabalhista dos *Cyber-Atletas* brasileiros. 2017.

¹² Lei n. 9.615/98, Art. 3º, inciso I.

veemência que a melhor forma de firmar contratos de trabalho para estes atletas, é observando a Lei Pelé, mais precisamente os seus artigos 28 e seguintes, sendo tal contrato nominado como contrato especial de trabalho desportivo.

Além disso, pode-se citar que a organização poderá firmar contrato de formação com atleta que tenha de 14 (quatorze) a 20 (vinte) anos, pagando uma bolsa aprendizagem, sem que se tenha vínculo de emprego, nos termos do §4º do art. 29 da Lei Pelé¹³.

Cabe ressaltar que no ano de 2017, Associação Brasileira de Clubes de Esporte Eletrônicos em parceria com a Riot Games, determinou que as organizações teriam de firmar contratos de trabalho com seus jogadores para a participação do CBLol. Contudo, tal determinação não foi completamente respeitada, pois em 2021, ainda existiam algumas poucas equipes utilizando o contrato de prestação de serviço subordinado.

Junior, Antônio resalta que:

“A relação de trabalho, somada à real e inequívoca definição como atleta, faz com que os praticantes (*pro players*), se equiparem ao atleta profissional e todas as suas garantias, direitos e deveres, podendo ser regida pelo diploma específico da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé).”¹⁴

121

Deste modo, pelo aclarado, demonstra-se amplamente que o contrato de trabalho especial, regido pela Lei Pelé, é o mais utilizado nos dias atuais, o que minimiza os riscos inerentes ao vínculo de emprego havido entre os atletas e organizações, ao mesmo tempo que não deixa a situação em limbo jurídico.

2.5 Organizações (Times)

As organizações são os times de *eSports*, que se organizam de forma semelhante a *Startup*’s e empresas com conceitos modernos, participando de competições com o intuito de ganhar premiações, difundindo suas marcas, vendendo produtos e gerando lucro e empregos.

¹³ Martins, Sergio Pinto, Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol, 2016, 2ª Ed. P. 40.

¹⁴ Junior, Antônio Carlos Bratefixe, Introdução ao estudo do *eSports law* – O direito do esporte eletrônico, ed. Mizuno 2021, p. 103.

Júnior, Antônio, define Organizações como:

“As equipes de *eSports* são organizações privadas que têm por objetivo desenvolver a prática de atividade desportiva de modo competitivo, formando jogadores para a disputa de campeonatos”.¹⁵

Inúmeros clubes de futebol hoje já investem nos jogos eletrônicos, haja vista a alta rentabilidade do ramo, podendo ser citados o Flamengo, Corinthians, Cruzeiro, entre outros. Há de salientar que tais organizações arrastam multidões, sendo seguidas em suas redes sociais por milhões de adeptos. Veja-se a lista das organizações brasileiras mais seguidas:

	Organização / Clube	Total
1	Loud	25.7 milhões
2	Los Grandes	8.6 milhões
3	Corinthians e-Sports	5.8 milhões
4	paiN Gaming	4.6 milhões
5	Fluxo	4.4 milhões
6	INTZ	2.7 milhões
7	Vivo Keyd	2.1 milhões
8	mibr	1.6 milhões
9	Flamengo <i>eSports</i>	1.2 milhões

(Disponível em: <<https://assuperlistas.com/2022/01/21/as-maiores-orgs-de-e-sports-brasileiras/>>)

Desta feita, demonstrado que as organizações são altamente engajadas, girando um alto volume de dinheiro, torna-se de grande valia que estas organizações tenham um formato jurídico adequado para as contratações, objetivando minimizar riscos de condenações judiciais, em especial, condenações em processos trabalhistas.

¹⁵ Junior, Antônio Carlos Bratefixe, Introdução ao estudo do *eSports law* – O direito do esporte eletrônico, ed. Mizuno 2021, p. 103.

3 GAMING HOUSE'S E GAMING OFFICE'S E SEUS EFEITOS JURÍDICOS PARA O CYBER-ATLETA

3.1 Definições

Podemos conceituar as *gaming house's* como uma casa voltada para prática profissional de *games*, tendo toda uma infraestrutura que dá suporte aos *players*, lhes concedendo condições especiais para prática dos esportes eletrônicos.

Júnior, Antônio, define a *gaming house* como:

“[...] locais onde atletas podem ou não residirem, e são montadas com todas as necessidades para o desenvolvimento físico, psicológico e técnico de seus atletas, preparando-os para as principais competições do cenário”.¹⁶

Salienta-se a importância das *gaming house's* na rotina dos atletas, haja vista que nestas organizações, em regra existem limites de horários, treinos, alimentação, descanso, acompanhamento psicológico e físico. Tais locais com sua organização possibilitam controle das atividades profissionais, mas também podem ser limitadoras de liberdade dos atletas e semelhantes em demasia aos antigos internatos¹⁷.

Já as *gaming office's* funcionam como escritórios comuns, nos quais atletas se dirigem até o local de trabalho e cumprem suas jornadas normalmente. A vantagem é a diminuição do risco de sofrer com demandas trabalhistas, além da diminuição dos gastos, por sua vez, a desvantagem é o fato do descontrole sobre a vida dos atletas, que, na sua maioria, possuem entre 16 (dezessete) e 25 (vinte e cinco) anos de idade¹⁸.

Isso significa que nem todos os atletas que estão se profissionalizando param de jogar quando vão para as suas casas, e nem sempre têm maturidade para compreender que, a partir do momento em que se torna trabalho,

¹⁶ Junior, Antônio Carlos Bratefixe, Introdução ao estudo do *eSports law* – O direito do esporte eletrônico, ed. Mizuno 2021, p. 129.

¹⁷ Para que não parem dúvidas acerca do funcionamento de uma *Gaming House*, assista este vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=uFjc7uMHqxs&ab_channel=MGGBrasil>

¹⁸ <<https://tab.uol.com.br/esports/#:~:text=Com%20idade%20m%C3%A9dia%20entre%2017,j%C3%A1%20disseminada%20em%20outros%20pa%C3%ADses.>>

outra atividade deverá ser lazer. E seria recomendável que fosse apenas outro jogo, mas no mesmo equipamento?

Em artigo publicado no site UOL, posso encontrar a definição perfeita de *gaming office*:

“Ainda considerado novo no meio, o conceito de *Gaming Office* vem ganhando forças na comunidade de *eSports* do Brasil. O termo sugere que seja um “escritório para jogos” e, para muitos, significa mais um passo da profissionalização dos *eSports*. Pois ao contrário de morar e trabalhar no mesmo local, coisa que na maioria das profissões isso não é permitido pela lei, e que acontece nas *Gaming Houses*, é evitado pela implementação dos *Gaming Offices*”.¹⁹

3.2 Jornada de trabalho

A jornada de trabalho do atleta de esporte eletrônico talvez seja o maior problema no que se refere a gestão por parte das organizações, tendo de controlar minuciosamente o tempo em que seus empregados ficam à sua disposição.

O primeiro problema ocorre pelo fato de a maioria dos atletas ser menor de 16 (dezesseis) anos, os quais somente podem firmar contratos de formação, haja vista que a Lei Pelé não prevê o contrato de aprendizagem, sendo uma incógnita a jornada contratual permitida por estes atletas.

Sobre a jornada de trabalho, Júnior, Antônio assim explica:

“Assim, tanto os atletas profissionais de futebol, por exemplo, quanto os atletas de *eSports* possuem jornada de trabalho de oito horas e duração semanal de 44 horas, devendo essa condição ser observada nos contratos e no cotidiano das atividades desempenhadas, com base no princípio da primazia da realidade”.²⁰

Ocorre que muitas organizações possuem problemas no que se atém ao controle da jornada dos atletas, haja vista a natureza da atividade explorada, sendo complicado concluir quando o empregado está à disposição e quando está se divertindo, fato que será abordado no tópico posterior.

¹⁹ <<https://www.uol/jogos/conteudo-de-marca/submarino-stars-gaming-office.htm#gaming-office-x-gaming-house>>

²⁰ Júnior, Antônio Carlos Bratex, Introdução ao estudo do *eSports law* – O direito do esporte eletrônico, ed. Mizuno 2021, p. 121.

De todo modo, é importante que a lacuna acerca da jornada permitida para o atleta com contrato de formação seja integrada, talvez mediante aplicação de analogia com a legislação de aprendizagem. No entanto, há diferenças significativas porque o trabalho na aprendizagem está relacionado à formação educacional a que se submete o jovem, razão da necessidade de compatibilidade de horários sem prejuízo da saúde física e mental do aprendiz. No caso dos atletas em *eSports*, há que se analisar e, talvez, garantir que mantenham o estudo regular, e seu horário nas organizações também seja compatível, permitindo ainda tempo de lazer.

3.3 Tempo à disposição do empregador

Este talvez seja o maior problema das organizações referente a jornada de trabalho, eis que muitos atletas continuam jogando mesmo após o fim de suas jornadas, o que pode se confundir com tempo efetivo de trabalho, gerando riscos de condenação das organizações no que se refere ao pagamento de horas extras.

125

O Art. 4º da CLT assim dispõe:

Art. 4º – Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Parágrafo único – Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar ... (VETADO) ... e por motivo de acidente do trabalho.

§ 1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

- I – práticas religiosas;
- II – descanso;
- III – lazer;
- IV – estudo;
- V – alimentação;
- VI – atividades de relacionamento social;
- VII – higiene pessoal;
- VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Veja-se que o lazer, constante do inciso III do parágrafo segundo do art. 4º enquadra-se exatamente no que salientei anteriormente, sendo inequívoco que os empregadores devem buscar ferramentas de minimizar tais riscos.

Uma delas é a implementação de um controle de jornada, inserindo pontos eletrônicos ou outros tipos vinculados ao acesso ao sistema dos jogos, objetivando controlar efetivamente o trabalho despendido pelos atletas. Outra forma de resolver o problema é separar os ambientes, tendo salas fechadas/abertas em horários determinados, criando um centro de treinamento dentro das casas denominadas como *Gaming House's*.

Já no que se atém as *Gaming Office's*, torna-se mais fácil determinar os horários em que os atletas jogam profissionalmente e quando jogam por lazer, contudo, é sempre importante que as organizações se previnam quanto a eventuais horas extras laboradas pelos atletas, especialmente aos menores de 18 anos, e mais ainda aos menores de 16. Como veremos, a jornada interferirá também na saúde do atleta, de maneira que talvez os jogos por lazer tenham também que ser monitorados.

Portanto, conclui-se que os empregadores devem efetivamente controlar a jornada dos atletas, minimizando os riscos de jornadas extenuantes e degradantes, que não observam a lei e podem causar uma queda de desempenho dos atletas.

3.4 Acidentes de trabalho e riscos ocupacionais

É inequívoco que o jogador de esporte eletrônico dispara centenas de movimentos por minuto, eis que precisa ser ágil, utilizando principalmente seus membros superiores para a execução de diversos movimentos repetitivos.

Primeiramente, necessário se faz abordar os artigos 19 e 20 da Lei n. 8.213/91, vejamos:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§ 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§ 4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

A NR 17 do TEM, que trata sobre ergonomia, dispõe que:

17.6.4. Nas atividades de processamento eletrônico de dados, deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte:

b) o número máximo de toques reais exigidos pelo empregado não deve ser superior a **8 (oito) mil por hora trabalhada**, sendo considerado toque real, para efeito desta NR, cada movimento de pressão sobre o teclado; (117.033-3 / I3). (Destacou-se)²¹

Fazendo a conversão de ações por minuto para ações por hora, a média de toques por hora desses verdadeiros atletas fica entre 12 mil e 42 mil, muito acima do limite de tolerância da norma de ergonomia brasileira²².

Deste modo, evidente que os riscos ocupacionais do atleta de esportes eletrônicos são muito maiores do que o habitual, haja vista a repetitividade nas atividades despendidas durante as partidas e treinamentos.

Posso citar como exemplo o caso em que o jogador Destiny, que contraiu dermatite e, segundo ele, tal doença decorre das más condições encontradas no alojamento da Reclamada, Santos/*Select eSports*.

“A enfermidade que acomete o Reclamante [Destiny], equiparada a acidente do trabalho, estará configurada quando constatado que o exercício da atividade desenvolvida pelo empregado contribuiu para a evolução ou agravamento da moléstia incapacitante, valendo frisar que esta decorreu das péssimas condições do alojamento em que o autor [Destiny] estava locado para o exercício de suas atividades”, argumentaram na ação os advogados Bruno Freire Gallucci e Juliana de Cássia dos Santos Guimarães²³.

Ainda, cita-se a aposentadoria do grande jogador de *League Of Legends*, Zi Zao, que aposentou-se com apenas 23 anos de idade, com diversas doenças causadas pela forte pressão, além de problemas em seus braços, devido aos movimentos repetitivos, decorrentes da rotina de treinos e jogos.

Por certo que as organizações devem dispor de condições dignas de trabalho aos seus atletas, fiscalizando o uso adequado das ferramentas, evitando toda e qualquer possibilidade de lesão ocupacional por culpa integral do trabalho.

²¹ Bocchi, Nicholas, disponível em: <<https://leiemcampo.com.br/doencas-ocupacionais-no-esporte-eletronico/>>

²² Bocchi, Nicholas, disponível em: <<https://leiemcampo.com.br/doencas-ocupacionais-no-esporte-eletronico/>>

²³ SALES, Gabriel, disponível em: <<https://br.millennium.gg/noticias/8912.html>>

Para que se evitem problemas financeiros decorrentes das lesões adquiridas por atletas, as organizações, a exemplo dos clubes de futebol, devem contratar seguros para acidentes laborais, conforme previsão constante da Lei Pelé.

Este seguro está previsto no art. 45 da Lei Pelé, prevendo o pagamento de no mínimo uma indenização equivalente ao valor anual da remuneração do atleta.

A razão pela qual este seguro foi inserido na Lei Pelé tem por base o padrão elevado da remuneração de atletas no país, assim, um atleta que ganha em média R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quando lesionado, não terá perdas significativas quando do afastamento previdenciário.

Ainda, faz-se mister consignar que caso o clube não faça o referido seguro, será responsável pelo pagamento das despesas médicas do atleta, nos termos do §2º do art. 45 da Lei Pelé. *In verbis*:

Art. 45, § 2º A entidade de prática desportiva é responsável pelas despesas médico-hospitalares e de medicamentos necessários ao restabelecimento do atleta enquanto a seguradora não fizer o pagamento da indenização a que se refere o § 1º deste artigo.²⁴

Inclusive, o TRT da 6ª Região já exarou seu entendimento acerca do explicitado. Veja-se:

JOGADOR DE FUTEBOL. ART. 45, §1º DA LEI 9.615/98. INDENIZAÇÃO PELA NÃO CONTRATAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO. Incontroverso o acidente de trabalho sofrido pelo autor, vez que o clube réu admitiu, na peça contestatória, que o atleta ficou impossibilitado de jogar, em virtude de lesão sofrida no joelho durante os treinos, faz jus o reclamante à indenização prevista no art. 45, §1º, da CLT, ante o ato ilícito cometido pelo clube de futebol, que se omitiu no dever de contratar seguro obrigatório de vida e de acidentes pessoais, vinculado à atividade desportiva (art. 45 c/c 94 da Lei 9.615/98), independentemente do pagamento de salários e de despesas de saúde pelo clube contratante, no período em que o jogador permaneceu em recuperação. Recurso obreiro provido, no particular²⁵.

²⁴ Lei n. 9.615/98 – Lei Pelé.

²⁵ PROC. Nº TRT – 0000475-08.2015.5.06.0011 (RO) – 6ª Região, disponível em: <<https://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=10741249&tipoProcesso=eletronico>>

Portanto, a contratação de um seguro acidente é mais uma obrigação a ser seguida pelas organizações, sendo este um gasto necessário para evitar condenações vultuosas na Justiça do Trabalho.

Isso, no entanto, não é suficiente. O ideal não é que haja a conversão de doença em indenização, e sim uma prevenção da sua ocorrência. Por exemplo, ao se permitir que o atleta de *eSports* jogue ilimitadamente em seu tempo livre, os estímulos permanecem os mesmos ao seu cérebro e ao seu corpo, o que certamente prejudica o seu desenvolvimento, já que normalmente estamos diante de jovens ainda em formação.

Imaginar uma possibilidade de incapacidade para o trabalho para um jovem de menos de 30 anos, por lesões que se agravaram e impedem movimentos básicos, é algo que deve permear as preocupações de quem contrata os atletas e de sua família.

Com o vulto cada vez maior de valores que envolvem a organização e realização dos campeonatos e estímulo aos jogos através do desempenho desses atletas, sua saúde mental deve ser objeto de constante cuidado, pela pressão que passam a sofrer por rendimento e vitórias, número de expectadores, envolvimento com licenciamento de marcas, ou seja, tudo aquilo que se vê nos esportes tradicionais como o futebol, inclusive o afastamento das famílias para maior dedicação e concentração.

Será facilmente detectado o nexo de causalidade entre as atividades realizadas e lesões por esforço repetitivo conhecidas, por serem sempre os mesmos músculos utilizados nos jogos. Talvez, em breve, algumas lesões osteomusculares entrem no rol para nexo epidemiológico do INSS, ou seja, com nexo presumido a partir das atividades realizadas. Atividades de fisioterapia específicas são necessárias, ou seja, a profissionalização deve ser completa.

As equipes multidisciplinares devem estar preparadas para lidar com as frustrações manifestadas de forma tipicamente adolescente, por jovens que estão em uma atividade lucrativa e profissional, gerando receita para outrem. Pressão por vitórias, assédio nas derrotas, até por colegas e amigos, porque o relacionamento não tem a maturidade do profissionalismo.

3.5 Medidas de *compliance*: criação de códigos de conduta, políticas de advertência e canais de denúncia

Códigos de conduta nada mais são do que um conglomerado sistematizado de regras dispostas pelas empresas, evitando comportamentos inadequados que podem ensejar em infortúnios jurídicos

Os códigos de ética e conduta definem os princípios éticos e de conduta dentro de uma empresa. Algumas empresas têm guias de conduta com os desdobramentos práticos dos códigos de ética e/ou de conduta²⁶.

Portanto, importantíssimo que as organizações criem seus códigos de conduta, explicar, aplicar, sobretudo pelo fato de lidar com adolescentes e jovens muitas vezes imaturos, assim, evitando maiores problemas com seus atletas.

As políticas de advertência podem ser adotadas pelas organizações como meio de controle no que se atém ao seu código de conduta, colhendo provas para que possam aplicar eventual justa causa prevista no art. 482 da CLT²⁷ ou desvinculação, nos termos do inciso V do art. 48 da Lei Pelé.

O referido artigo prevê um escalonamento de punições aos atletas, podendo tal escalonamento fazer parte da política de advertências. Vejamos o referido artigo:

Art. 48. Com o objetivo de manter a ordem desportiva, o respeito aos atos emanados de seus poderes internos, poderão ser aplicadas, pelas entidades de administração do desporto e de prática desportiva, as seguintes sanções:

I – advertência;

II – censura escrita;

III – multa;

IV – suspensão;

V – desfiliação ou desvinculação.

§ 1º A aplicação das sanções previstas neste artigo não prescinde do processo administrativo no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º As penalidades de que tratam os incisos IV e V deste artigo somente poderão ser aplicadas após decisão definitiva da Justiça Desportiva.

²⁶ CARLOTO, Selma, *Compliance Trabalhista*, Ed. LTr, 2ª Ed, 2020, Pg. 72.

²⁷ Consolidação das Leis do Trabalho.

Fazendo um breve adendo, verifica-se, nos termos do §2º, a suspensão ou desfiliação/desvinculação só podem ser aplicadas mediante decisão definitiva da justiça desportiva, contudo, ante o não reconhecimento dos esportes eletrônicos como esporte, torna-se impossível a aplicação destes incisos supramencionados.

Caso não se aplique a Lei Pelé, a aplicação de penalidades poderá exigir a ciência do responsável legal, caso o atleta seja menor de 18 anos, para evitar nulidades futuras.

Canais de denúncia eficazes possuem suma importância nos programas de *compliance* de grandes empresas, sendo essenciais no controle e gestão de pessoas, evitando percalços no que tange a relação entre colegas de trabalho. Diga-se que tal ferramenta é imprescindível no âmbito de *gaming house/office*, principalmente na *house*, onde atletas convivem diariamente, o que por certo emerge conflitos, sobretudo pelo fato de existirem diversos adolescentes no ramo.

3.6 Da relação entre as organizações e atletas menores de idade

132

É inegável que um atleta de esportes eletrônicos pode chegar ao seu pico de desempenho em idade menos madura do que o habitual, sendo que observamos diversos jogadores muitos jovens já fazendo sucesso em seus respectivos jogos.

O atleta poderá firmar um contrato de formação a partir dos 14 (quatorze) anos de idade, sendo que não poderá ter 20 (vinte) anos completos, recebendo ou não um auxílio financeiro, sendo denominada bolsa de aprendizagem, sem qualquer vínculo de emprego²⁸.

O jogador que seja menor de idade, ainda, deve ter fácil acesso aos estudos, seja ele em *Home Office*, seja ele presencial na escola. O jogador que é menor idade e ainda está na idade escolar, não pode em hipótese alguma deixar de frequentar a escola.

Para residir numa *Gaming House* o jogador que seja menor de idade deve obrigatoriamente possuir uma autorização por escrito dos seus responsáveis, assinada e reconhecida em cartório por ambos os pais, ou em caso de impossibilidade, por autorização judicial. Esta autorização faz com

²⁸ Lei PELÉ, Art. 29, §4º.

que o responsável pela *Gaming House* também se torne responsável pelo jogador e, conseqüentemente, qualquer prejuízo causado ao jogador será também de responsabilidade do time.

Recomenda-se que tenha sempre um adulto responsável disponível na *Gaming House*, ainda que de forma alternada, pois menores de idade não podem, em hipótese alguma, ficarem desguarnecidos ou residindo sozinhos em um ambiente, pois isso pode caracterizar abandono de incapaz²⁹.

Para que uma organização seja considerada formadora, deve atender as regras previstas no art. 29, §2º da Lei Pelé, vejamos:

Art. 29, §2º, 2º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que:

I – forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e

II – satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano;
- b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais;
- c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar;
- d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade;
- e) manter corpo de profissionais especializados em formação tecnicodesportiva;
- f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento;
- g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva;
- h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e
- i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares³⁰.

²⁹RODRIGUES, Laila, <[³⁰ Lei PELÉ, Art. 29, §2º e incisos.](https://www.advocaciaesports.com.br/ost/como-montar-uma-gaming-house-game-house-gh#:~:text=Para%20residir%20numa%20Gaming%20House,de%20impossibilidade%2C%20por%20autoria%2C%20A7%2C%20A3%20judicial?>>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

O problema esbarra na questão de a entidade que administra o desporto certificará as organizações, contudo, o questionamento que se levanta é, qual a entidade responsável por isso?

De fato existem diversos questionamentos acerca de tal formação, haja vista a ausência de reconhecimento dos esportes eletrônicos como esporte, bem como, no fato de a Lei Pelé não abranger as minúcias da atividade desportiva no âmbito eletrônico.

O ideal é que as organizações firmem contrato de formação, mantendo os atletas menores em *gaming office's*, e apenas mantenham atletas em alojamentos após o contrato profissional ser formalizado, ou seja, a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade.

4 CONCLUSÃO

Inicialmente, demonstrado o crescimento dos *eSports* a nível mundial, virando febre no Brasil, onde já existem diversas organizações luxuosas, o que aflora um novo mercado de trabalho que necessita ser regulamentado para que se evite infortúnios no que tange a aspectos jurídicos.

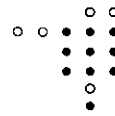
O enquadramento do esporte eletrônico como esporte de fato trará benefícios às equipes e atletas, lhes garantindo uma série de direitos agora não reconhecidos, facilitando suas atividades, o que pode indubitavelmente explodir o mercado de trabalho dos esportes eletrônicos.

Inegável também que com o dito reconhecimento, as organizações terão muito mais deveres, sendo que, tais deveres já são observados por muitas equipes que empregam atletas, fornecendo escritórios como centros de treinamento e ainda, aquelas que fornecem casas de jogos, o que lhes traz uma série de responsabilidades.

Destaca-se que o fato de as organizações manterem as *gaming e office house's*, lhes traz uma série de deveres trabalhistas, tendo de observar diversos aspectos para que se evite problemas trabalhistas, tendo de adotar medidas imprescindíveis para que se possa gerir seus atletas.

REFERÊNCIA

- Bocchi, Nicholas, disponível em: <<https://leiemcampo.com.br/doencas-ocupacionais-no-esporte-eletronico/>>
- BRASIL, LEI 8213/91, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>
- BRASIL, LEI 9615/98, LEI PELÉ, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm>
- BRASIL, PL's 3450/2015 e 7747/2017. Apensados. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>>
- CARLOTO, Selma, Compliance Trabalhista, Ed. LTr, 2ª Ed, 2020.
- Dal Prá, Matheus, GE. Disponível em: <<https://ge.globo.com/sc/noticia/o-mercado-de-esports-faturamento-audiencia-e-o-cenario-no-brasil.ghtml>>
- Gois, Jéssica Caramuru, O regime jurídico trabalhista dos Cyber-Atletas brasileiros. 2017. <<https://tiinside.com.br/30/09/2020/mercado-de-esports-no-brasil-e-um-dos-maiores-do-mundo/>>
- <https://www.youtube.com/watch?v=uFjc7uMHqxs&ab_channel=MGGBrasil>
- Marshall, Aretha, <<https://maistim.com.br/blog/jogo-mais-jogado-do-mundo-em-2021/>>
- Martins, Sergio Pinto, Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol, 2016, 2ª Ed
- Miguel, Ricardo Georges Affonso, O Enquadramento Jurídico do Esporte Eletrônico, Ed. Quartier Latin, 2019.
- PROC. Nº TRT – 0000475-08.2015.5.06.0011 (RO) – 6ª Região, disponível em: <<https://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=10741249&tipoProcesso=eletronico>>
- Redação Ge. Worlds 2021: final bate recorde, com 4 milhões de espectadores – <<https://ge.globo.com/esports/lol/noticia/worlds-2021-final-bate-recorde-com-4-milhoes-de-espectadores.ghtml>>.
- Redação Tiinside: Mercado de eSports no Brasil é um dos maiores do mundo
- RODRIGUES, Laila, Como montar uma *Gaming House*, disponível em: <<https://www.advocaciaesports.com.br/post/como-montar-uma-gaming-house-game-house-gh#:~:text=Para%20residir%20numa%20Gaming%20House,de%20impossibilidade%2C%20por%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial>>.
- SALES, Gabriel, disponível em: <<https://br.millennium.gg/noticias/8912.html>>.



O CENÁRIO DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO NA PÓS-PANDEMIA: PROLIFERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO, CRISE E TECNOLOGIA

Emiliano Cruz da Silva¹

Resumo: O objetivo desta pesquisa, é fazer uma leitura do atual cenário do Direito do Trabalho Brasileiro. Diversos acontecimentos na sociedade, tem colocado o Direito do Trabalho em uma mutação de seus institutos, seja através da flexibilização ou da desregulamentação. O autor, no entanto, parte de acontecimentos históricos até a atualidade. O Direito do Trabalho como sendo alvo de alterações legislativas, busca o autor os fundamentos do Direito do Trabalho, e o papel do Estado como agente fiscalizador e assegurador das normas trabalhistas. Não há como deixar de abordar os reflexos da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, após 5 anos de sua promulgação, sendo diversos de seus dispositivos objeto de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. A exemplo de Portugal, se propõe uma reflexão sobre a necessidade de um Código do Trabalho, e Código do Processo do Trabalho, para a aplicação efetiva das normas trabalhistas pela Justiça Especializada. Em linhas gerais, passamos pela Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Revolução Industrial, e os desafios para o Direito do Trabalho resolver. Ao final, destacamos a importância da Suprema Corte, como expressão do Estado em salvaguardar direitos sociais insculpidos na Constituição Federal 1988.

137

Palavras Chave: Direito do Trabalho. Pós-pandemia. Legislação. Crise, Tecnologia.

1 INTRODUÇÃO

Algumas reflexões propedêuticas são necessárias se fazer, para alcançar a leitura sobre a realidade do Direito do Trabalho Brasileiro. É

¹ Emiliano Cruz da Silva é Bacharel em Direito pela UNISUL. Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Damásio de Direito. Advogado Trabalhista no escritório Albert Zilli dos Santos em Criciúma-SC.

imprescindível resgatar, alguns aspectos fundamentais e históricos desta ciência jurídica. Ainda que às vezes na academia, não se dê muita importância para o estudo das relações empregatícias, destacamos que este ramo privado do Direito, reflete consideravelmente, ainda que despercebido, nas vidas das pessoas, dia a dia, na sociedade.

A maioria da doutrina jurídica trabalhista, parte como início, o estudo do Direito do Trabalho pelo sentido etimológico da palavra “trabalho”. O trabalho de fato não pode ser visto só na perspectiva jurídica. O operador do Direito, deve ter uma abertura para conhecer o trabalho sob o viés de outras ciências, como a filosofia, a sociologia, a psicologia, a teologia e principalmente a história.

Então, compreender as relações de trabalho e emprego, não é uma tarefa tão simples, até porque muitas pessoas trabalham sem saber por quê? e para quê? Mas, aqueles que se dedicam ao trabalho que escolheram exercitar, ao longo da sua vida, fazem por amor e sem peso, em que a noção de sacrifício, penoso, ou algo ruim e custoso, praticamente não existe.

138

Todavia, com estas palavras iniciais, pretendemos dizer que o trabalho pode ser ressignificado por diversos sentidos, e a partir daí, se tornar interessante e prazeroso. Ao nos reportarmos ao Direito do Trabalho, não sabemos dizer, como esse ramo da ciência jurídica, pôde seus institutos sofrer tantas modificações ao longo da história civilizatória.

É assim, uma era superando a outra, talvez se explica essa revolução com o desenvolvimento, o descobrimento, tendo como agente transformador o homem em sociedade, buscando sempre mais conforto, riqueza e felicidade.

Mas, neste trabalho nos importa tecer considerações sobre o atual Direito do Trabalho Brasileiro, o trabalho do homem quanto atividade de produção, e sobre leis e assuntos decorrentes.

Acreditamos ser importante destacar os acontecimentos históricos, começando pelas reivindicações do proletariado, considerado com a gênese do Direito do Trabalho. Com o passar dos anos, desvinculando-se o Direito do Trabalho do Direito Civil, do ideal de contrato de prestação de serviço, este ramo do Direito foi ganhando autonomia científica e assumindo com maior propriedade, regulando seus institutos específicos.

O primeiro cenário do Direito do Trabalho, revelado pela história, foi a Indústria. Foi com a exploração dos homens, e posteriormente de máquinas, que os conflitos começaram a surgir nesta relação, entre o subordinado e o chefe. Conflitos sempre fizeram parte da história do Direito do Trabalho, seja por melhores condições de trabalho, seja por melhor remuneração, por questões de saúde física e mental do trabalhador.

A jornada de trabalho também foi uma conquista dos empregados e trabalhadores. No início, havia jornadas exaustivas, de 12 a 15 horas diárias, sem intervalo necessário para descanso, entre uma jornada e outra. Verificou-se, no entanto, que o Estado deveria interferir nessa relação privada, entre empregado e empregador, a fim de fiscalizar e garantir melhores condições de trabalho.

Foi então que com base no princípio máximo do Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana, que as Constituições, Tratados e Convenções, começaram a disciplinar os direitos dos trabalhadores, dito também mais tarde, como direitos sociais.

Neste diapasão, após passar pelos fatos históricos e influenciadores no Direito do Trabalho, abordamos os fundamentos, com a proposta de resgatar os princípios basilares, a essência deste ramo do Direito.

A pesquisa também busca abordar as razões da codificação e a desenfreada proliferação da legislação trabalhista, atendendo os interesses econômicos. Constatamos que o Brasil precisa efetivamente de um Código do Trabalho e um Código de Processo do Trabalho, a exemplo de Portugal.

Mormente, como principal fator responsável pelo cenário do Direito do Trabalho Brasileiro, evidencia-se o inconformismo da Lei n. 13.467/2017, Reforma Trabalhista, causando insegurança jurídica nos Tribunais, colocando os hipossuficientes em uma precarização de direitos, ocasionando o retrocesso social.

Notadamente, a Lei n. 13.467/2017 e a crise pandêmica do coronavírus, mudaram de vez o ambiente de trabalho, surgindo novas formas de trabalho e ferramentas, dando espaço para inovação, como também à flexibilização e desregulamentação das normas trabalhistas.

Em linhas gerais, investigamos as Revoluções Industriais, até chegar à Revolução 4.0, como principal fator de mudança histórica, deste

novo cenário do Direito do Trabalho. No entanto, entendemos que a Quarta Revolução Industrial, é uma continuação da Terceira Revolução, onde predomina as ferramentas digitais, o armazenamento em nuvens, os novos tipos de trabalhos através da internet, e tecnologia de última geração.

Por último, tecemos a principal função do Supremo Tribunal Federal, como última palavra expressão do Estado de Direito, a fim de salvaguardar direitos sociais, conquistados pelos trabalhadores, ao longo da história da civilização. Destacamos o papel do STF, como importante órgão jurisdicional, no controle de constitucionalidade das leis trabalhistas.

Deste modo, propomos uma leitura sobre a realidade jurídica trabalhista no Brasil, identificando os principais pontos polêmicos, e ao mesmo tempo uma reflexão, para a comunidade trabalhista, formada por estudiosos e operadores do Direito, a fim de que se posicionem em defesa dos institutos trabalhistas em meio à crise.

2 FATOS HISTÓRICOS INFLUENCIADORES NO DIREITO DO TRABALHO

A ciência jurídica reflete a experiência histórica e cultural dos institutos do Direito que perpassa na sociedade. Na condição de pesquisadores do Direito, podemos constatar que, é através da história do Direito, que se compreende o sistema e dinâmica do engendramento da Justiça Especializada.

A história da ciência jurídica tem muito valor para o Direito do Trabalho. Este ramo sempre esteve em ascensão na sociedade. Isto porque é o trabalho que move a sociedade, que gera economia, que dá poder de aquisição de bens materiais ao homem, que alimenta e sustenta as necessidades das famílias, e também é o trabalho que realiza o homem no campo da atividade profissional.

O Direito do Trabalho vem sofrendo significativas mutações. O objetivo deste tópico é relatar os principais fatores que submeteram o Direito do Trabalho a uma flexibilização ou desregulamentação de seus institutos.

Neste diapasão, através da disciplina História do Direito, que identificamos que cada fato e inclusive global, marcou o Direito do Trabalho,

lhe empregando uma nova roupagem, ora defendendo os interesses da classe operária, ora também atendendo os pedidos da classe empregadora.

Utilizamos a história, ainda, para entender e aplicar soluções, sobretudo jurídicas, de como deve ser o relacionamento entre empregado e empregador. A Lei, no entanto, é a ferramenta que revela e autoriza a materialização dos institutos do Direito do Trabalho, pois acredita-se no ideal de justiça social, nesta perspectiva.

Neste sentido, ensina Sergio Pinto Martins (2021, p.43):

À luz da história, é possível compreender com mais acuidade os problemas atuais. A concepção histórica mostra como foi o desenvolvimento de certa disciplina, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado, inclusive no que diz respeito à compreensão dos problemas atuais.

A ideia de trabalho nos primórdios das civilizações foi associada à escravidão e servidão, e mais tarde compreendia o Direito Romano, o trabalho, como contrato de locação, com fundamento nas regras do Direito Civil.

De acordo com Neto e Cavalcante (2018, p. 13):

O feudalismo, adotado na Europa durante os séculos X ao XIII, representa o regime pelo qual alguém se tornava vassalo de um senhor, prestando serviços, obediência e auxílio; por sua vez, recebia do senhor, em troca da proteção e do sustento, um feudo (concessão de terras ou de rendimentos). Deixa de haver a exploração do homem pelo próprio homem. O trabalho servil, mesmo que de uma forma tênue, apresenta certa bilateralidade.

O estudo da história do Direito do Trabalho se revela interessante, ao passo que, passamos a identificar os fatores históricos, sociológicos, filosóficos econômicos e políticos que envolvem a ciência jurídica juslaboral e seu campo de atuação diretamente na vida das pessoas no meio social.

O momento em que se passa no Direito do Trabalho atual é eminentemente histórico para a sociedade. Neste trabalho, vamos constatar essa afirmação. O novo Direito do Trabalho daqui a alguns anos, será visto como uma grande fase desafiadora vivenciada por todos, porque a tecnologia, conhecida como Revolução 4.0, chegou para o Direito do Trabalho e estamos apenas no início dessas novas formas de exercer o trabalho.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2022, p. 16) leciona que:

No período histórico propriamente dito é que surge o Direito do Trabalho. Três foram as principais causas: econômica (revolução industrial), política (transformação do Estado Liberal – Revolução Francesa – em Estado Social – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva).

Mais tarde, o Estado de Direito favoreceu e muito a abrangência e aplicação do Direito do Trabalho. A partir do momento que os Estados foram avançando em matérias constitucionais, os direitos sociais dos trabalhadores, começaram a ser também objeto de proteção, assegurando condições de trabalho digno, justa remuneração, ambiente de trabalho saudável, entre outros.

Acerca da formação histórica do Direito do Trabalho, Luciano Martinez (2022, p. 23) pontifica que:

O raciocínio formador dos grupos sociais impõe uma troca: vai a liberdade civil em sentido lato, o descompromisso, a solidão e a desproteção; vem a liberdade convencional em sentido estrito, o compromisso de classe, a solidariedade e a proteção dos iguais. Esse mecanismo indica bem mais do que uma simples troca: indica uma passagem histórica do individualismo ao coletivismo.

Não estaria errado, todavia, associarmos o Direito do Trabalho como resultado e expressão de classes operárias, pois é daí que vem sua gênese. Mas, como adverte Pedro Romano Martinez (2022, p. 52), “Os conflitos laborais que surjam têm de ser vistos numa perspectiva jurídica e não como uma permanente luta social”.

Neto e Cavalcante (2018, p. 19) fazem constar que:

A nova realidade econômica, ao adotar o fator tecnológico tanto à produção como ao comércio, faz com que o modelo intervencionista estatal seja criticado em vários países. O modelo estatal rígido de proteção é insuficiente para a tutela do trabalhador, em face das novas técnicas de trabalho. O mundo globalizado exige um novo modelo de tutela ao trabalhador.

No Brasil, podemos apontar como fato histórico fortemente influenciando o Direito do Trabalho, a promulgação da Lei n. 13.467/2017,

conhecida como Reforma Trabalhista, que flexibilizou vários institutos do Direito do Trabalho favorecendo a classe empregadora.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua jurisdição, vem fazendo o controle de constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017, como já decidiu acerca da inconstitucionalidade, da condenação de honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita. A corte suprema também irá decidir sobre a (in)constitucionalidade da tarifação do dano moral trabalhista, de acordo com o salário do obreiro.

Mais recentemente, a crise pandêmica do coronavírus impôs novas formas de trabalho à sociedade, por meio de ferramentas digitais, como o teletrabalho, também sendo alvo de novas legislações flexibilizando o contrato de trabalho, com o objetivo de proteger e manter os postos de emprego.

Assim, não sendo um fenômeno exclusivo do Direito do Trabalho, os fatos sociais vão dando vida às normas, modificando as legislações ordinárias, num constante processo de adequação, de acordo com a realidade e necessidade das pessoas e instituições na sociedade.

Em que pese essas mutações legislativas, venham a ocorrer no Direito do Trabalho, não podemos deixar de destacar os fundamentos do Direito do Trabalho, que passamos a abordar no próximo tópico.

3 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO: UM RESGATE PARA QUE(M)?

No propósito de analisar o cenário atual do Direito do Trabalho pós-pandemia, urge a necessidade de revisitar os fundamentos do Direito do Trabalho.

Acreditamos na importância desse resgate para preservar os institutos e a finalidade para o qual foram criados, em meio à crise de valores políticos e sociais, e da proliferação da legislação trabalhista.

Diante da interrogação, “para que(m)?” se destina esse resgate dos fundamentos do Direito do Trabalho, estamos convictos de que servem para aqueles menos favorecidos, para os subordinados, hipossuficientes da relação

entre empregado e empregador, pois se objetiva equilibrar essa relação, o que não significa tratar um ou outro com maior ou menor prioridade, mas sim aplicar o direito e fazer justiça de acordo com o direito de cada qual.

Importante destacar que, na relação entre empregado e empregador, necessariamente há de existir uma reciprocidade de obrigações, pois contrata-se o trabalho, e este deve ser bem executado a fim de satisfazer o objeto do contrato, e em contrapartida, o empregado contratado deve receber seus direitos trabalhistas por isso.

Apontamos como um dos fundamentos do Direito do Trabalho, ser eminentemente de natureza de Direito Privado. Essa relação mediante um contrato de trabalho, geram obrigações e direitos entre as partes, que não cabe ao Estado interferir, mas sim fiscalizar e proteger.

Em consonância com essa afirmação, a Constituição Federal de 1988, também estabeleceu em seus dispositivos os fundamentos do Direito do Trabalho. O artigo 1º, inciso IV da Constituição Brasileira assegura: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Notadamente a Carta Magna, no capítulo II, do título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, tratou dos direitos sociais incluindo o Direito do Trabalho. Deste modo, o artigo 7º da CF/1988, em extenso rol, buscou positivar os direitos dos empregados e trabalhadores.

Destarte, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2021, p. 343), acerca dos dispositivos juslaborais na Constituição de 1988 destacam:

A Constituição brasileira de 1988 contempla um leque bastante diferenciado de normas relativas aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais. É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta.

Todavia, encontramos na Constituição Federal de 1988, os fundamentos do Direito do Trabalho, nos seus dispositivos, devendo a lei infraconstitucional pautar-se na Constituição, não somente do cidadão, mas do cidadão trabalhador.

Partilhando deste entendimento, André Ramos Tavares (2022, p. 330) escreve:

“Observa-se que, no trato dos direitos sociais individuais do trabalho, a Constituição foi extremamente generosa, tratando de açambarcar diversos dos direitos trabalhistas presentes na História jurídica nacional, criando, ainda, outros, em caráter inovador”.

Mormente, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2020, p. 275), se referindo aos direitos do trabalhador na Constituição, faz a seguinte reflexão:

Esta constitucionalização visa a dar maior proteção ao trabalhador. Entretanto, ela se estabeleceu no contexto da economia industrial, baseada na máquina e na condição do operário. Hoje, entretanto, a evolução das tecnologias – como a internet – gerou uma economia pós-industrial em que a condição e a situação do trabalhador são muito diferentes da do operário industrial. De fato, ela enseja, por exemplo, o trabalho à distância em contraste com o trabalho em fábricas, um trabalho presencial utilizando máquinas.

Nos deparamos, de certo modo, com o novo cenário do Direito do Trabalho, como Ferreira Filho chama de “economia pós-industrial”. Deste modo, as relações empregatícias merecem ser melhor assistidas pela legislação trabalhista, uma vez que além do agravamento da crise pandêmica, já vive o Brasil, uma crise acerca do controle de constitucionalidade das mudanças impostas pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

Acrescentamos ainda, que as normas de Direito do Trabalho necessariamente precisam ser revistas e adequadas à nova realidade do obreiro, face à mutação legislativa trabalhista, ao passo que, acreditamos ser a codificação também um fundamento do Direito do Trabalho, pois é por meio do Código que se busca positivar os institutos do Direito do Trabalho, para serem aplicados na prática.

Neste diapasão, façamos um adendo que Portugal em 2009, fez

uma revisão do seu Código de Trabalho de 2003, materializando assim a evolução legislativa laboral daquele país.

Pedro Romano Martinez (2022, p. 83) pontifica que:

A codificação não obsta, evidentemente, a que as regras agora enunciadas sejam alteradas, melhoradas e adaptadas a novas circunstâncias, pois qualquer ramo do Direito está permanentemente em mutação e sua evolução não pode ser posta em causa pela existência de um conjunto sistemático – tendencialmente sintético e científico – de normas, denominado Código.

Por mais que nos deparamos em uma nova realidade no campo do Direito do Trabalho Brasileiro, e até mesmo global, tais fundamentos elencados na Constituição Federal de 1988, devem ser resguardados diante do exercício arbitrário do legislador.

O reflexo da proliferação da legislação trabalhista, como veremos no próximo tópico, causa insegurança jurídica e põem em xeque os institutos do Direito do Trabalho, sendo a parte hipossuficiente a mais lesada na relação empregatícia.

146

4 CODIFICAÇÃO E PROLIFERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO: (IN)CERTEZAS

Vivemos no Brasil um cenário de (in)certezas em relação à legislação trabalhista. Aquando da promulgação da Reforma Trabalhista Lei n. 13.467/2017, tema que será abordado no próximo tópico, esperava-se no fundo, um novo Código de Direito do Trabalho, e por derradeiro, um novo Código de Processo do Trabalho.

Aqui tecemos uma crítica acerca da evolução legislativa do Direito do Trabalho no Brasil, pela qual o cenário está marcado por insegurança jurídica, em face das constantes Ações Direitas de Inconstitucionalidades, propostas pelas entidades sociais, acerca dos dispositivos inseridos na CLT por meio da Lei n. 13.467/2017.

Mas, nosso objetivo neste tópico é perquirir: (1) sobre a codificação do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, (2) sobre a desenfredda proliferação da legislação trabalhista, e (3) a (in)certeza

que o sistema legislativo trabalhista causa, na aplicação prática das relações trabalhistas.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2021, p. 19), sobre o assunto, escreve:

Não se pode deixar de reconhecer que a CLT é o texto legislativo básico do direito do trabalho brasileiro, enriquecido pela legislação complementar e pela Constituição Federal. É claro que há disposições da CLT que devem ser atualizadas para se adequarem à realidade contemporânea, em consonância com o fenômeno da constitucionalização do direito. O ideal seria a edição de um Código Brasileiro do Trabalho, contemplando expressamente os direitos individuais, coletivos e difusos fundamentais dos trabalhadores, o que facilitaria sobretudo as tarefas dos juristas e operadores do direito. Mas, enquanto o legislador ordinário não editar um Código do Trabalho, cabe ao intérprete e aplicador do direito do trabalho promover a realização do projeto axiológico contido na Constituição brasileira de 1988, interpretando e reinterpretando os dispositivos consolidados à luz do texto constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nos parece haver um consenso doutrinário de que, o que o Brasil realmente precisa, é de um Código do Trabalho e também um Código de Processo do Trabalho. Em se falando de doutrina trabalhista no Brasil, o que não falta em nosso país, são juristas trabalhistas de excelente profissionalismo e competência. Somos o país que mais tem cursos de Direito e, por consequência, os melhores juristas em diversas áreas do Direito estão por aqui.

O professor Catedrático da Universidade de Lisboa, Pedro Romano Martinez (2022, p. 83), ao escrever sobre a opção por um Código do Trabalho em Portugal, afirma que:

O Código do Trabalho, à imagem de outros diplomas aprovados nas últimas dezenas de anos com o título Código – como o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado ou o Código dos Valores Mobiliários –, não corresponde ao clássico conceito de codificação que presidiu à elaboração dos códigos oitocentistas ou, no século XX, à feitura do Código Civil e do Código Penal. Trata-se de uma sistematização integrada, justificada por valorações específicas do direito do trabalho – e, portanto, diferente da que se encontra no Código Civil ou no Código Penal – com soluções que permitem uma propensão para a estabilidade.

O dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis, define proliferação como: ato, processo ou resultado de proliferar; multiplicação. Neste sentido, se falar em proliferação da legislação trabalhista, que no Brasil, se deu por dois motivos: diante da crise econômica vivenciada pelas empresas empregadoras e, logo após, pela crise sanitária do coronavírus.

Notadamente, nos posicionamos em defesa dos institutos do Direito do Trabalho, e uma vez positivados no ordenamento jurídico, não devem ser objeto de desregulamentação, para remediar crises econômicas e financeiras dos empregadores, pois a própria Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 2º, atribuiu os riscos da atividade econômica ao empregador.

Aliado a isso, bem antes da crise pandêmica no Brasil, passou a República Federativa por constantes instabilidades política-democráticas, como *impeachment*, e graves casos de corrupção envolvendo as instituições de direito público e direito privado, fatores que acabaram por repercutir na sociedade em geral, no Estado de Direito.

148

Com o surgimento de novas leis trabalhistas saindo a todo momento, para agradar determinados segmentos da sociedade, os Tribunais do Trabalho também se viram em uma situação delicada, em relação aos seus entendimentos pacificados, o que levou a alguns juízes a declarar a inconstitucionalidade de determinadas normas trabalhistas de ofício, no juízo de primeiro grau.

De tal maneira, a proliferação da legislação causou um efeito de insegurança jurídica para o Direito do Trabalho, pondo em xeque direitos sociais conquistados na Constituição Federal de 1988.

Em prova disso foi a Lei da Liberdade Econômica, Lei n. 13.874/2019, que segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2022, p. 44), significou essa lei:

Em outras palavras, o dispositivo acima transcrito revela a verdadeira ideologia decorrente da nova política pública instituída pelo atual Governo brasileiro: desconstitucionalizar a interpretação e a aplicação do Direito em geral, e em especial do Direito do Trabalho, como procuraremos demonstrar ao longo deste livro. Ignorando parte importante do Texto Constitucional, que tem no seu epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana, a Lei 13.874/2019

omite que o valor social do trabalho está no mesmo inciso IV do art. 1º da CF.

Podemos perceber que o Direito do Trabalho no Brasil, passou por uma desconstrução de seus institutos, a fim de atender interesses políticos, fragilizando o hipossuficiente da relação empregatícia, deixando o trabalhador à margem da precarização de direitos.

Deste modo, como trataremos a seguir, sobre os avanços ou retrocessos que marcou o cenário do Direito do Trabalho, através da Reforma Trabalhista e sua (in)conformidade, sendo discutida nos Tribunais Superiores.

5 (IN)CONFORMIDADE DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇOS OU RETROCESSOS?

Pesquisar o cenário do Direito do Trabalho na atualidade, significa observar as mudanças e reconhecer os reflexos que a Reforma Trabalhista trouxe para relações de trabalho e emprego.

Após 5 anos da promulgação da Lei n. 13.467/2017, Reforma Trabalhista, surge a indagação se estamos (in)conformados com as alterações na legislação trabalhista e a sua aplicabilidade.

É fato que, no âmbito da incidência da Lei n. 13.467/2017, sua interpretação no sistema do Direito e do Processo do Trabalho, está marcada por uma instabilidade nas decisões judiciais, decorrente de um constante conflito constitucional a direitos sociais que aquela lei causou.

Mas na prática, nos questionamos realmente para quem foi sancionada a Reforma Trabalhista, e qual seu principal objetivo. Inegável que para o Direito e Processo do Trabalho, a referida lei foi um retrocesso social, uma verdadeira desconstrução dos institutos do Direito do Trabalho.

Dito isto, é preciso consignar que a Reforma Trabalhista foi aprovada em um cenário político extremamente delicado pelo governo Temer, além da crise financeira que assolava o país, no momento da sua promulgação.

Na verdade, a Reforma Trabalhista foi aprovada com a expectativa de criar mais empregos, desburocratizar os procedimentos previstos na CLT,

com jornada de trabalho, contratação, além de flexibilizar a relação sindical entre patrão e empregado.

O fato é que, estudos comprovam, a Reforma Trabalhista, sobre o ponto de vista do crescimento econômico do país, em nada contribuiu. Houve sim uma intimidação provocada aos trabalhadores, ao passo que diminuiu o número de Ações Trabalhistas na Justiça do Trabalho, pela temida sucumbência de honorários, custas e despesas processuais.

Luciana de Aboim Machado *et al.* (2019, p. 03) escrevem que,

Entretanto, as pesquisas demonstram que a presunção econômica de flexibilizar e desregular a legislação trabalhista com o intuito de criação e manutenção de postos de trabalho não se sustenta, na medida em que a pobreza abarcada pela flexibilização e desregulamentação em nada ajuda o crescimento econômico. Isso, pois, o consumidor final, que movimenta e aquece o mercado, é o próprio trabalhador.

Razão assiste aos autores quando mencionam que é o próprio trabalhador que vai movimentar o mercado, quanto maior os rendimentos, maior será o poder aquisitivo e a movimentação de riquezas.

Pensar os efeitos da Reforma Trabalhista, sob o ponto de vista da globalização econômica, nos parece mais coerente com relação à finalidade desta lei, pois este deveria ser o resultado esperado.

De acordo com Aboim Machado *et al.* (2019, p. 04):

Nesse sentido, a Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, alterou substancialmente a CLT no Brasil. Sua principal motivação não foi jurídica, vez que o viés econômico se sobrepôs ao direito. A maior preocupação rastreia em torno do embrião deontológico adotado pela referida lei. A essência da Reforma Trabalhista se caracterizou no princípio da intervenção mínima do Estado. Ou seja, buscou enfraquecer e, até mesmo, afastar a função regulatória e fiscalizatória do Estado, ao redefini-la para aquela concepção absentéista.

Dito isto, é preciso nos permitir a fazer uma leitura dos efeitos da Reforma Trabalhista, sob o viés da economia, quando na prática, é que deve traduzir resultados positivos, não somente para o fortalecimento do Direito do Trabalho, mas principalmente para o equilíbrio das relações entre empregados e empregadores.

Tratar as relações empregatícias, a fim de ser menos onerosa aos empregadores, é pôr em risco direitos sociais e institutos do Direito do Trabalho, deixando o empregado à margem de precarização do direito.

Bezerra Leite (2022, p. 184) pondera que:

Na nova fase do direito moderno, a globalização surge com outra roupagem. Com o rápido avanço tecnológico, a partir do invento do chip, e o desenvolvimento dos meios de comunicação, mormente da internet, o fenômeno adquire dimensão não só econômica, mas também política, social e ideológica, na medida em que, por meio dele, vislumbra-se o surgimento de uma nova concepção do capitalismo.

Mais adiante, em tópico específico, trataremos da modernização das relações empregatícias no Direito do Trabalho. Estudos ainda estão sendo feitos pelas entidades sociais, sobre os impactos da Lei n. 13.467/2017, mas por hora, devemos nos portar pela inconformidade da Reforma Trabalhista.

Sob o ponto de vista da ciência jurídica laboral, a Reforma trabalhista se revela com um retrocesso social, a nível de legislação, pois restringe, limita, direitos sociais, além de favorecer a classe empregadora, fragilizando a relação entre empregado e empregador.

Ao contrário do que se esperava, a Lei n. 13.467/2017 foi o fator determinante para a criação de trabalho informal, pela qual, segundo Aboim Machado *et al.* (2019, p.08), “Essa crescente taxa de informalidade alimenta-se pelo fato de que a própria lei parece estimular e permitir a fraude do vínculo de emprego, seja com figuras contratuais novas, seja nas dificuldades impostas para reconhecimento judicial de relações empregatícias”.

Mormente, precisamos avançar em matéria de Direito do Trabalho no Brasil, fortalecer a legislação material e formal, a fim de possibilitar o Poder Judiciário Trabalhista, aplicar leis efetivas e justas às partes, e que possam beneficiar não só os empregadores, mas também os trabalhadores sem distinção.

No próximo tópico, propomos examinar o ambiente do trabalho na pós-pandemia, fazendo uma correlação com a flexibilização, ou desregulamentação do Direito do Trabalho, e sobre a criatividade do homem diante da crise, ao inovar no campo do trabalho para buscar o sustento de sua família.

6 O AMBIENTE DO TRABALHO PÓS-PANDEMIA: FLEXIBILIZAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO OU INOVAÇÃO?

O Direito do Trabalho é a ciência jurídica que mais vem sofrendo mutações na linha do tempo. Como visto em tópico anterior, a economia aplicada ao Direito do Trabalho fragiliza a relação empregatícia, fazendo com que as partes abram mão de direitos constitucionais sociais adquiridos ao longo do tempo, a fim da promessa da manutenção do emprego e da preservação da empresa empregadora.

Notório o que o mundo tem passado nos últimos tempos, refletindo no Direito do Trabalho, no âmbito nacional e internacional. O isolamento social impulsionou as relações empregatícias a mudar de conceito e de método de trabalho. Neste sentido, reconhecemos que o homem enquanto empregado, trabalhador ou prestador de serviço, precisou inovar na relação trabalhista, diante da crise vivenciada pelo coronavírus.

152

De certa forma, essa inovação no trabalho do homem, exige do Direito do Trabalho, uma regulamentação para essas novas relações de trabalho e emprego, desafiando o legislador e o juiz trabalhista a enfrentar os conflitos de interesses surgidos.

A doutrina menciona que esse ambiente do trabalho oriundo dos efeitos da pandemia, contribuiu para o chamado Direito do Trabalho de emergência. Luciano Martinez (2022, p. 59) enfatiza que:

Surgiu, desse modo, em um momento de tensão e de dúvida, aquilo que ora se convencionou chamar de “direito do trabalho de emergência”, ou seja, um conjunto normativo trabalhista engenhado com a finalidade especial de disciplinar temporária e pontualmente um momento delicado durante o qual são enfrentadas dificuldades sistêmicas de natureza econômica e social, por exemplo, o que ocorreu durante o estado de calamidade decorrente do coronavírus em 2020.

A saída encontrada pelas empresas no período pandêmico, foi o teletrabalho, embora já havia previsão legal dessa modalidade de trabalho, foi com a crise sanitária que o teletrabalho se tornou mais comum. No Brasil, o teletrabalho foi inserido na CLT por meio da Lei n. 13.467/2017, no artigo 75-B, com a seguinte redação:

“Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo”.

Raphael Jacob Brolio e Luciana Guedes Vieira (2020, p. 149-164) em trabalho intitulado: “Direitos trabalhistas pós-pandemia: o que o trabalhador precisa saber”, acerca do assunto, escrevem que:

Em virtude da continuidade das prestações de serviços e dos baixos custos, muitas empresas repensaram sobre a adoção a modalidade do teletrabalho, até para o período pós-pandêmico. Nesse contexto, houve um movimento inverso no mercado imobiliário, ou seja, a busca de residências maiores e escritório menores.

Mormente, a comunidade juslaboralista passou a discutir no meio acadêmico, os conflitos surgidos nos contratos de trabalho no modo teletrabalho. A problemática enfrenta temas como: ferramentas fornecidas pelo empregador, a adequação deste novo ambiente de trabalho, incluindo aí o conceito de acidente de trabalho ou não, qualidade e aumento de produção e, principalmente, a carga horária e o direito a desconexão.

Observamos que as relações empregatícias na pós-pandemia, somado com as transformações legislativas, desde a promulgação da Lei n. 13.467/2017, exige uma tutela do Direito do Trabalho, que devem ser implementadas pelos operadores do Direito. Eis aí a missão da Justiça do Trabalho, enquanto instituição do Estado de Direito, sendo principal meio para garantir os direitos das partes nas relações de trabalho e emprego, desafiada a Especializada a enfrentar pautas diárias nos Tribunais, a fim de alcançar a concretização da justiça laboral social.

Mas, ainda, sobre o ambiente de trabalho, destacamos o direito a desconexão. De acordo com Raphael Jacob Brolio e Luciana Guedes Vieira (2020, p. 15):

A farta conexão mental sem descanso, pode gerar sérios transtornos prejudiciais à saúde do trabalhador, sendo necessária a aplicação do direito à desconexão que permita que o empregado não responda, em seus momentos de descanso, mensagens encaminhadas pelo empregador, por meios eletrônicos – nesse sentido, cumpre aclarar que o descanso do empregado tem como objetivo a recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar.

Implica dizer ainda no cenário atual do Direito do Trabalho, sendo objetivo deste tópico, a abordagem dos fenômenos da flexibilização, desregulamentação e inovação das normas trabalhistas, esta última já analisada no início do texto.

Nunca se falou tanto na flexibilização ou desregulamentação das normas de Direito e Processo do Trabalho no Brasil, desde do início da vigência da Lei n. 13.467/2017, e mais recentemente com a pandemia do coronavírus.

Mas, é preciso destacar a existência e garantia do “Estado providência”, na concepção de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2018, p. 43), quando ensinam que:

O Estado providência pressupõe intensa atividade regulamentar (dirigismo contratual nas relações individuais, limitando a autonomia e a liberdade das partes), como também a presença do agente público em vários campos das atividades econômicas. O Estado é ao mesmo tempo gestor e prestador, como forma de garantir o implemento dos direitos sociais.

154

Acerca da flexibilização no Direito do Trabalho, elucida Ricardo Resende (2020, p. 03):

Na flexibilização o Estado mantém a intervenção nas relações de trabalho, mediante o estabelecimento do chamado mínimo existencial, mas autoriza, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que seja também possível a manutenção da empresa e, afinal, dos empregos. É o que consagra, por exemplo, o preceito constitucional que garante a irredutibilidade salarial, mas ressalva a possibilidade de flexibilização, mediante negociação coletiva (art. 7º, VI, CRFB/88).

Ao nosso ver, a flexibilização das normas trabalhistas está relacionada à economia aplicada ao Direito do Trabalho, com a outorga do Estado. Pois, verifica-se uma determinada omissão do Estado, ou ausência de intervenção, no tocante à tutela protetiva do Direito do Trabalho. Carlos Henrique Bezerra Leite (2022, p. 188) pontifica que:

“Trata-se de um processo de quebra da rigidez das normas, tendo por objetivo, segundo seus defensores, conciliar a fonte autônoma com a fonte heterônoma do direito do trabalho, preservando, com isso, a saúde da empresa e a continuidade do emprego”.

Observamos, todavia, que esse movimento da flexibilização foi bem aceito no Brasil pelo Congresso Nacional, sendo o Direito do Trabalho cada vez mais alvo deste movimento, pela qual entendemos que traz prejuízo e decadência aos institutos da ciência laboral.

Prosseguindo, Ricardo Resende (2020, p.03) esclarece que:

“A desregulamentação, por sua vez, pressupõe a completa retirada da intervenção estatal das relações trabalhistas, deixando que as partes estipulem livremente os contratos, conforme as leis de mercado”.

Adotamos o posicionamento de Neto e Cavalcante (2018, p. 45) quando afirmam que:

“A desregulamentação leva à precariedade das relações trabalhistas, aviltando os salários, gerando o descumprimento das normas mínimas de proteção aos trabalhadores, em suma: coloca em xeque a própria essência do Direito do Trabalho como direito social”.

Ou seja, tanto o cenário atual do Direito do Trabalho, quanto seu ambiente, não é o dos melhores na atualidade. Destarte, afastando o pessimismo doutrinário, ressalvadas as críticas, o Direito do Trabalho enquanto ciência jurídica, aplicada às relações de trabalho e emprego, incumbe aos operadores do Direito sua defesa e preservação.

No âmbito das novas relações, o que chamamos de inovação do trabalho, como veremos no próximo tópico, a Justiça do Trabalho está se aperfeiçoando, sempre à frente, para entregar a efetiva prestação da tutela jurisdicional laboral.

7 O DIREITO DO TRABALHO E OS DESAFIOS DA REVOLUÇÃO 4.0

A tempos vem se falando em revolução tecnológica, não só na seara do Direito, como em outras áreas do conhecimento. Podemos citar como exemplo, a telemedicina, na área da saúde.

Na verdade, desde quando o homem inventou a máquina a vapor, os descobrimentos não pararam por aí. A cada século, a sociedade é marcada por transformações, tendo como protagonista o homem em busca

do conforto, do bem estar e da felicidade. Notadamente, as revoluções são processos naturais decorrentes destas mudanças.

Para o Direito do Trabalho, a Revolução Industrial foi o início de um percurso evolutivo, entre o homem e as ferramentas de trabalho, por melhores condições e produtividade. A partir daí, podemos fazer uma leitura na perspectiva histórica-científica que marcou cada fase, até chegar na Revolução 4.0.

Brevemente, a Primeira Revolução Industrial, com início no século XVIII, foi marcada pela descoberta da máquina a vapor, em 1712, por Thomas Newcomen. Daniel de Araujo (2015, p. 79) afirma que:

O processo de industrialização ocorrido na Grã-Bretanha, a partir da segunda metade do século XVIII consistiu, basicamente, na gradual substituição do homem pela máquina, isto é, na introdução da tecnologia no processo produtivo, promovendo a maquinofatura em lugar da manufatura. É parte componente da dupla revolução que caracteriza o período 1789-1848, juntamente com a Revolução Francesa, de acordo com o historiador Eric Hobsbawm.

156

Foi com a substituição do homem por máquinas, que começaram a surgir os conflitos no ambiente de trabalho. A classe operária, no entanto, sentiu a necessidade de ser representada, e mediante sua organização, tornou-se viável a negociação de direitos e interesses.

No tocante à Segunda Revolução Industrial, nas palavras de Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior (2021, p. 263-273), sintetiza o autor:

A segunda Revolução Industrial, iniciada no final do século XIX, célebre pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, foi a que possibilitou a produção industrial em massa. Taylor, importante pensador e prático desse movimento, foi a fundo na concepção de transferir o trabalho da esfera da aproximação para o universo da precisão, separando os papéis diretivos dos papéis executivos, sendo estes classificados, cronometrados e prescritos. Com ele, o cronômetro entra na fábrica para dominá-la.

Observamos que o interesse econômico prevalece nas relações de trabalho. Contudo, constatamos que a Indústria passa a adotar estratégias de administração, apostando em métodos de trabalho para o aumento do lucro e da produtividade.

Acrescenta Celio Pereira Oliveira Neto (2018, p. 15-42) que:

“A Terceira Revolução Industrial prepara o terreno, ara e começa o plantio para a criação da sociedade da informação, e por consequência, o trabalho em ambiente virtual”.

A Terceira Revolução Industrial já norteava suas próximas gerações para a realidade da Revolução 4.0. Antônio Carlos Efing e Henrico César Tamiozzo (2020, p. 308-312) escrevem que: “A terceira revolução industrial, chamada de revolução digital, começou na década de 1960 e foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe, da computação pessoal (1970), e da internet (1990)”.

Recentemente, o Portal da Indústria publicou a matéria intitulada “Indústria 4.0: Entenda seus conceitos e fundamentos”, noticiando que: “A Indústria 4.0 também chamada de Quarta Revolução Industrial, engloba um amplo sistema de tecnologias avançadas como inteligência artificial, robótica, internet das coisas e computação em nuvem que estão mudando as formas de produção e os modelos de negócios no Brasil e no mundo”.

Ressalvadas as críticas já explanadas, o país precisa rever sua legislação trabalhista, tanto material como processual, pois nunca é demais lembrar que a Consolidação das Leis do Trabalho é fruto da era Vargas de 1943.

Naturalmente, nos questionamos se o Direito do Trabalho se adequa a esta nova realidade que se avizinha. A academia é o lugar para (re)pensar os institutos do Direito do Trabalho, e o legislador nos parece que deve se nortear por aqueles que se debruçam a estudar o Direito do Trabalho.

Na visão de Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior (2021, p. 263-273):

A chamada Indústria 4.0, muito falada na Alemanha, em que o governo tem propalado como projeto levar a produção industrial a uma total independência da obra humana, pretende ter fábricas inteligentes, em um mundo em que os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível, com a personalização de produtos e novos métodos operacionais. O que torna a quarta Revolução Industrial diferente é a fusão de tecnologias e a interação dos domínios físicos, digitais e biológicos – tecnologias digitais interagem com o biológico, por exemplo. Nessa revolução, tecnologias emergentes e inovações são difundidas muito mais rápida e amplamente, que nas anteriores. Não se trata apenas de

sistemas e máquinas inteligentes e conectados, mas prosseguir em uma direção de ruptura, como resultado de descobertas simultâneas, que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia; das energias renováveis à computação quântica.

Não há dúvidas que esta nova realidade, que de antemão nos parece assustadora, venha colocar em risco alguns institutos do Direito do Trabalho, comprometendo o bem mais precioso do Estado: a dignidade da pessoa humana.

Refletimos também o papel do Estado, como fiscalizador e garantidor das normas trabalhistas. Em que pese a ambição humana fale mais alto, a lei trabalhista e o Poder Judiciário são encarregados de promover e assegurar condições dignas de trabalho, meio ambiente saudável, para que os interesses econômicos não ultrapassem as limitações dos trabalhadores.

Um outro ponto que nos preocupa é se esta Revolução 4.0 será de domínio do homem, ou o homem será dominado por ela. Nos parece que ser comandado por máquinas foge um pouco da realidade, mas, é preciso destacar que a ficção sempre tem um fundo de verdade. Talvez o primeiro passo nesta luta seja realmente pararmos tudo ao nosso redor, e se dedicar a conhecer essas questões.

Ainda que o Direito do Trabalho Brasileiro não esteja preparado para sanar eventuais conflitos advindos da Revolução 4.0, novamente reforçamos a função de estudar estas novas ferramentas que vão repercutir nas relações empregatícias.

No próximo tópico, e finalizando este trabalho, destacamos a missão institucional do Supremo Tribunal Federal, na função de controle de constitucionalidade das leis trabalhistas, e instância maior do Estado responsável pela preservação dos institutos trabalhistas.

8 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE CRISE

Neste cenário do Direito do Trabalho, deixamos como último tópico, o papel do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise, propositalmente, tendo em vista a sua atuação institucional no Estado de Direito.

E justifica-se, todavia, o STF assume importante função de guardião dos direitos sociais, previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Antes de aprofundarmos o estudo, façamos um adendo que, na sociedade atual, torna-se uma necessidade resgatar os princípios institucionais da República Federativa do Brasil. Assistimos nos últimos tempos, um ataque às Instituições do Estado, principalmente contra o Poder Judiciário.

Às vezes o óbvio é esquecido, significa dizer que, os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, são os órgãos de administração dos legislados, administrados e jurisdicionados, ou seja, estão para servir a sociedade em todas as esferas.

Acerca dos direitos sociais na Constituição de 1988, Luís Roberto Barroso (2022, p. 202) entende que os “Direitos sociais estão ligados à superação das falhas e deficiências do mercado, à proteção contra a pobreza e à promoção de justiça social. Seu objeto é assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral”.

Ao escrever sobre os papéis desempenhados pela Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, Luís Roberto Barroso (2022, p. 173) ensina que:

São três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel representativo, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel iluminista.

Destacamos o papel iluminista da Suprema Corte, mencionado por Barroso, que ao nosso ver, deve ser a de interpretar a norma, sem deixar de observar os valores sociais, os princípios democráticos, e notadamente a harmonia e pacificação social.

Entretanto, o STF tem exercido crucial papel no controle de constitucionalidade das normas trabalhistas, principalmente daquelas oriundas da Lei n. 13.467/2017. Não é forçoso compreender que a Reforma Trabalhista

causou uma insegurança jurídica no sistema do Direito do Trabalho Brasileiro. Estudos estão sendo feitos sobre os impactos e resultados desta lei.

Atualmente tramitam no STF as Ações Diretas de Inconstitucionalidades propostas pela ANAMATRA (ADI 6050), OAB (ADI 6069) e CNTI (ADI 6082), requerendo a inconstitucionalidade do artigo 223-G, parágrafo 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Reforma Trabalhista.

O dispositivo acima indicado, faz uma valoração sobre o valor estimado da condenação, a indenização do dano moral de acordo com o salário do obreiro. As entidades sociais alegam que o critério estabelecido pela Lei n. 13.467/2017, em condenar o ofensor de acordo com o salário do trabalhador, viola o princípio da isonomia, viola o princípio da proteção do trabalho e a proibição do retrocesso social, dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal tem sido um instrumento, uma ferramenta e um caminho para a defesa dos direitos sociais do trabalhador.

Gilmar Ferreira Mendes (2021, p. 344), ao escrever sobre os direitos sociais na Constituição, destaca que:

Todas essas normas parecem conter diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador no que concerne ao salário – determinando-se até mesmo a criminalização no caso de retenção indevida; de assegurar proteção efetiva ao mercado de trabalho da mulher, inclusive mediante incentivos específicos previstos em lei; de obter a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante providências de variada índole; ou, ainda, com o objetivo de criar disciplina normativa apta ao reconhecimento e aplicação das convenções e acordos coletivos e de propiciar a proteção do emprego contra a automação.

Anota-se que a doutrina constitucional vista acima, menciona a proteção do emprego contra a automação, tema muito atual e trabalhado neste artigo no tópico 7, quando mencionamos a Revolução 4.0. Pois bem, não apenas a legislação infraconstitucional celetista, com a própria legislação constitucional, manifesta uma preocupação no sentido de se perder a pessoalidade do emprego, em que o Supremo Tribunal Federal é demandado para assegurar as garantias constitucionais.

Dito isto, defendemos que, ainda que a sociedade sofra constantes mudanças decorrentes do processo evolutivo e tecnológico, o Estado de Direito conta com um Poder Judiciário, também em matéria trabalhista, para assegurar aos seus jurisdicionados, condições dignas de trabalho e renda, para a promoção da subsistência humana e social.

9 CONCLUSÃO

Mormente no Brasil, como no mundo todo, o cenário do Direito do Trabalho é de transformações, devido aos acontecimentos históricos e globais que tem marcado as relações empregatícias. Fatos sociais têm influenciado o legislador ordinário a criarem leis trabalhistas mais flexíveis, colocando o trabalhador à beira de uma precarização de direitos.

Mais recentemente, com a pandemia do coronavírus, novas formas de trabalho surgiram, estando ao lado da flexibilização, da desregulamentação, a inovação, como trabalhos em plataformas digitais, desafiando a justiça especializada a aplicar o Direito de acordo com a necessidade de cada demanda, ora reconhecendo vínculo de emprego, bem como atuando no combate à lesão de direitos.

Nunca foi tão necessário a academia jurídica-trabalhista avançar nos estudos dos institutos do Direito do Trabalho, no aperfeiçoamento, na teoria e na prática, na defesa, visando equilibrar a relação obrigacional entre as partes.

A doutrina laboral então, contribui efetivamente para os estudos do Direito do Trabalho, para sua compreensão e aplicação, assumindo uma atribuição de guia do Operador do Direito, de como agir com o fato social e a aplicação da norma em concreto a fim de alcançar a justiça social.

Notadamente o Direito do Trabalho não está voltado somente para o trabalhador empregado, o que sugerimos romper com esse paradigma, pois deve ser feito uma leitura do Direito do Trabalho voltado para a comunidade em geral, pois ambas as partes se beneficiam da relação obrigacional do contrato de trabalho.

Além dos reflexos da pandemia, no contrato de trabalho no Brasil, a situação é mais delicada, tendo em vista as modificações na CLT

feitas pela Lei n. 13.467/2017, com a promessa de gerar mais emprego e renda. Aquando da promulgação desta lei, o país já vivia uma crise política e financeira.

Nunca será demais lembrar que os fundamentos do Direito do Trabalho são os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, consagrados pela Constituição Federal de 1988, e leis esparsas. Neste diapasão, é dever do operador do Direito se posicionar a favor dos institutos do Direito do Trabalho, dar correta interpretação e aplicação dos mesmos.

Ainda, sobre o cenário trabalhista, apostamos na implementação e aperfeiçoamento da codificação do Direito do Trabalho, a exemplo de Portugal. Pois, entendemos que um Código do Trabalho e um Código de Processo do Trabalho, vai proporcionar segurança jurídica, acesso à justiça, e se alcançará um melhor resultado através do Poder Judiciário Laboral.

Merece enfoque a abordagem das novas relações de trabalho em plataforma digitais, identificadas neste trabalho como inovação, ao lado da desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas.

Para o Direito do Trabalho até o presente, as Revoluções Industriais ganharam destaque na sociedade, sobretudo porque geram emprego e renda, faz crescer a economia e movimentar o mercado de capitais.

E por último, a presença do Estado de Direito, nestas relações privadas de direito do trabalho, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião dos Direitos Sociais.

O papel iluminista, como função do Supremo Tribunal Federal, mencionado por Luís Roberto Barroso, contribui para a segurança jurídica, a manutenção dos institutos jurídicos do Direito do Trabalho e a pacificação social nas lides trabalhistas.

Ao final, reforçamos que é tarefa da doutrina estudar e debater os temas do Direito do Trabalho, promover a defesa e o aperfeiçoamento dos seus institutos, apontar soluções jurídicas para combater crise legislativa, tendo como norte o equilíbrio entre as relações de empregado e empregador, com a finalidade de colocar as partes no mesmo patamar civilizatório.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596700. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- BROLIO, Raphael Jacob. Luciana Guedes Vieira. Direitos Trabalhistas Pós-Pademia: o que o trabalhador precisa saber. **Coronavírus direitos dos cidadãos e acesso à justiça**. 2020. p. 149-164. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/Direitos+trabalhistas+p%C3%B3s-pandemia%3A+o+que+o+trabalhador+precisa+saber/WW/vid/875663723>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- DE ABOIM MACHADO, L.; DE SELLOS-KNOERR, V. C.; THOMÉ NETO, R. Globalização Econômica: Análise Dos Efeitos Jurídicos E Econômicos No Mercado Pós Reforma Trabalhista. **Relações Internacionais no Mundo**, [s. l.], v. 2, n. 26, p. 1–15, 2019. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=142844069&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 10 mai 2022.
- DOS SANTOS, Daniel de Araújo; TÁVORA, Fabiano. Col. Diplomata – História Geral, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502323743. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502323743/>>. Acesso em: 3 jun 2022.
- EFING, Antônio Carlos; TAMIOZZO, Henrico César. Resenha: “A quarta revolução industrial”, de Klaus Schwab. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba**, v. 11, n. 1, p. 308-312, jan/abr 2020. <doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v11i1.27751>. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/antonio+carlos+efing+e+Henrico+cesar/WW/vid/878637796>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- FILHO, Manoel Gonçalves F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 9786559644599. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- Indústria 4.0: Entenda seus conceitos e fundamentos. Portal da Indústria. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/industria-4-0/>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos Fernandes. A Quarta Revolução Industrial e o Futuro do Direito do Trabalho. **Direitos humanos e relações trabalhistas: estudo em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar**. 2021. p. 263-273. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/A+QUARTA+REVOLU%C3%87%C3%83O+INDUSTRIAL++E+O+FUTURO+DO+DIREITO+DO+TRABALHO/WW/vid/899237400>>. Acesso em: 25 jun 2022.
- LEITE, Carlos Henrique B. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553622944. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553622128. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622128/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 37. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. SÉRIE IDP – CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555593952. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593952/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

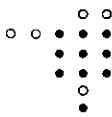
NETO, Célio Pereira Oliveira. As Revoluções Industriais. **Trabalho em ambiente virtual. Causas, Efeitos e Conformação (2018)**. p. 15-42. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR/a+terceira+revolu%C3%A7%C3%A3o+industrial+celio+pereira+neto/WWW/vid/785814549>>. Acesso em: 25 jun 2022.

NETO, Francisco Ferreira J.; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros P. Direito do Trabalho, 9ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018. 9788597018974. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018974/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

164

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989552. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/>>. Acesso em: 25 jun 2022.

TAVARES, André R. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553616411. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>>. Acesso em: 25 jun 2022.



O FUTURO DO SINDICALISMO E DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO BRASILEIRO NA ERA DA ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL

Fernando Grass Guedes¹

Resumo: O presente artigo busca fazer uma reflexão crítica sobre o atual momento do sindicalismo e do Direito Coletivo do Trabalho brasileiro em uma sociedade pós-industrial e pós-reforma trabalhista. Objetiva demonstrar que a manutenção do modelo da unicidade sindical e do paradigma de proteção exclusivista da relação de trabalho subordinada do Direito do Trabalho, em uma era de acumulação flexível, permeada por modelos de trabalhos precários e que não se enquadram na clássica relação de emprego a partir dos requisitos fáticos-jurídicos da relação de emprego, terá como único resultado previsível o triste fim do movimento sindical e do próprio Direito Coletivo do Trabalho.

165

Palavras-chave: Sindicalismo. Direito Coletivo do Trabalho. Sociedade Pós-industrial. Acumulação Flexível. Reforma Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

O futuro do sindicalismo e do Direito Coletivo do Trabalho é assunto um tanto quanto complexo e espinhoso, pois, para alguns, seria o prenúncio do seu próprio *réquiem*. Certo é que não há como se falar no futuro (ou já presente) do sindicalismo e do Direito Coletivo do Trabalho sem contextualizá-lo em um modelo econômico denominado de “acumulação flexível” e sem considerar algumas relevantes premissas.

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado Sócio da Guedes e Haviaras Advogados. Professor da graduação, da pós-graduação e Coordenador do Escritório de Atendimento Jurídico da Faculdade CESUSC em Florianópolis/SC.

Atualmente vivemos um capitalismo desregulado em que as novas configurações e os modelos produtivos de trabalho são flexíveis, via de regra, impondo forçosamente uma regressão de direitos trabalhistas, o quase desaparecimento do chamado “emprego digno” e uma vulnerabilidade da classe trabalhadora nunca experimentada após a institucionalização do Direito do Trabalho e na necessidade urgente de sua profunda reconfiguração.

Para as relações de trabalho instituídas e mantidas a partir da roupagem clássica da relação empregatícia, o desafio atual é a manutenção dos direitos conquistados em razão do retrocesso das garantias sociais experimentados nos últimos anos, principalmente, após a “reforma trabalhista” instituída pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017). Já para as relações estabelecidas a partir dos modelos flexíveis e com a desfragmentação do modelo do trabalho subordinado, se faz imperiosa a regulação destas novas espécies de relações de trabalho.

No Brasil, a incompatibilidade gritante entre a legislação pós-reforma trabalhista e o modelo sindical vigente que não se difere em quase nada do modelo instituído na era Vargas, ressalta ainda mais a realidade de um novo tempo e a necessidade urgente de uma resignificação do movimento sindical, principalmente, a partir do reconhecimento de se estar nesta nova ordem.

Portanto, a partir destas premissas é que se pretende analisar o futuro (ou o presente) do movimento sindical e do Direito Coletivo do Trabalho sob uma perspectiva real e crítica.

2 O DIREITO DO TRABALHO CLÁSSICO NA ERA DA ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL

Ao se analisar o processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho ocorrido nos dois últimos séculos é possível distinguir fases bem distintas entre si a partir de fatos históricos bastante importantes. Maurício Godinho Delgado enxerga “três fases principais no desenvolvimento empírico-normativo do Direito do Trabalho desde o século XIX até finais dos anos 1970” (DELGADO, 2019, p. 107).

Para o referido autor, a primeira fase seria “a das manifestações incipientes ou esparsas, que se estende do início do século XIX (1802),

com o *Peel's Act* britânico”, diploma legal “voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores” até o ano de 1848. Foi característica desta fase a “existência de leis dirigidas tão somente a reduzir a violência brutal da superexploração empresarial sobre mulheres e menores”, portanto, leis com um “carácter humanitário, de construção assistemática” (DELGADO, 2019, p. 107).

A segunda fase denominada de “sistematização e consolidação” foi marcada pelo protagonismo dos movimentos operários ocorridos a partir de 1848, podendo ser referidos como fatos históricos relevantes, a publicação e divulgação do Manifesto Comunista de Marx e Engels com o reconhecimento das novas condições de opressão vividas pela classe trabalhadora², o movimento cartista na Grã-Bretanha e a Revolução operária na França. Foi a partir das conquistas oriundas das lutas dos trabalhadores oprimidos agindo coletivamente que foi possível o reconhecimento, pela ordem jurídica de diversos direitos como o de associação e de greve, a fixação da jornada de trabalho em dez horas e o sufrágio universal (DELGADO, 2019, p. 108).

Além disso, esta fase é marcada por constantes “avanços e recuos entre a ação do movimento operário, do movimento sindical, do movimento socialista e, ao mesmo tempo, a estratégia de atuação do Estado”. Tratou-se de um processo “em que a ação vinda de baixo e a atuação oriunda de cima se interagem reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico próprio que tanto incorpora a visão própria ao Estado” assimilando “um amplo espaço de atuação para a pressão operária vinda de baixo” (DELGADO, 2019, p. 108-109).

²“A história de todas as sociedades existentes até hoje é a história das lutas de classes. Homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e aprendiz, em suma, opressores e oprimidos, sempre se opuseram um ao outro, travando uma constante luta, às vezes aberta, outras vezes oculta; uma luta que sempre terminou ou com uma transformação revolucionária de toda a sociedade, ou com o fim comum das classes em luta. (...) A moderna sociedade burguesa, que surgiu das ruínas da sociedade feudal, não eliminou os antagonismos de classe. Ela apenas colocou, no lugar das antigas, novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta. Entretanto, a nossa época, a época da burguesia, caracteriza-se por haver simplificado o antagonismo de classe. Toda a sociedade divide-se mais e mais em dois grandes campos inimigos, em duas grandes classes, diretamente contrapostas – a burguesia e o proletariado”. (MARX; ENGELS, 2014).

Foi a partir deste momento histórico com a hegemonia do modelo do trabalho assalariado e subordinado que brota o movimento coletivo desencadeado e organizado pelos próprios trabalhadores no interior das organizações fabris contrapondo-se à ideologia liberal do Estado Moderno (D'ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 89).

AterceirafasedoDireitodoTrabalhochamadade“Institucionalização do Direito do Trabalho”, inicia-se logo após o final da Primeira Guerra Mundial, tendo como principais fatos históricos, a Constituição Mexicana (de 1917), a Constituição de Weimar (de 1919) e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes (DELGADO, 2019, p. 110). No art. 387 do referido tratado internacional, foi prevista a fundação de “uma organização permanente encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo”, qual seja:

“Considerando que a sociedade das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que esta só pode subsistir tendo por base a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que constituem para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e as privações, o que origina um estado tal de descontentamento que põe em perigo a paz e harmonia universais, e visto ser urgente melhorar essas condições: por exemplo, no que respeita à regulamentação das horas de trabalho, à fixação da duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra a falta de trabalho, à garantia dum salário que assegure condições de existência aceitáveis, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e acidentes resultantes do trabalho, à proteção da infância, dos adolescentes e das mulheres, às pensões na velhice e na invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores residentes no estrangeiro, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas; Considerando que a não adopção, por uma nação qualquer, dum regime de trabalho realmente humano, constitui um obstáculo aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a situação dos trabalhadores nos seus próprios países: (...)”³.

É neste instante histórico que “o Direito do Trabalho ganha absoluta cidadania nos países de economia central” passando a “ser um ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado” sendo estruturada a Organização Internacional

³ <<https://idi.mne.gov.pt/images/pdf/primeira-guerra/TVersailles.pdf>>

do Trabalho, ocorrendo a sua constitucionalização, momento em que a “legislação autônoma ou heterônoma trabalhista ganha larga consistência e autonomia no universo jurídico do século XX” (DELGADO, 2019, p. 110).

O ápice desta fase, segundo Maurício Godinho Delgado, ocorreria “nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, com o aprofundamento do processo de constitucionalização do Direito de Trabalho e hegemonia do chamado *Estado de Bem-Estar Social*” em que as “Constituições Democráticas pós-1945, da França, da Itália e da Alemanha, em um primeiro momento” e “depois, de Portugal e da Espanha (década de 1970), não só incorporariam normas justralhistas, mas, principalmente, diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano que trabalha empregaticamente para outrem” (2019, 110).

Desta forma, a partir da constatação do surgimento da chamada “sociedade do desenvolvimento” é que pode se afirmar que o Direito do Trabalho estaria passando por uma quarta fase denominada de “crise e transição” iniciada nos países ocidentais desenvolvidos, nos anos de 1979/1980, ou seja, no “final do século XX e primeiras décadas do século XXI”. Neste aspecto, a crise econômica iniciada com a “crise do petróleo” nos anos 1973/1974, ao não encontrar uma “resposta eficaz e rápida por parte das forças políticas então dirigentes” teve abalada a “higidez do sistema econômico, fazendo crescer a inflação e acentuando a concorrência interempresarial e as taxas de déficit fiscal do Estado, colocando em questão seu papel de provedor de políticas sociais intensas e generalizantes” (DELGADO, 2019, p. 111).

Por “outro lado, um processo de profunda renovação tecnológica, capitaneado pela microeletrônica, robotização e microinformática”, o que acabou por agravar “a redução dos postos de trabalho em diversos segmentos econômicos, em especial na indústria, chegando a causar a ilusão de uma próxima sociedade sem trabalho”. Ainda, foram criadas ou acentuaram-se “formas de prestação laborativa (como o teletrabalho e o escritório em casa – *homeoffice*), que pareciam estranhas ao tradicional sistema de contratação e controle empregatícios” (DELGADO, 2019, p. 111).

Assim é que estas visíveis mudanças no processo produtivo que foram introduzidas por um novo complexo de reestruturação no mundo do trabalho,

como a terceirização irrestrita, *just in time*, *kanban*, a implementação de novas tecnologias a partir do uso de plataformas digitais, a realocização geográfica de diversas empresas e a *uberização* das relações de trabalho, acarretaram a fragmentação da tradicional classe operária dentro do chamado capitalismo financeiro (D'ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 82).

Sobre este modelo chamado de “acumulação flexível” vale transcrever a lição de David Harvey:

A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego no chamado “setor de serviços”, bom como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas (tais como a “Terceira Itália”, Flandres, os vários vales e gargantas do silício, para não falar da vasta profusão de atividades dos países recém-industrializados). Ela também envolve um novo movimento que chamarei de “compressão do espaço-tempo” no mundo capitalista – os horizontes temporais da tomada de decisões privada e pública se estreitaram, enquanto a comunicação via satélite e a queda dos custos de transporte possibilitaram cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço cada vez mais amplo e variegado.

Esses poderes aumentados de flexibilidade e mobilidade permitem que os empregadores exerçam pressões mais fortes de controle do trabalho sobre uma força de trabalho de qualquer maneira enfraquecida por dois surtos selvagens de deflação, força que viu o desemprego aumentar nos países capitalistas avançados (salvo, talvez no Japão) para níveis sem precedentes no pós-guerra. O trabalho organizado foi solapado pela reconstrução de focos de acumulação flexível em regiões que careciam de tradições industriais anteriores e pela reimportação para os centros mais antigos das normas e práticas regressivas estabelecidas nessas novas áreas. (2003. p. 140-141).

Para Bauman (2001, p. 185) o “ingrediente crucial da mudança múltipla é a nova mentalidade de ‘curto prazo’, que substituiu a de ‘longo

prazo'. A flexibilidade "é o *slogan* do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do 'emprego como o conhecemos', anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas 'ate nova ordem", pois a "vida de trabalho está saturada de incertezas". E neste sentido:

Pode-se sempre responder que não há nada particularmente novo nessa situação: a vida de trabalho sempre foi cheia de incertezas, desde tempos imemoriais. A incerteza de hoje, porém, é de um tipo inteiramente novo. Os temíveis desastres que podem devastar nossa sobrevivência e suas perspectivas não são do tipo que possa ser repellido ou contra que se possa lutar unindo forças, permanecendo unidos e com medidas debatidas, acordadas e postas em prática em conjunto. Os desastres mais terríveis acontecem hoje aleatoriamente, escolhendo suas vítimas com a lógica mais bizarra ou sem qualquer lógica, distribuindo seus golpes caprichosamente, de tal forma que não há como prever quem será condenado e quem será salvo. A incerteza do presente é uma poderosa força *individualizadora*. Ela divide em vez de unir, e como não há maneira de dizer quem acordará no próximo dia em qual divisão, a ideia de "interesse comum" fica cada vez mais nebulosa e perde todo o valor prático. (BAUMAN, 2001, p. 186).

Esta realidade atual do mundo do trabalho apresenta-se por meio de novas formas corporativas de agir que exigem do trabalhador competências que antes pertenciam ao empregador, transferindo a responsabilidade na manutenção dos fluxos empregatícios e a busca pelo empreendedorismo, principalmente, como causa do lucro advindo da atividade empresarial (D'ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 85).

Além disso, estes novos postos de trabalho na chamada economia de acumulação flexível somente estariam disponíveis para trabalhadores superespecializados, com formação e treinamento profissional continuado por conta própria, aumentando, portanto, o fosso histórico com os trabalhadores de baixa renda que não conseguem se adequar a tais processos produtivos (D'ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 85).

O restante da massa dos trabalhadores, especialmente, "os trabalhadores e as trabalhadoras do setor de serviços (*call centers*, telemarketing, indústria de *software* e tecnologias de informação e comunicação, hotelaria, *shopping centers*, hipermercados, *fast food*, grande

comércio, entre tantos outros”, se encontram “cada vez mais distantes das modalidades de trabalho intelectual que particularizam as classes médias e estão cada vez mais próximos do que denominamos novo proletariado de serviços” (ANTUNES, 2019, p. 19).

Ainda, para Ricardo Antunes (2019, p. 22-23) as formas como o trabalho tem se intensificado a partir destas novas formatações e naturalizado em certa medida, as violações de direitos, a superexploração, a informalidade, a cobrança abusiva de metas, o autoritarismo hierárquico, os assédios, os adoecimentos e as mortes, tendem a indicar “um forte processo de proletarização e de explosão desse novo proletariado de serviços que se expande em escala global, diversificando e ampliando a classe trabalhadora”.

E a partir da contextualização deste fenômeno é “possível se verificar a origem da desregulamentação do Direito do Trabalho, tendo como pano de fundo as alterações do modo de acumulação de capital e do modo de organização da produção capitalista”. Trata-se de “uma nova forma de mutação do capitalismo, com o intuito de superar suas constantes crises e suas contradições internas e, com isso, perpetuar o capital e a concentração de riquezas na sociedade capitalista” (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 86).

O contexto atualmente vivido é muito complexo e exige para a sua integral compreensão, a utilização de ferramentas adequadas à percepção da tamanha instabilidade que é gerada pelo capitalismo desregulado, inclusive, no sentido de nos libertarmos de diversos preconceitos e clichés ideológicos forjados em um tempo muito distante do século XXI em que nos encontramos (ESTANQUE; COSTA, 2016).

Assim, é que no século XXI, ainda persistem as gritantes desigualdades sociais provocadas pela absurda concentração de capitais, sendo as regressões dos direitos sociais, principalmente, nos direitos trabalhistas, utilizadas como uma forma de manutenção da reprodução ampliada do capital intensificando-se, ainda, a destruição do meio-ambiente e da própria humanidade por meio do desemprego e da precarização do trabalho (LARA; SILVA, 2019, p. 487).

Muito embora fosse plenamente possível se observar desde meados da segunda metade do século XX, indícios da revolução informacional, a doutrina trabalhista ignorou as principais implicações que transformariam a

sociedade do trabalho, pois a “nova dinâmica da sociedade contemporânea impacta profundamente nas relações de trabalho” já que as “necessidades da sociedade globalizada, informacional, são bem distintas daquela denominada industrial” (FILHO; ESTEVES, 2018, p. 369-371).

Portanto, resta claro que os fundamentos tradicionais do Direito do Trabalho que foram definidos a partir da consolidação do Estado Liberal Burguês e do Estado Moderno de fins do século XIX e início do século XX, com a clássica dicotomia do trabalho “livre/subordinado”, essencial a este ramo jurídico, não mais respondem aos anseios sociais por afastarem do seu campo de incidência, inúmeros outros trabalhadores que não se enquadram no modelo clássico, mas que, contudo, necessitam da sua tutela. Trata-se, portanto, de um “erro epistemológico do direito individual do trabalho” que “por óbvio, também vem sendo reproduzido pelo Direito Coletivo do Trabalho e pelo movimento sindical” (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 82-83).

Assim é que as “profundas mudanças sociais, tecnológicas e políticas que marcaram as últimas décadas fizeram com que alguns institutos do Direito do Trabalho se tornassem obsoletos, insuficientes ou inadequados para lidar com as novas relações que se constroem entre o capital e o trabalho” (TUPINAMBÁ; NOVELLINO, 2021, p. 200).

É neste cenário, portanto, que o sindicalismo e o Direito Coletivo do Trabalho estão inseridos e devem ser repensados, inclusive, com a necessária adequação do modelo sindical atual à sociedade pós-industrial.

3 O NOVO SINDICALISMO NO BRASIL

Partindo do pressuposto de superação da sociedade industrial em que os direitos sociais mais importantes foram conquistados em razão das lutas operárias, a análise que deve ser feita atualmente é a de como o movimento sindical está inserido neste novo modelo de acumulação flexível no Brasil após a reforma trabalhista de 2017 e com a manutenção da unicidade sindical.

A teoria social crítica afirma que o movimento sindical ignorou o corte epistemológico havido entre a sociedade industrial e a sociedade pós-industrial ao manter-se “estático, burocratizado, incapaz de acompanhar

o desenvolvimento tecnológico e suas repercussões sociais” (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 88).

Uma das grandes dificuldades observadas atualmente dentro dos movimentos sindicais fundados e estruturados na era do industrialismo e do Estado-nação é a de se ajustarem ao mundo instável das redes e dos movimentos de âmbito global. Para Estanque e Esteves (2016):

Para além da crítica à burocracia e às lógicas oligárquicas que tendem a instalar-se nos sistemas estáveis, muitos falam de uma autêntica ‘reinvenção’ do sindicalismo para que possa adequar-se aos tempos do novo ‘preariado’ e de uma classe média em declínio. A precariedade generalizada de hoje corresponde à ‘quebra do contrato’ fundado no compromisso de classes da Europa do pós-guerra, que abriu caminho ao período mais ‘glorioso’ das conquistas sociais dos trabalhadores. Num tempo de implosão e desaparecimento da velha classe operária, a atual geração de trabalhadores ‘proletarizados’ – cada vez mais qualificada e cujas subjetividades e modos de vida replicam expectativa e ‘habitus’ com marcas de classe média – já não adere, nem entende, uma retórica sindical que se limite a reproduzir os velhos slogans da ‘vanguarda operária’ dos tempos de Marx e Lenin”.

Neste aspecto, regra geral, os sindicatos se transformaram em grandes organizações burocráticas geridas e dominadas politicamente por dirigentes e membros que atuam numa base profissional moldada à lógica do agir institucional e patronal afastados da “realidade dos trabalhadores e ignorando as condições em que trabalham as camadas mais vulneráveis e desqualificadas da força de trabalho” (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 88).

Importante ressaltar que as críticas à estrutura sindical implantada por Getúlio Vargas entre 1931 e 1943 e vigente praticamente em sua totalidade até a reforma trabalhista de 2017, são antigas e frequentes no meio sindical brasileiro, especialmente, em se tratando dos princípios da liberdade e autonomia sindicais. Contudo, se sabe que ao longo de toda a história brasileira, a cúpula das organizações sindicais sempre trabalhou para manter a estrutura sindical, havendo, portanto, “uma grande contradição entre o discurso e a prática sindical a esse respeito, bem como uma variedade de compreensões e significados atribuídos à liberdade e autonomia sindical” (GALVÃO; MARCELINO, 2019, p. 20).

Pode-se afirmar, portanto, que o movimento sindical brasileiro ao não ratificar a Convenção 87 da OIT mantém-se diretamente atrelado ao Estado, submetendo-se aos “humores dos governos e alimenta junto aos trabalhadores a ideologia do Estado protetor”. Desta forma, ao invés de proteger os sindicatos, a estrutura sindical corporativa (baseada na unicidade sindical e até 2017 em contribuições compulsórias) acaba por impor limites à própria organização e mobilização dos trabalhadores. Logo, a manutenção destes dois pilares acabou, via de regra, por desestimular o trabalho de base induzindo à “fragmentação de entidades e à ausência de organização no local de trabalho” (GALVÃO; MARCELINO, 2019, p. 20).

Além disso, o contexto de crise econômica e política vivenciado a partir de 2015 no país e que culminou com a reforma trabalhista instituída pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017) impactou diretamente na atuação do movimento sindical, deixando clara a sua inação, principalmente, nestes momentos que antecederam a sua aprovação legislativa. Conforme Galvão *et al.* (2019, p. 258-259):

A deterioração do mercado de trabalho afetou a capacidade de mobilização e de resistência sindical frente à reforma trabalhista, mas há outros fatores a interferir nesse processo. As principais centrais não conseguiram construir um consenso sobre o significado da reforma, o que contribuiu para explicar certo esvaziamento das ações coletivas durante sua tramitação.

As estratégias oscilaram entre a rejeição total da proposta, com mobilização social, e (ou) a interlocução com o Congresso e com o Governo Temer, buscando preservar as condições de sobrevivência dos sindicatos. A Força Sindical, com a anuência de outras centrais, apostou na estratégia da negociação, na esperança de que a instituição sindical seria preservada. (...)

Apesar de um calendário comum de mobilização e a despeito da expressiva greve geral de 2017 (...) as ações unificadas entre as centrais foram perdendo fôlego. (...) As atividades programadas se esvaziaram no período de votação (julho de 2017) e de implementação da reforma (novembro de 2017) e apresentaram dificuldades de coordenação. Os posicionamentos distintos, porém, não inviabilizam uma crítica comum das centrais, que consideraram a reforma um ‘retrocesso da proteção social ao trabalho aos primórdios do processo de industrialização do país’. As críticas se estendem à sustentação financeira das entidades, à perda de prerrogativas sindicais com a criação da comissão de representação dos trabalhadores nas empresas e a descentralização da negociação para o âmbito da empresa e

para o trabalhador individual, e ao caráter facultativo da realização das homologações nos sindicatos. Essa análise é corroborada por pesquisa realizada pela Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista (REMIR) junto a dirigentes sindicais que registrou uma tendência majoritária (95%) de respondentes contrários e somente 2,5% favoráveis à reforma, sendo que 92% defendiam a sua completa revogação. No entanto, 10% dos respondentes identificaram aspectos positivos, entre os quais se destacam: (1) a prevalência do negociado sobre o legislado; e (2) o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, por se entender que essas medidas dinamizaram a atuação sindical.

Portanto, a situação atual no Brasil pós-reforma trabalhista é dramática, pois de um lado, vive-se um momento de total desfragmentação da classe trabalhadora tradicional e da relação empregatícia clássica em razão de estar-se diante de um novo modelo de produção flexível. De outro, uma reforma legislativa que ao mesmo tempo em que manteve a estrutura sindical corporativa instituída pelo Governo Vargas nos anos 1930, tendo como base o princípio da unicidade sindical, fragilizou as fontes tradicionais de financiamento do sindicalismo, enfraquecendo-o estruturalmente e institucionalmente.

Para Galvão *et al.* (2019, p. 261) “as dificuldades de financiamento, associadas às mudanças no mercado de trabalho, estão provocando uma reorganização sindical e da estrutura das entidades, na medida em que impõem um corte de gastos”, o que permite serem indicadas algumas tendências:

“1. Esvaziamento das estruturas físicas e corte de pessoal nas centrais sindicais: a CUT reduziu a sua folha de pagamento em 40% e está se desfazendo de sua sede Central, e a CTB despediu a grande maioria de seus contratados. A UGT fechou a sede própria e se abrigou na sede do Sindicato dos Comerciantes de São Paulo, e a NCST reduziu drasticamente suas atividades coletivas.

2. O fechamento de entidades sindicais, especialmente as dependentes do imposto sindical. Em muitos casos, fecha-se a sede, e a entidade continua formalmente aberta, mas sem estrutura e capacidade de organizar ação coletiva. Há situações também em que os sindicatos se unificam ou são incorporados por outros.

3. Reestruturação interna das entidades, com o fechamento de subsedes, secretarias, diminuição da infraestrutura, despedidas de empregados, redução das assessorias, mudanças para espaços mais baratos, etc. Essa reorganização se deve, também, à queda expressiva das homologações. Em algumas entidades, a queda foi de mais de

90%, impactando o número de funcionários e de ações trabalhistas, pois o sindicato não faz mais a conferência da rescisão contratual.

4. Propostas de criação de estruturas solidárias e compartilhadas em que várias entidades convivem no mesmo espaço físico. Mas, por enquanto, a reforma está provocando um movimento mais defensivo de adaptação à nova realidade financeira das entidades do que movimentos de construção de novas formas de organização criativas e solidárias. No plano do debate, novas ideias têm surgido: a combinação de uma ação mais tradicional no campo das relações de trabalho como uma forma de organização mais horizontalizada e capaz de abarcar o conjunto de trabalhadores, inclusive os que não estão representados pela estrutura atual, tais como os trabalhadores de plataforma digital, os informais, os autônomos disfarçados e proletarizados, os terceirizados etc. Também há propostas de organização sindical por macrossetor, na perspectiva de organizar os trabalhadores por cadeia de produção global, estruturas solidárias reunindo vários sindicatos etc. (GALVÃO *et al.*, 2019, p. 261-262).

Importante lembrar também que a reforma trabalhista rompeu “com padrões de negociação consolidados ao longo as últimas décadas, nos quais a norma mais favorável deveria prevalecer”, pois as “medidas definidas na Lei n. 13.467/17 estão centradas em novas modalidades de contratação, em alterações da jornada de trabalho, das formas de remuneração, das condições de trabalho, com o enfraquecimento dos sindicatos e da justiça do trabalho”. Embora não exista um balanço consolidado sobre a evolução dessas cláusulas “é possível aferir algumas tendências sobre sua efetividade a partir de alguns levantamentos realizados” pelo Dieese e a CUT em 2018, “os temas propostos pelo setor patronal são os seguintes (Galvão *et al.*, 2019, p. 263):

Fim das homologações, acordo individual de banco de horas, compensação de jornada, jornada 12x36, parcelamento de férias, redução dos intervalos intrajornada, prevalência do negociado sobre o legislado, contrato intermitente, terceirização, fim da ultratividade e rescisão por comum acordo. (...) a hora *in itinere*, demissão e contribuição assistencial e sindical. (...) As mulheres estão entre as mais afetadas por essas regras, pois como ainda cabe a elas a responsabilidade pelos cuidados familiares, elas terão mais dificuldade em se ajustar ao aumento do poder da empresa para manejar o tempo de trabalho de acordo com a dinâmica do negócio. Aliás, essas novas regras e lógicas de contratação diminuem a separação entre o tempo do trabalho e do não trabalho, dado que as mulheres e os homens serão exigidos em tempo integral. (GALVÃO *et al.*, 2019, p. 261-262).

Portanto, estas “transformações na dinâmica econômica e social indicam uma profunda reconfiguração da classe trabalhadora”, perdendo “importância relativa dos setores em que o sindicalismo historicamente mostrou maior capacidade de organização e ação coletiva em crescimento de ocupações mais precárias”. Muito embora não se possa dizer que a precariedade no mercado de trabalho no Brasil seja uma novidade em razão da histórica informalidade e ausência de proteção legal, a “proliferação de contratos atípicos amplia a vulnerabilidade dos trabalhadores e dificulta a ação sindical, já que esses trabalhadores são dificilmente representados pelos sindicatos” (GALVÃO *et al.*, 2019, p. 255).

Considerando esta nova realidade é que o movimento sindical na atualidade, caso tenha como objetivo a sua própria existência, deve eleger novas pautas hermenêuticas e se articular com os novos movimentos sociais libertários espalhados por todo o planeta para ressurgir como um movimento social forte e hábil para representar os titulares de todas as formas de trabalho e renda que são compatíveis com a dignidade humana (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 90).

Por tal modo é que a Teoria Social Crítica busca refutar e desconstruir o paradigma do trabalho subordinado como sendo o único objeto de estudo do Direito do Trabalho para incluir toda a “classe-que-vive-do-trabalho”, isto é, “os homens e mulheres produtivos e improdutivos, desprovidos de meios de produção e que são coagidos a vender a sua força de trabalho no campo e na cidade em troca de salário”, do proletariado industrial e rural, dos trabalhadores terceirizados, dos subcontratados, temporários, os assalariados do setor de serviços, além dos desempregados e dos não empregáveis (D’ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 87).

Ademais, não pode ser outra a percepção ao analisar-se a própria centralidade valorativa dada ao trabalho na Constituição brasileira não ficando restrita apenas ao trabalho subordinado decorrente do contrato de emprego regulado pela CLT “por mais relevante que ele seja como o centro gravitacional da proteção jurídica do trabalho” (WANDELLI, 2012, p. 337).

E “se há uma nova morfologia do trabalho, é necessário constatar também o advento de uma nova morfologia das formas de organização,

representação e luta da classe trabalhadora” (ANTUNES, 2019, p.23).

Portanto, o sindicalismo na atualidade deve deixar de atuar sob a pauta reivindicatória e burocrática, devendo serem criadas normas jurídicas para humanizar e controlar o processo de transformação digital (D'ANGELO; ESTEVES, 2020, p. 90).

E é exatamente neste contexto de reinvenção e renovação que entra em cena o chamado “ativismo sindical” formado pelos “sujeitos ativistas” que seriam “pessoas de todos os níveis sociais e intelectuais, a exemplo dos investigadores e especialistas nas áreas de tecnologia”, como pessoas idosas e jovens, estudantes de escola básica e superior que cansados e preocupados com o futuro passam a combater marcas que exploram a mão de obra alheia, sem o mínimo de higiene, respeito e valorização do trabalho, a exemplo dos casos ocorridos com as empresas NIKE, WAL-MART, DISNEY, MATTEL, ADIDAS, REEBOK, UMBRO, MITRE, etc. (ROCHA, 2020, p. 6).

Além disso, a pauta sindical deve incorporar como temas principais, a desigualdade de gênero, os direitos das minorias ou, ainda, o domínio da internet e das redes sociais como potencial fator de consolidação deste ativismo sindical atuando como um verdadeiro contrapoder e não os tratando como secundários ou temas-tabu. Daí a importância de repensar, rediscutir, reinventar e ressurgir o sindicalismo, pois a visibilidade e força construída pelo sindicato durante todos estes anos não poderá ser controlada pelo Estado ou pelo mercado (capital) ao seu bel prazer (ROCHA, 2020, p. 8).

E claro, não há como se pensar em um novo sindicalismo e um Direito Coletivo do Trabalho renovado sem que se proceda a alteração do modelo sindical conforme previsto na Convenção 87 da OIT que trata da “Convenção sobre a Liberdade Sindical e à Proteção do Direito Sindical”⁴.

⁴ (...) Art. 2 – Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas. Art. 3 – 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação. 2. As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.

Neste sentido, vale transcrever o resumo executivo elaborado por meio do Relatório do GAET – Grupo de Altos Estudos do Trabalho (Anexo 4), instituído pela Portaria SEPRT/ME nº 1.001, de 04/09/2019, que propõe alteração do modelo sindical brasileiro:

Este relatório examina criticamente o ordenamento e funcionamento da organização sindical e da negociação coletiva no Brasil com o objetivo de propor novo sistema que, com base no princípio da liberdade sindical, reduza a interferência do Estado e promova o exercício da plena autonomia coletiva de trabalhadores e empresas. (BRASIL, 2021).

Assim, o modelo proposto pelo GAET tem como objetivo fortalecer os sindicatos profissionais para que, mais legítimos e representativos, contribuam para a defesa dos direitos humanos dos trabalhadores com especial ênfase na saúde e segurança em face dos novos e crescentes riscos sanitários (BRASIL, 2021).

Por fim, enaltecendo a importância que o sindicalismo sempre terá para o trabalho e para as relações sociais, vale transcrever a lição de Estanque, Costa e Silva (2015, p. 25):

O lugar do sindicalismo e a sua vitalidade são indissociáveis do lugar e valor atribuídos ao trabalho e às relações sociais (desde logo as laborais), assumidas para os espaços do trabalho e/ou em conexão com ele. O trabalho e os seus direitos são parte indispensável de um processo de desenvolvimento econômico e político numa sociedade democrática. Não há justiça social sem dignidade humana em ação, concretizada todos os dias na vida real de cada cidadão, das famílias, do coletivo da sociedade. Um sistema de proteção social moderno e justo não é exequível sem emprego digno e seu um sistema público, universal e solidário de Segurança Social, cuja existência depende, inexoravelmente, do emprego e da valorização que se dá ao trabalho”.

Art. 4 – As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou à suspensão por via administrativa.

Art. 5 – As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de constituir federações e confederações, bem como o de filiar-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação terá o direito de filiar-se às organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.

Art. 6 – As disposições dos arts. 2, 3 e 4 acima se aplicarão às federações e às confederações das organizações de trabalhadores e de empregadores. (...)

Art. 11 – Cada Membro da Organização Internacional do Trabalho para o qual a presente Convenção está em vigor, se compromete a tomar todas as medidas necessárias e apropriadas a assegurar aos trabalhadores e aos empregadores o livre exercício do direito sindical.

Assim, é necessário repensar o movimento sindical e o Direito do Trabalho Coletivo pautado na ideia democrática de trabalho e de trabalho decente em escala global, assegurando-se a representação coletiva através de normas que regulem as relações laborais, inclusive, corrigindo as dificuldades históricas do movimento sindical em representar os trabalhadores precários e as mulheres.

4 CONCLUSÃO

Como visto, o Direito do Trabalho surgiu a partir das lutas operárias travadas no interior das organizações fabris que visavam a melhoria nas condições de vida e de trabalho dos trabalhadores e das trabalhadoras submetidos aos excessos perpetrados pela utilização do modo de produção capitalista industrial.

Assim, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho clássico e que se estruturou a partir de um único e hegemônico modelo de relação de trabalho, qual seja, o do emprego subordinado, tem cada vez mais diminuído o seu campo de atuação e de abrangência, pois na sociedade pós-industrial, os modelos de trabalho têm se tornado cada vez mais flexíveis, não se enquadrando na roupagem clássica da relação empregatícia, objeto de proteção do Direito do Trabalho conforme se infere da leitura conjunta dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁵.

Além disso, na sociedade pós-industrial, os direitos sociais que foram duramente conquistados e reconhecidos como direitos e garantias fundamentais vêm sendo gradativamente subtraídos ou flexibilizados pelos poderes legalmente constituídos, de forma que, atualmente, pode-se afirmar que há um retrocesso social sem precedentes e com uma total inação dos movimentos sindicais.

Portanto, é hora de repensar o movimento sindical, o que passa necessariamente pela obrigatória alteração do modelo jurídico sindical no

⁵ Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 1943).

Brasil para adotar um modelo de efetiva autonomia e liberdade sindicais para que os trabalhadores, empregados ou não, possam decidir de forma autônoma e sem qualquer ingerência do Estado acerca da sua base de representação e de atuação sindicais.

Por fim, é imprescindível que o movimento sindical atualize-se, modernize-se e passe a utilizar novas ferramentas na sua atuação, contando, por exemplo, com os chamados sujeitos ativistas e possa fazer das redes sociais e da modernidade, aliados em uma nova forma de desempenhar suas atividades e lutas, inclusive, com a criação de novos instrumentos formais coletivos no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho e de proteção de todos os trabalhadores e trabalhadoras.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **Proletariado digital, serviços e valor**. Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração. Org. Ricardo Antunes. – 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2019, p. 15-23.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 mai 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 26 mai 2022.
- BRASIL, Ministério do Trabalho e Previdência. Relatório do GAET. Brasília, 2021.
- D'ANGELO, Isabele Moraes; ESTEVES, Fábio Porto. **A sociedade do desenvolvimento e a crise do sindicalismo contemporâneo**. Revista Espaço Acadêmico, 221, mar/abr 2020 – bimestral, Ano XIX – ISSN 1519.6186, p. 81-90.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores – 18ª ed. – São Paulo: LTr, 2019.
- ELÍSIO, Estanque; COSTA, Hermes Augusto. **Uma crítica construtiva ao sindicalismo**. Debate XIII Congresso CGTP. Portugal, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/22472142/Uma_cr%C3%ADtica_construtiva_ao_sindicalismo>. Acesso em: 23 de mai de 2022.

ELÍSIO, Estanque; COSTA, Hermes Augusto; SILVA, Manuel Carvalho da. **O futuro da representação política democrática**. André Freire (org.). Lisboa: Editora Nova Vieja, 2015.

FILHO, Carlo Cosentino; ESTEVES, Juliana Teixeira. **O direito coletivo do trabalho na sociedade pós-industrial: desafios à recomposição da consciência de classe obreira**. Revista Jurídica. Vol. 02, nº 51. Curitiba, 2018, p. 367-386.

GALVÃO, Andréia; MARCELINO, Paula. **O sindicalismo brasileiro e a convenção 87 da OIT**. Carta Social e do Trabalho, nº 39-40. Campinas, jan/dez 2019, p. 20-34.

GALVÃO, Andréia *et al.* **Reforma trabalhista: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo**. Caderno CRH. Vol. 32, nº 86, mai/ago 2019, p. 253-269.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. – 2ª ed. – São Paulo: Loyola, 2003.

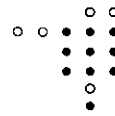
LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração**. Org. Ricardo Antunes – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Tradução Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Martin Claret, 2014.

TUPINAMBÁ, Carolina; NOVELLINO, Marina. **Relações de trabalho atípicas: contratos atípicos entre associações civis e empresas tomadoras**. As novas relações trabalhistas e o futuro do Direito do Trabalho: as novidades provenientes da globalização, de influxos do Direito comparado e da internacionalização de contratos laborais. Coord: Carolina Tupinambá. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 199-227.

ROCHA, André Vitaliano de Carvalho. **Uma reflexão a partir de “uma crítica construtiva ao sindicalismo” após a reforma trabalhista de Brasil – 2017 e Portugal – 2012**. Relações de trabalho, desigualdades sociais e sindicalismo, nº 23, Coordenação editorial: Hermes Augusto Costa e Elísio Estanque. Coimbra: 2020. Disponível em: <https://cabodosttrabalhos.ces.uc.pt/n23/documentos/04_Andre_Vitaliano.pdf>. Acesso em: 26 mai 2022.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.



O TEMPO DE ATIVIDADE E O TELETRABALHO NO RELATÓRIO DO GRUPO DE ALTOS ESTUDOS DO TRABALHO (GAET): DE MUSEU E NOVIDADES¹

“Em vez do fim do trabalho na era digital, estamos vivenciando o crescimento exponencial do novo proletário de serviços, uma variante global do que se pode denominar escravidão digital. Em pleno século XXI.”

Ricardo Antunes²

Guilherme Guimarães Feliciano³

Oscar Krost⁴

Resumo: A “reforma trabalhista” promovida pela Lei n. 13.467/2017, sob pretensa intenção de “modernizar” e “desburocratizar” a CLT, aumentar a competitividade/investimento das empresas e gerar empregos, precarizou ainda mais o sistema laboral de proteção e reduziu o poder de compra dos salários, não cumprindo nenhuma de suas promessas. Sob o entendimento de que é necessário dar continuidade a tal iniciativa, a Secretaria Especial e Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (hoje Ministério

185

¹ Texto elaborado a partir das falas dos autores apresentadas no 1º Módulo de 2022 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC), **Direito e Processo do trabalho: fundamentos e perspectivas – pés no chão e olhos no horizonte**. Relatório final do Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET) – fundamentos, críticas e perspectivas, no dia 07.04.2022. Subtítulo inspirado em refrão de “O tempo não pára” (Cazuza).

² ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 32.

³ Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA (gestão 2017-2019). Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP (15ª Região).

⁴ Professor. Mestre em Desenvolvimento Regional (PPGDR/FURB). Diplomado em Nível Superior em *Relaciones de Trabajo y Sindicalismo* (FLACSO/Argentina). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Integrante do Núcleo de Pesquisas o Trabalho além do Direito do Trabalho (NTADT-USP/Coordenado pelo Professor Guilherme Guimarães Feliciano). Autor do blog <<https://direitodotrabalhocritico.com/>>. Juiz Titular da Vara do Trabalho de São Miguel do Oeste/SC (12ª Região).

do Trabalho e Previdência) criou o Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET), comissão de notáveis investida do desafio de mapear e apontar os pontos da legislação trabalhista merecedores de novos “ajustes”, a partir do que se extraiu e publicou um relatório. A análise das sugestões apresentadas pelo coletivo sobre a normatividade afeta à duração do trabalho e ao teletrabalho são o objeto proposto neste estudo.

Palavras-chave: Jornada. Teletrabalho. GAET. Direito comparado.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil ainda experimenta, no segundo semestre de 2022, os efeitos agressivos da pandemia decorrente da disseminação do Sars-Cov-2, vírus causador da COVID-19, iniciada há mais de 2 anos, e que vitimou milhões de vidas em todo o planeta. A crise econômica, anterior à demanda sanitária, assola todas as partes do globo de maneira assimétrica, sendo mais sentida em países de economia periférica, no hemisfério sul.

Como todo fenômeno complexo, múltiplos são os fatores responsáveis pelos nefastos efeitos sofridos pelos Mercados em todas as atividades e esferas. Inadvertidamente, os Direitos Sociais, com ênfase ao insustentável “custo” da mão de obra e os direitos dos trabalhadores seguem na pauta como vilões a ameaçar à almejada competitividade empresarial, sem a qual não há empregos.

Há décadas presenciamos a um verdadeiro desmanche do sistema protetivo laboral, sendo a tônica no embate entre capital e trabalho. Data da década de 60 a primeira lei sobre o FGTS (Lei n. 5.107/1966), sucedida de um sem número de medidas flexibilizadoras/desregulamentadoras, com destaque às recentes Reforma Trabalhista de 2017 e Legislação Emergencial de 2020/2022.

Sob o entendimento de estar a solução a todos os males na “desburocratização”, “modernização” e “atualização” do Direito do Trabalho, assim como na ampliação da segurança jurídica e no dinamismo das trocas a Secretaria Especial e Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (antigo Ministério do Trabalho e Emprego) instituiu o Grupo de Altos

Estudos do Trabalho (GAET)⁵. Esta comissão de notáveis, após meses de pesquisas e debates, apresentou um relatório com sugestões de mudanças das regras laborais, em níveis constitucional e legal, merecendo destaque o tratamento dispensado às regras sobre limitação de tempo de atuação/ disponibilidade e de teletrabalho, objeto do presente estudo.

Alinhados com as melhores intenções do coletivo em questão, propomos trazer elementos ao amadurecimento das reflexões existentes, contribuindo para o êxito de iniciativas tão importantes e decisivas para o futuro do país.

2 LIMITES À DURAÇÃO DO TRABALHO. CENTRALIDADE PARA O DIREITO DO TRABALHO

Sobre a jornada propriamente dita, recorda-se ter sua limitação representado uma das maiores conquistas históricas da classe trabalhadora, bandeira erguida durante todo o século XIX. Luta esta que pode ser sintetizada na máxima “*8 horas de trabalho, 8 de repouso e 8 de educação*” nascida durante uma greve em Chicago⁶.

O objetivo da fixação de um patamar máximo de trabalho traz em si diversos aspectos, em parte relacionados à consideração de seu prestador como um ser humano, complexo e dotado de dignidade, em oposição à máquina, na busca da preservação de seu bem-estar físico e mental e, também, daqueles com que se relaciona.

Eis o cerne da divergência entre aqueles que defendem a jornada como *direito* e quem considera tratar-se de elemento “acidental” do contrato

⁵ Informações obtidas em <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-do-trabalho/comissoes-e-grupos-de-trabalho/grupo-de-altos-estudos-do-trabalho-gaet>>, em que também encontram-se a Portaria instituidora do GAET e seu relatório. Acesso em: 6 abr 2022.

⁶ A meta dos manifestantes não foi alcançada, tendo por resultado dezenas de mortes, sendo os líderes do levante condenados à força ou à prisão. Em 1892 o julgamento foi anulado e absolvidos todos os envolvidos. Apenas em 1920, após o final da Primeira Guerra e a criação da Organização Internacional do Trabalho-OIT, é que a limitação da jornada de 8 horas foi reconhecida em escala mundial, sendo adotada no Brasil tão-somente em 1932. (GIL, Rosângela; GIANOTTI, **1º de Maio**: dois séculos de lutas operárias”. Rio de Janeiro: Núcleos Piratininga de Comunicação/Cadernos de Formação, 2005, p. 09).

de trabalho: tempo é não apenas vida, mas realização e saúde, aspectos infungíveis e irrestituíveis do ser humano, cuja violação ameaça a existência, dignidade e realização pessoal⁷.

Não por outro motivo a saúde foi erigida a Direito Social de todos e a dever do Estado, garantida por políticas públicas, nos termos dos arts. 6º e 196 da Constituição da República. Em pleno século XXI, inexistiu um tratamento igualitário entre os trabalhadores subordinados, oscilando o grau de proteção ao seu bem-estar, no tocante à limitação da jornada, de acordo com fatores de índole socioeconômicos.

Em um plano intermediário, comum, se encontram todos os trabalhadores urbanos e rurais, tutelados pela Constituição da República, art. 7º, inciso XIII, que estabelece patamares máximos de 8 horas diárias e de 44 semanais. Num extremo “positivo”, alguns profissionais, com módulos inferiores e menos desgastantes, como bancários (CLT, art. 224, *caput*), enquanto que em outro, diametralmente oposto, e por isso “negativo”, os que não possuem limitação alguma, ao fundamento de exercerem atividade gerencial, externa incompatível com controle ou em regime de teletrabalho, conforme dispõe o art. 62 da CLT.

Não há como aventar, quer diante do estágio civilizatório alcançado pela sociedade ocidental, quer pelo avanço da tecnologia, por meio da telefonia móvel, da comunicação via satélite e internet, dentre outros, a possibilidade razoável de alguém não possuir limite e controle de seu tempo de serviço, já que neste lapso se encontra à disposição do empregador “*aguardando ou executando ordens*” (CLT, art. 4º).

Se examinada a matéria sob o prisma unicamente monetário, ainda assim, inviável conceber a existência de empregados não submetidos a controle de jornada e, por consequência, de limite expresso, alijados do direito à percepção da paga de horas extras, quando prestadas. Para José Martins Catharino⁸, pode o salário ser aferido com base em três critérios, a saber: por unidade de tempo, por unidade de obra ou de forma mista, sendo o fator tempo preponderante em todos, em especial, no primeiro e no último.

⁷ Sobre o tema, SEVERO, Valdete Souto. **Crise de Paradigma no Direito do Trabalho Moderno: a jornada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009; e, ainda, BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antônia Maria Vieira. **Questões Polêmicas sobre a jornada de trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

⁸ CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994, pp. 151-6.

Não se diga ser incompatível o apuro de salário por unidade de obra com a limitação da jornada, ao argumento de que quanto mais produz, mais ganha o trabalhador, sendo seu o interesse de elastecer a jornada.

Primeiro, por contrariar a jurisprudência pacificada pelo TST a respeito, nos termos da Súmula nº 340, em que garantido ao empregado remunerado à base de comissões o direito ao adicional de, no mínimo, 50% pelo trabalho em sobrejornada, ainda que exija a sujeição a controle de horário.

Segundo, por estimular o empregador a manter baixo o valor utilizado como base de cálculo do salário por unidade, de modo a exigir mais trabalho para a obtenção de um montante razoável ao sustento, ampliando, com isso, a exploração e a margem de lucro, a custo da violação do tempo humano e de sua dignidade.

Diante da centralidade das regras de limitação do tempo de trabalho para a vida de quem vive da alienação de sua força produtiva, em termos individuais e sociais, mostra-se necessária a ampliação do debate sobre as propostas apresentadas no relatório do Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET) no particular, inclusive alcançando o regime de teletrabalho.

3 GRUPO DE ALTOS ESTUDOS DO TRABALHO. RELATÓRIO. JORNADA. TELETRABALHO

Na convicção de que a solução a todos os males está na “desburocratização”, “modernização” e “atualização” do Direito do Trabalho, visando maior segurança jurídica e dinamismo das trocas foi instituído no âmbito da Secretaria Especial e Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (antigo Ministério do Trabalho e Emprego) o Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET), conforme Portaria nº 1.001/2019. O coletivo anuncia como finalidade “*avaliar o mercado de trabalho brasileiro sob a ótica da modernização das relações trabalhistas e matérias correlatas, bem como para propor discussões e diagnósticos sobre quatro eixos: economia e trabalho; direito do trabalho e segurança jurídica; trabalho e previdência e liberdade sindical.*”⁹

⁹ Informações obtidas em <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-do-trabalho/comissoes-e-grupos-de-trabalho/grupo-de-altos-estudos-do-trabalho-gaet>>, em que também encontram-se a Portaria instituidora do GAET e seu relatório. Acesso em: 6 abr 2022.

Sua composição conta com membros da Justiça do Trabalho em todas as instâncias, assim como do Ministério Público do Trabalho, da academia, da advocacia e do segmento econômico. No decurso dos respectivos trabalhos, foram realizadas reuniões com representantes de empregados e de empregadores no Estado de São Paulo, inclusive centrais sindicais, federações e confederações.

De acordo com o relatório final apresentado pelo Grupo de Altos Estudos do Trabalho, o avanço da economia brasileira tende a ocorrer se concretizadas mudanças constitucionais e legais, pelo aprofundamento das alterações promovidas pela Reforma deflagrada pela Lei n. 13.467/2017. Os trabalhos tiveram inspiração na doutrina social cristã e no fim da luta de classes, sendo o excesso de intervencionismo do Poder Público nas relações trabalhistas mencionado como um problema-chave¹⁰.

Com base na doutrina dos precedentes, originária do Direito anglo-saxão, mostra-se pertinente, por analogia, lançar mão de duas figuras a ela caras e de grande valia à presente análise: *ratio decidendi* e *obiter dictum*¹¹. Os fundamentos e as premissas do GAET são explícitos, mas o não dito com todas as letras permite entender como fins e meios exigem melhor exame.

As “razões de decidir” do grupo especial são coerentes com os valores por ele expostos. Contudo, a realidade e a experiência demonstram, sem maiores esforços, que emprego é fruto da produção que decorre do consumo que vem dos ganhos do trabalho que em última análise vem do emprego! Mais salários, mais consumo, mais produção e, por consequência, menos desemprego.

Neste sentido, entende Vitor Araújo Filgueiras:

¹⁰ Relatório final (p. 53), disponível em <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-do-trabalho/comissoes-e-grupos-de-trabalho/grupo-de-altos-estudos-do-trabalho-gaet/relatorio-do-gaet.pdf>>. Acesso em: 6 abr 2022.

¹¹ Segundo César Zucatti Pritsch, *ratio decidendi* (“razão de decidir”) é o conceito mais importante da doutrina dos precedentes e corresponde aos fundamentos de uma decisão e que vinculariam as futuras sobre o mesmo tema, enquanto que *obiter dictum* (“dito para morrer”) seriam os argumentos não vinculativos do julgado. (PRITSCH, César Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho**: atualizado conforme o CPC 2015 e a reforma trabalhista. São Paulo: LTR, 2018, p. 90-1).

(...) a dinâmica da ocupação é multicausal e relacionada a uma série de outras políticas (fiscal, monetária, industrial, câmbio, comercial etc). (...) Por isso, reforma que ‘flexibiliza’ nunca é a única opção, nem medida suficiente para criação de empregos (...) reduzir direitos é uma escolha política sobre o que se quer das condições de vida e de trabalho para a população. A regulação do direito do trabalho é essencialmente valorativa, depende do tipo de sociedade que queremos promover¹².

Fragilizar vínculos produtivos, “pejotizar”, “terceirizar” e “uberizar” reduzem ganhos do trabalho e o consumo daí decorrente. Aumenta a exploração por quem detém o capital, material ou imaterial, neste caso, inclusive algoritmos, sedimentando a concentração de renda e aprofundando as desigualdades sociais.

A análise das propostas apresentadas pelo GAET sobre a legislação vigente e suas mudanças, como pressuposto à melhoria dos quadros de desemprego e renda, impõe entender o que temos, o que queremos e, principalmente, o que sabemos, de antemão, não ser eficaz para um ou outro fim.

Dentre as mudanças propostas no relatório final do GAET, atinentes à jornada, destaquem-se os seguintes:

(a) tempo em cursos ou treinamentos: mesmo remotos e oferecidos pelo empregador, fora do expediente não configuraria sobrejornada/tempo à disposição, exceto se obrigatório ao exercício profissional (art. 58, §3º, da CLT).

A dúvida em relação à tese diz respeito à colisão direta ao disposto no art. 4º da própria CLT, ferindo sua sistematicidade. Segundo o *caput* do artigo, “*considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens*”. Cursos de aperfeiçoamento, técnicos ou não, conduzem, inevitavelmente, à melhoria dos saberes e dos fazeres de trabalhadoras e trabalhadores, beneficiando o empregador.

Por que, então, apenas um dos contratantes deveria abrir mão do tempo de vida se os ganhos são comuns?

¹² FILGUEIRAS, Vitor Araújo. “**É tudo novo**”, **de novo**: as narrativas sobre grandes mudanças no mundo do trabalho como ferramenta do capital – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2021, p. 165.

(b) definição de trabalho em turno ininterrupto de revezamento: empregador que atue sem interrupção e promova revezamento de horários diurnos e noturnos pelo empregado em períodos inferiores a 3 meses (art. 58-B da CLT).

A jornada reduzida assegurada pelo constituinte a quem atue em modalidade gravosa à saúde, em revezamento, busca compensar e preservar o bem-estar, sabendo-se dos prejuízos inevitáveis causados ao relógio biológico do sujeito. Não importa, desta forma, se a empresa atua de modo ininterrupto ou se as trocas diurnas/noturnas têm periodicidade inferior a 3 meses, apenas que a pessoa se veja obrigada, por prática de interesse e ganho do patrão a mudar suas rotinas e compromissos de tempos em tempos. Cabe a quem empreende a atividade econômica a assunção de todos os riscos do negócio (art. 2º da CLT).

(c) supressão de horas extras: não garante direito à indenização (art. 58-C da CLT).

A proposta, de modo intencional ou não, deixa de mencionar o aspecto “habitualidade” essencial à caracterização das “horas extras” como indenizáveis, na hipótese de cessação dos pagamentos. Este foi o entendimento consagrado há anos pela Súmula nº 291 do TST.

Segundo o Grupo de Altos Estudos do Trabalho, parece plausível estender à desvinculação do dever de indenizar à supressão da paga de qualquer prorrogação. Mudança de entendimento sempre é possível em se tratando de Direito, mas para isso, essencial que sejam trazidos argumentos razoáveis e suficientes a desconstituir as premissas anteriores, o que não ocorreu no caso.

(d) prorrogação de jornada em atividade insalubre: chancelada a pactuação de ajuste pela via individual ou coletiva, desde que o empregador disponha de Programa Preventivo de Riscos Ambientais (PPRA) ou, se for o caso, Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), nos termos da legislação vigente (art. 60 da CLT).

Com efeito, a matéria em questão possui relação direta com a saúde dos trabalhadores, não podendo ser objeto de pauta negociação, sequer coletiva. Tanto o PPRA, quanto o PCMSO, são documentos unilaterais, elaborados a pedido e por pagamento do empregador, sem a participação de sindicatos ou representantes dos trabalhadores ou do Estado.

(e) prorrogação horária por força maior: assegurada a remuneração da hora normal e, nos demais casos, o acréscimo do adicional de 50% até o limite de 12h diárias, salvo outro patamar estabelecido em lei (art. 61, §2º, da CLT).

Prorrogação e prorrogação, por interesse e ordem patronais, tornando devido o adicional constitucional, salvo hipótese de regime compensatório ou banco de horas. Limite de 12h altamente questionável, por saber-se que jornadas elásticas aumentam o desgaste/sofrimento no trabalho, o índice de adoecimento e o volume de acidentes. A falta de menção a ser devido outro percentual acaso superior ao legal vai contra a técnica adotada pelo constituinte, deixando transparecer a ruptura com os valores e ideias que inspiraram a redação do art. 7º da Lei Maior.

(f) gerentes fora da aplicação do capítulo “da duração da jornada”: quando receberem gratificação inferior a 40% sobre o salário-base, os gerentes fariam jus à diferença, mas não ao recebimento das horas extras acaso realizadas (art. 62, §1º, da CLT). Não descaracterizaria a natureza do cargo eventual a subordinação à presidência, superintendência ou direção regional (art. 62, §2º, da CLT).

Desatendidos os requisitos do artigo, por consequência, dever-se-ia aplicar a regra geral, mais benéfica ao trabalhador. O Princípio da Proteção, acaso aprovada a proposta, é invertido, passando a tutelar o empregador, trazendo ao debate para que serve o Direito do Trabalho e quais seus fundamentos históricos, inclusive se o trabalho é ou não mercadoria.

(g) intervalo mínimo entrejornadas: inobservância de 11h acarretaria exclusivamente o pagamento de multa administrativa (art. 66 da CLT).

A sugestão desconsidera o prejuízo ao direito à desconexão do trabalhador, bem como ao repouso para recuperação da higidez física e mental. Em sentido contrário às disposições internacionais e constitucionais de preservação do bem-estar do ser humano, fomenta a prática nefasta e contraproducente de prorrogação horária, causadora, inclusive, da redução de novos postos.

Além disso, a posição indicada vai de encontro ao entendimento histórico da Súmula nº 110 do TST que embora criado a partir de situações

envolvendo regimes de revezamento, acabou aplicado de modo geral, assegurando o direito ao recebimento de horas extras acaso inobservado o intervalo mínimo entrejornadas.

(h) descanso semanal: garante o descanso por 24h consecutivas, sem vedar o trabalho em domingos e assegura uma folga neste dia a cada 7 semanas (art. 67, *caput* e §1º, da CLT). Caberia o revezamento em serviços que devam ser prestados aos domingos, exceto elencos teatrais (art. 67, §2º, da CLT).

A redação do texto elide o adjetivo “remunerado” do descanso, causando o esvaziamento do sentido de representar salário sem trabalho, em execução reduzida do contrato. Inegável ser o domingo o dia historicamente destinado ao encontro familiar, tendo em vista que crianças não vão às aulas nestes dias e aos sábados, desfrutando, pela Constituição da República, de absoluta prioridade em termos de proteção pela família, pelo Estado e toda a sociedade (art. 227).

A periodicidade proposta afasta-se em demasia dos usos e costumes sobre o tema, pelos quais deve haver folga em 1 a 2 domingos por mês. Para além da questão monetária, está-se diante de ameaça ao mínimo existencial dos sujeitos.

(i) trabalho em domingos: deve ser autorizado por acordo individual escrito ou negociação coletiva (art. 68 da CLT) e remunerado em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga compensatória (art. 70 da CLT).

Acordo individual trata-se de um eufemismo, na medida em que o ajuste pela via coletiva se mostra questionável, nesta matéria, diante do marco constitucional estabelecido pelo art. 7º, inciso XIII, autorizando a flexibilização do módulo semanal apenas na hipótese de adoção de regime compensatório. Folga compensatória não deve afastar o direito à paga em dobro pelo trabalho em domingos, na medida em que há perdas de diversas ordens ao trabalhador.

(j) intervalos em jornadas não superiores a 6h: mesmo quando prorrogada além de 6 ao dia, assegura somente o direito a 15min de intervalo (art. 71, §1º, da CLT), dando margem à redução do intervalo de 1h em até 30min por acordo individual escrito, caso o

estabelecimento mantenha refeitórios e não exija a realização de horas extras (art. 71, §3º, da CLT).

O tempo de trabalho sempre serviu de parâmetro para o respectivo tempo de descanso, por um juízo de proporcionalidade. Quanto mais desgaste, mais recuperação.

Havendo prorrogação do expediente, deve haver aumento do tempo de intervalo, se prestando, entendimento em contrário, ao estímulo do desgaste, adoecimento e acidentes.

(k) serviços com permanentes movimentos repetitivos: assegurado o direito a 2 intervalos de 10min, cada, não deduzidos da jornada, sendo um após 2h e outro, 2h antes do fim da jornada (art. 72 da CLT).

O conceito trazido pelo Grupo é complexo e restritivo, além de muito menos protetivo do que o teor anterior, assecuratório de 10min de pausa a cada 90min de serviço (art. 72 da CLT). Ignora as nuances da NR 17, notadamente quanto à adaptação das medidas de proteção não apenas na perspectiva da *qualidade* (ou “modo operatório”; no caso, o modo repetitivo) e do *tempo* do trabalho, mas também do seu *ritmo/intensidade*, dos *instrumentos e meios técnicos disponíveis* e dos *aspectos cognitivos* que possam comprometer a segurança e a saúde do trabalhador (item 17.4.1). Novamente, a saúde é rebaixada a mero aspecto da produção e menosprezado seu papel de Direito Social.

(l) trabalho noturno urbano e rural: reconhece o direito ao recebimento do adicional mínimo de 25% sobre o valor da hora diurna, assim entendida como sendo a prestada entre 21h e 5h.

Acaso levada a efeito, a sugestão acabaria com a redução da hora noturna do urbano, demonstrando a opção por pagar pela saúde do sujeito, ao invés de preservá-la. A monetização da vida granjeando espaço dispositivo a dispositivo, mudança por mudança.

Não é de hoje que uma visão economicista da jornada enquanto instituto laboral se apresenta ao Direito do Trabalho. Lembre-se o teor do art. 59 da CLT, anterior à Constituição da República vigente, pelo qual “*a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho*”.

A prorrogação poderia levar a 10 horas diárias de trabalho, previamente ajustada, individual ou coletivamente, gerando a remuneração. Tratava-se de medida excepcional e de alcance limitado no curso da relação.

Mas o extraordinário se “ordinarizou” a ponto da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) criar a figura das “horas extras habituais”, cuja supressão seria válida por ato unilateral do empregador, mediante o pagamento de uma indenização ao trabalhador. O direito à limitação do tempo de serviço sofreu uma mutação em um patamar que seu reconhecimento gera direito à reparação, nos termos da Súmula nº 291.

Nesta trilha, passaram a ser reconhecidas como válidas práticas como a do banco de horas (Lei n. 9.601/1998) e do regime compensatório em atividade insalubre pela via coletiva (Súmula nº 349 do TST), até chegarmos à Reforma de 2017 e aos arts. 611-A e B, pelos quais a irrenunciabilidade e a cogência das regras atinentes à jornada passaram a pontos parcialmente superados.

Sobre o teletrabalho, o GAET aparentemente interpretou relativamente bem o fenômeno, na perspectiva dos fatos (exceto, talvez, quanto a alguns “pontos positivos” identificados, como a “liberdade de jornada e horário” – na verdade, o teletrabalho tem revelado contextos de *exasperação indefinida de jornada*, não propriamente de “liberdade” – e a “vida familiar mais livre”). Leia-se:

“Há aspectos positivos no teletrabalho em geral para o trabalhador e o tomador: a) liberdade de jornada e horário; b) menor deslocamento físico; c) ganhos ambientais pela menor utilização da estrutura viária; d) flexibilidade e adaptação do trabalho ao ritmo do trabalhador; e) vida familiar mais livre; f) redução de custo com instalações; g) aumento de produtividade; h) trabalho em tempo real sem limites geográficos; i) inclusão de pessoas com limitações (filhos, doentes, gestantes e mulheres pós-parto, deficientes físicos e idosos). (...) Mas há pontos negativos: a) maior isolamento profissional e pessoal no trabalho; b) hiperindividualismo para sobrevivência na selva das plataformas; c) dificuldade de ação sindical (embora haja exemplos recentes, em áreas mais desenvolvidas do Brasil, de assembleias com elevadíssimo número de participantes virtuais, muito superior às reuniões presenciais); d) promiscuidade entre trabalho e família; e) menor proteção dos segredos do negócio; f) novas doenças do trabalho; g) custo maior para o trabalhador. (...) O que antes parecia ficção científica se tornou tão real que está, literalmente, na palma de nossas mãos. Como consequência, a subordinação jurídica em regra

desaparece, se transfigura e se subverte. A ordem do chefe é substituída pela ordem tecnológica, com diluição do choque hierárquico típico da gestão patronal. Tal constatação desnorteia a ideia de hierarquia, lugar e jornada de trabalho. Tornou-se obsoleta a concepção do estabelecimento como unidade técnica onde se reúnem pessoas em certos horários e sob estrutura hierarquizada, de rigidez militar. O trabalho pode ser executado sem concentração dos processos produtivos, sem horários, sem subordinação e sem local específico.”

Mas, na perspectiva da norma, não engendrou as melhores soluções. Assim, *e.g.*, a despeito da clareza do art. 6º da CLT, com a redação dada pela Lei n. 12.511/2011, consagrando a igualdade de tratamento entre quem trabalha dentro das dependências do empregador e quem atua fora, usando a tecnologia (= interface telemática), o art. 62, inciso III, da CLT, acrescido pela Reforma de 2017, levou a modalidade não ao limbo, mas ao purgatório.

Em termos práticos, a inserção de algum grupo de empregados no rol do referido art. 62 deveria significar a não aplicação do capítulo da própria CLT atinente à jornada, por uma leitura literal e tópica. Mas como justificar que a inaplicabilidade de um decreto-lei afetaria os mandamentos constitucionais, pois não apenas a limitação de horário dia a dia, mas semanal e anual têm assento na Lei Maior?

A leitura de remanescer alguma atividade humana que pelo nível de fúria ou local em que realizada não possa ou deva ser mensurada, no seio da relação de emprego, diante do estágio atual de GPS, *smartphones* e outros equipamentos não subsiste a qualquer exame.

Tanto e assim, que o Ministro Luiz Edson Fachin, vencido quanto à matéria, nos autos da Medida Cautelar na **Ação Direta de Inconstitucionalidade no 6.342/DF, em que questionados diversos artigos da Medida Provisória no 927/2020**, manifestou-se:

“Importante registrar que o artigo 7º, XIII, da CRFB estabelece que é direito do trabalhador a ‘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.’

Diante da norma constitucional supracitada, verifica-se que o art. 4º, §5º, da Medida Provisória n. 927/2020, ao estipular que ‘o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo

à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo', torna possível a disponibilidade ilimitada do empregado ao empregador, constituindo ausência total de limites de sobrejornada de trabalho, no regime de teletrabalho, o que é flagrantemente incompatível com o estabelecido no artigo 7º, XIII, da CRFB.

Aqui, entretanto, é importante registrar que o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação **no interesse exclusivo do trabalho** deve submeter-se às regras constitucionalmente estabelecidas para a jornada e sobrejornada de trabalho, sob pena de afronta direta ao que reconhecido como direito fundamental do trabalhador brasileiro, nesse particular.

Assentada esta condição, mais uma vez **pedindo escusas ao e. Ministro Relator**, voto pelo **acolhimento do pedido cautelar**, neste particular, suspendendo a eficácia do art. 4º, §5º, da Medida Provisória n. 927/2020, por afronta ao art. 7º, XIII, da CRFB.” (grifos do original)¹³

Buscando o diálogo das fontes do Direito do Trabalho, na forma prescrita no art. 8º da CLT, temos o Direito Comparado e seus exemplos. Exemplos estes não aleatórios, mas muito familiares à realidade nacional e a seu sistema normativo, como Portugal¹⁴, Argentina¹⁵, Espanha¹⁶ e, mais recentemente, Uruguai¹⁷.

Eis que a Medida Provisória nº 1.108, de 25 março de 2022, atentando não apenas aos fatos, mas aos movimentos da doutrina, da jurisprudência e

¹³ Íntegra do voto do Ministro Luiz Edson Fachin, disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-fachin-adis-referendo-mp-927.pdf>>. Acesso em: 6 abr 2022.

¹⁴ KROST, Oscar. **Teletrabalho: uma experiência do Direito Comparado entre Brasil e Portugal**, painel apresentado no **Seminário Virtual Internacional: Projetos e Impactos tecnológicos sobre o Direito do Trabalho**, promovido pela Escola da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, em 10 de novembro de 2020, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=8gerSV5RctQ>>>, a partir de 05h44min30seg. Acesso em: 6 abr 2022.

¹⁵ KROST, Oscar. **Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe**, disponível em <<https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>>. Acesso em: 6 abr 2022.

¹⁶ KROST, Oscar; TRINDADE, Rodrigo. **Teletrabalho na Espanha: redescobindo a América**, disponível em <<https://direitodotrabalhocritico.com/2021/07/27/teletrabalho-na-espanha-redescobriendo-a-america/>>>. Acesso em: 6 abr 2022.

¹⁷ KROST, Oscar. **Análise da regulação do teletrabalho na Argentina, Brasil e Uruguai**. No prelo.

do Poder Legislativo¹⁸, reconheceu, em parte, a necessária alteração do art. 62, inciso III, da CLT, para acrescentar ao sujeito “empregados em regime de teletrabalho”, a particularidade “que prestam serviço por produção ou tarefa”. Já o relatório do GAET propôs inserir após o teletrabalho a cláusula de exceção “desde que não submetidos a controle e fiscalização”. Melhor, talvez, fosse mesmo a proposta do GAET, porque nada justifica que o trabalhador por produção ou tarefa não tenha assegurado o seu direito constitucional à desconexão ou o seu direito às horas extraordinárias com adicional mínimo de 50%; aliás, nesse sentido, a já referida Súmula 340 do C. TST. Ademais, o critério de apuro de remuneração não interfere na humanidade do sujeito subordinado e, por consequência, em seu direito ao não-trabalho, à desconexão¹⁹ ou outro termo com significado similar. Diz respeito apenas a como será apurado o vencimento. Na verdade, o Governo Federal praticou uma desastrosa atecnia ao subordinar o direito às horas extras ao modo de remuneração do teletrabalhador (ou do trabalhador remoto).

Ademais, a limitação, queira ou não o legislador (CLT, art. 611-B, par. único), o controle e a fixação de patamares de jornada são medi das de higiene, segurança e segurança do trabalho, atinentes ao conceito gestáltico de *meio ambiente de trabalho*²⁰, cabendo a quem assume os riscos do negócio desenvolver, ativar e sustentar meios bastantes para provê-los e respeitá-los. Como referido em outra oportunidade, “as empresas **Pontonow e Pontomais** são apenas dois exemplos que oferecem opções para registro de horário de teletrabalhadores, por telefone fixo/móvel, smartphone ou computador, viabilizando, inclusive, o acompanhamento em tempo real pelos patrões, conforme anunciado em inúmeros sites, a exemplo de <<https://www.pontonow.com.br/>> e <<https://www.pontomais.com.br/>>”²¹.

¹⁸ Neste sentido, o Projeto de Lei n. 5.581/20, de autoria do Dep. Rodrigo Agostinho, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0z7r4xfv4vtye16osc6gi6zg5s1498879.node0?codteor=1953710&filename=PL+5581/2020>. Acesso em: 6 abr 2022.

¹⁹ Sobre o tema GOLDSCHMIDT, Rodrigo; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **Desconexão: um Direito Fundamental do trabalhador**. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2020.

²⁰ V. por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Responsabilidade civil no meio ambiente do trabalho: nexos causal, nexos normativo e teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021, *passim*.

²¹ KROST, Oscar. Teletrabalho, COVID-19 e Medida Provisória no 927/20: reduzindo distâncias entre meios e fins”. In: MOLINA, André Araújo; COLNAGO, Lorena de Mello

A preservação da higidez física e mental humana não pode ficar à mercê de ato de vontade do empregador. É Direito Fundamental e irrenunciável de trabalhadoras e trabalhadores, corolário dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana. Não se esqueça, ainda, o princípio do não retrocesso social (art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica) e a proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, ambos de *status* constitucional²².

Além disso, entendemos não haver um “teletrabalho” como categoria jurídica a justificar tratamento diferenciado e menos protetivo a quem vive do trabalho. Pode-se aventar um trabalho prestado à distância, com uso de tecnologia, cujo resultado objetivo é enviado por meios telemáticos até o destinatário final, empregador ou quem por ele for indicado. Inexiste fática e materialmente distinção entre o serviço realizado dentro e fora da empresa. Portanto, tele é a transmissão do serviço, que pode ser feito por meio físico, através de um arquivo de CD, DVD ou *pendrive*²³. Por isso mesmo, pela irretorquível violação à isonomia constitucional (CRFB, art. 5º, *caput*) e também aos direitos sociais mínimos da limitação de jornada e da remuneração das horas extras (CRFB, art. 7º, XIII e XVI), *tanto era inconstitucional* a restrição ampla do art. 62, III, da CLT, na redação da Lei 13.467/2017 – i.e., em relação a *qualquer* teletrabalhador –, como a restrição circunscrita do atual art. 62, III, da CLT, na redação da MP 1.108/2022, agora em relação aos teletrabalhadores remunerados por tarefa ou produção. E, para mais, é igualmente imprópria – e inconstitucional – a surreal equiparação, para efeitos restritivos, entre o teletrabalhador e o

200

Rezende; MARANHÃO, Ney. (Coordenadores). **Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico “Ágora Trabalhista”**: Direito e Processo do Trabalho no ano de 2020. São Paulo: OAB/SP ESA, 2020, posição 1.862-2.205/16.086 (e-book). Nota de rodapé nº 20.

²² A respeito da discriminação entre trabalhos, ver KROST, Oscar. Proibição de distinção entre trabalhos manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, Reforma Trabalhista e ‘teletrabalho’: diferenciando iguais para reduzir direitos”. In ARAUJO, Adriane Reis de; D’AMBROSO, Marcelo José Ferlin. (Coordenadores). **Democracia e Neoliberalismo**: o legado da Constituição de 1988 em tempos de crise. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 331-360.

²³ KROST, Oscar. **“Teletrabalho”: a verdade que esqueceu de acontecer**. Disponível em: <<https://direitodotrabalhocritico.com/2022/03/21/teletrabalho-a-verdade-que-esqueceu-de-acontecer/>>. Acesso em: 6 abr 2022.

“trabalhador remoto”, se entender o último como o trabalhador à distância que não executa tarefas por intermédio de necessária interface telemática.

Com efeito, dirão os entusiastas da MP 1.108/2022 que, não tendo a lei palavras inúteis (“*verba cum effectum sunt accipienda*”), agora até mesmo as velhas práticas do “*sweat system*” estariam autorizadas, sem a remuneração das horas extras. Assim, *e.g.*, um(a) costureiro(a) que prestasse serviços a domicílio (“*home office*”?), mantendo contatos esporádicos com o empregador por intermédio do telefone (e, logo, sem qualquer interface telemática típica), produzindo peças e mais peças para seu contratante e recebendo por produção, *já não teria direito a horas extras*, mercê da MP 1.108/2022... A quem em algum momento pretenda ericar essa bandeira, diga-se desde logo: *não poderia haver tese mais iníqua*, violando a mais não poder a integridade psicofísica do trabalhador e a sua própria dignidade pessoal.

O caminho virtuoso quiçá pudesse encontrar rumos na legislação portuguesa. O Código do Trabalho (Lei n. 7/2009) português, com efeito, prevê que **(a)** o teletrabalho deve ter necessárias *condicionalidades* (clausula expressa; identificação formal das funções a desempenhar e do superior hierárquico; distribuição das responsabilidades pela instalação, manutenção e despesas dos instrumentos de trabalho); **(b)** o teletrabalho deve se sujeitar a um imprescindível *regime de garantias* (direito de retratação e de recondução do trabalhador comum; igualdade de tratamento; garantias especiais de privacidade e de inviolabilidade domiciliar; política própria de saúde, higiene e segurança do trabalho); **(c)** o teletrabalho deve se guiar pela normatividade ínsita ao princípio da isonomia entre todas as modalidades de trabalho, de forma que “[o] *trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional*” (art. 169º, 1); **(d)** o teletrabalho deve ser desenvolvido em condições de ampla e irrestrita *informação/formação*, de modo que, “[n]o âmbito da formação profissional, o empregador deve proporcionar ao trabalhador, em caso de necessidade, formação adequada sobre a utilização de tecnologias de informação e de comunicação inerentes ao exercício da respectiva actividade” (art. 169º, 2); e, por fim, **(e)** o teletrabalho não pode ser um fator de *alienação coletiva*, razão pela qual “[o]

empregador deve evitar o isolamento do trabalhador, nomeadamente através de contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores” (art. 169º, 3). Cabe lembrar, a propósito, que, pela via do art. 8º, *caput*, da CLT, o “direito comparado” (*rectius*: as fontes formais do direito estrangeiro) pode funcionar como *fonte formal subsidiária* do Direito do Trabalho brasileiro²⁴.

Eis a boa senda. Não tem sido essa, porém, a *nossa* vereda. E nem deverá ser, a seguirmos os passos sugeridos pelo Grupo de Altos Estudos do Trabalho pautou seu relatório.

4 CONCLUSÕES

A “reforma” da CLT causada pela Lei n. 13.467/2017 teve por fundamento “modernizar” e “desburocratizar” a legislação protetiva. Objetivou, com isto, a ampliação da competitividade das empresas e de seu poder de investimento, gerando empregos.

202

O que se viu foi exatamente o contrário, com aumento da informalidade e da precarização, com queda do poder de compra dos salários. Considerando necessária a continuação deste processo, a Secretaria Especial e Previdência e Trabalho do Ministério da Economia criou o Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET), visando estabelecer pontos da legislação trabalhista merecedores de novas “adequações”, atuação da qual foi elaborado um relatório.

O exame das sugestões apresentadas pelo coletivo sobre a normatividade afeta à duração do trabalho e ao teletrabalho dão conta de seguirem o receituário de desproteção, fragilização e menoscabo da limitação horária como medida de preservação da saúde. Apresentam um viés único de que menos tutela à pessoa gera mais riqueza e esta se reverte em atividade produtiva/empregos.

Aos cultores e operadores do Direito, diante deste cenário de desconstrução de mais um alicerce do Estado de Bem-Estar idealizado pelo constituinte originário, cabe decidir entre seguir vivenciando passivamente este fenômeno ou mudar a rota.

²⁴ Cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho**: O contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral: Abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010, *passim*.

Para tanto, essencial o resgate e a compreensão dos princípios do direito do trabalho, verdadeira razão de ser no mundo, ancorados nos controles de constitucionalidade e convencionalidade, inspirados, ainda, nas experiências do Direito Comparado (CLT, art. 8º, *caput*). Sem isto em mente, talvez deixe de existir motivo ou razão para que o Direito mantenha vivo um ramo autônomo para regular e disciplinar o trabalho humano e a dignidade do sujeito que dele tira o sustento. Restará aceitar, sem resistência, a sentença anunciada há alguns anos por Zygmund Bauman: “*O velho limite sagrado entre o horário de trabalho e o tempo pessoal desapareceu. Estamos permanentemente disponíveis, sempre no posto de trabalho*”. De fato, tem sido assim, especialmente no teletrabalho: eis o novo “ser”, cujo parto foi antecipado pela pandemia do Sars-Cov-2. Para esse novo ser, qual será o correspectivo “dever ser”?

Com a palavra, o genuíno juslaboralismo.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- BORGES, Altamiro; LOGUERCIO, Antônia Maria Vieira. **Questões Polêmicas sobre a jornada de trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, 2009.
- CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: LTr, 1994.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho**: O contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral: Abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Responsabilidade civil no meio ambiente do trabalho**: nexos causal, normativo e teoria da imputação objetiva. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021, FILGUEIRAS, Vitor Araújo. “**É tudo novo**”, **de novo**: as narrativas sobre grandes mudanças no mundo do trabalho como ferramenta do capital – 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2021.
- GIL, Rosângela; GIANOTTI, **1º de Maio**: dois séculos de lutas operárias. Rio de Janeiro: Núcleos Piratininga de Comunicação/Cadernos de Formação, 2005.
- KROST, Oscar. **Teletrabalho: uma experiência do Direito Comparado entre Brasil e Portugal**, painel apresentado no **Seminário Virtual Internacional**: Projetos e Impactos tecnológicos sobre o Direito do Trabalho, promovido pela Escola da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, em 10 de novembro de 2020, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=8gerSV5RctQ>>>, a partir de 05h44min30seg. Acesso em: 6 abr 2022.

KROST, Oscar. **Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe**, disponível em <<https://direitodotrabalhocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>>. Acesso em: 6 abr 2022.

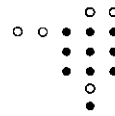
KROST, Oscar. Análise da regulação do teletrabalho na Argentina, Brasil e Uruguai. No prelo.

KROST, Oscar; TRINDADE, Rodrigo. **Teletrabalho na Espanha: redescobrimo a América**, disponível em: <<https://direitodotrabalhocritico.com/2021/07/27/teletrabalho-na-espanha-redescobrimo-a-america/>>>. Acesso em: 6 abr 2022.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Grupo de Altos Estudos do Trabalho**, disponível em <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-nacional-do-trabalho/comissoes-e-grupos-de-trabalho/grupo-de-altos-estudos-do-trabalho-gaet>>. Acesso em: 31 mai 2022.

PRITSCH, César Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho**: atualizado conforme o CPC 2015 e a reforma trabalhista. São Paulo: LTR, 2018.

SEVERO, Valdete Souto. **Crise de Paradigma no Direito do Trabalho Moderno**: a jornada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.



A VACINAÇÃO CONTRA O NOVO CORONAVÍRUS E AS RELAÇÕES DE EMPREGO: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE DISPENSA DO EMPREGADO POR RECUSA À VACINA E OS DEVERES DOS EMPREGADORES E DOS EMPREGADOS FRENTE À VACINAÇÃO E AOS CUIDADOS DE SAÚDE E HIGIENE PARA PREVENÇÃO DA COVID-19

Hélio Henrique Garcia Romero¹

Resumo: Com a pandemia do Novo Coronavírus, os juristas se viram obrigados a dar soluções a problemas que nunca haviam enfrentado, em uma velocidade mais rápida que o Poder Legislativo era capaz de fornecer respostas. Uma dessas dúvidas é: pode o empregador dispensar por justa causa um empregado que se recuse injustificadamente a se vacinar?. Este artigo visa responder ao questionamento com base na Constituição, nas leis, nas normas regulamentadoras e na jurisprudência atualmente disponíveis. Na introdução do texto, é apresentado o contexto sanitário e político atual. Na primeira parte do desenvolvimento, são expostas as normas de regência da questão da segurança sanitária nas relações de trabalho, até então suficientes para os dilemas enfrentados. Na segunda, é trazido o teor da Lei n. 13.979/2020, que estipula a possibilidade da vacinação compulsória, e a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587, diante do questionamento face à liberdade individual e à autonomia da vontade. Na discussão, são expostas diferentes decisões dadas por juízes sobre a questão da vacinação, uma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e a outra do juízo de Gaspar (SC), reformada em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A conclusão é de que o empregador pode e deve exigir a vacinação de seus empregados, respeitadas balizas constitucionais e legais. Sendo dever constitucional do empregador

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro (UENP). Juiz do trabalho titular da 1ª Vara do Trabalho de Brusque (SC). Diretor do Foro do Trabalho de Brusque (SC). Juiz do trabalho convocado para atuar no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) desde março de 2017. Mestrando em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

garantir a segurança e a saúde no trabalho, e permitindo a CLT que instrua os empregados, através de ordens de serviço, sobre as precauções necessárias, poderá exigir que os empregados se vacinem, sob pena de caracterização de mau procedimento destes, passível de dispensa por justa causa. Nesse caso, o direito à saúde prevalece em face dos direitos individuais invocados, cabendo ao empregador a sua parte para a segurança de todos, sob pena de ter que responder e indenizar por eventual contaminação e até mesmo óbito por patógeno contraído no ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Vacinação. Pandemia. Justa Causa.

1 INTRODUÇÃO

Muito antes da pandemia do COVID-19, já havia um imaginário de como seria um ataque viral. São vários os filmes com essa temática, dentre os quais *12 Monkeys*², que contou com atores como Bruce Willis, Madeleine Stowe, Christopher Plummer e Brad Pitt, e que, por sua vez, já é uma reinterpretação de um filme mais antigo, de 1962, chamado *La Jetée*³. Mais recente, em 2011, há outra obra cinematográfica intitulada *Contágio*⁴, com atores de relevo internacional, como Matt Damon, Gwyneth Paltrow, Kate Winslet, Lawrence Fishburn, Marion Cotillard e Jude Law. Enquanto *12 Monkeys* conta uma história pós-apocalíptica, *Contágio* se destaca por ter rigor científico na narrativa.

O filme adquiriu relevo não somente pela temática, mas porque retrata um combate eficaz do vírus por uma vacina. Outra coincidência é que o agente patógeno daquela história, intitulado MEV-1, é oriundo de morcegos, que tiveram seu habitat natural destruído e passaram a viver mais próximo dos seres humanos – o que se especula que possa ter ocorrido também no caso do Novo Coronavírus.

² *12 monkeys*. Direção de Terry Gilliam. Estados Unidos: Universal Studios, 1995. DVD (129 min).

³ *La jetée*. Direção de Chris Marker. França: Argos Films, 1962. DVD (28 min).

⁴ *CONTAGION*. Direção de Steven Soderbergh. Estados Unidos: Participant Media, 2011. 106 min.

Contudo, mesmo os filmes não prepararam as pessoas – e nem o Direito – para aquilo que viria. De início, comentava-se que a pandemia duraria algumas semanas ou meses. Essas previsões se mostraram equivocadas, diante de vários fatores: surgimento de variantes do vírus, baixa adesão às medidas de proteção por parte da população e atrasos na vacinação. De todo modo, as vacinas contra o novo coronavírus foram desenvolvidas em tempo extremamente curto, quando comparadas com outras que foram elaboradas ao longo da história humana. O sarampo, por exemplo, teve seu vírus isolado em 1954, e uma vacina só foi aprovada em 1963⁵ (nove anos depois).

No Brasil, houve a compra de diversos tipos de vacina para aplicação, sendo as principais a Coronavac, AstraZeneca, Pfizer e Janssen. No momento da redação deste artigo, há uma perspectiva de vacinar a população de no mínimo 18 (dezoito) anos até o final de 2021.

Com isso, surge a seguinte celeuma nas relações de trabalho: pode o empregador exigir que seus empregados se vacinem contra o novo coronavírus e a COVID-19? Este artigo se dedica a responder à questão sob o ponto de vista do ordenamento jurídico vigente. Para tanto, expõe-se a previsão constitucional e a legislação ordinária sobre a necessidade de redução dos riscos no meio ambiente laboral e as medidas passíveis de serem empregadas. Disserta-se sobre os deveres dos empregados quanto à adoção das medidas de segurança. Expõe-se o teor da Lei n. 13.979/2020, que permite a vacinação obrigatória, respeitadas balizas, juntamente com a posição do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587. Sugere-se uma política interna a ser seguida pelos empregadores. Ao fim, opina-se sobre a possibilidade de caracterização da justa causa pela negativa imotivada do trabalhador em se vacinar.

⁵ PRODUÇÃO de imunizante em tempo tão breve não é regra. **Folha de Pernambuco**, 2020. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/noticias/producao-de-imunizante-em-tempo-tao-breve-nao-e-regra/165469/>>. Acesso em: 22 ago 2021.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Previsão normativa quanto à saúde e segurança no trabalho

A Constituição Federal (CF) traz a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”⁶ como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, no art. 7º, XXII. Tal norma, no entanto, pode ser entendida como de eficácia limitada⁷, pois, embora “não há [haja] norma constitucional alguma destituída de eficácia”⁸, tanto o inciso XXII como outros, como o XXIII (que prevê o adicional de penosidade), dependem de normatividade ulterior para que possam surtir efeitos. Isso porque, embora se tratem de comandos claros, são, também, demasiadamente abrangentes, e não contêm explicação do modo como devem ser efetivados, carecendo de legislação ulterior.

Assim sendo, o art. 7º, XXII da CF deve ser conjugado com a pré-existente Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), diploma pensado para relações trabalhistas de caráter eminentemente fabril e que dedica grande parte de seus preceitos à segurança e à higiene no trabalho. Para além do Capítulo V, de nome “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, verifica-se que todo o diploma tem por escopo precípua o resguardo à saúde. Até mesmo a proteção mais antiga ao trabalhador, da limitação de jornada, tem por fim proteger a saúde do obreiro, para que não seja obrigado a exceder os parâmetros considerados saudáveis. Idem as férias, a redução da hora noturna, dentre tantos. Isto é, a CLT pode ser considerada como uma grande carta de proteção à saúde do trabalhador.

No que aproveita a este trabalho, destaca-se o art. 154 da CLT, que estipula que as normas do capítulo são gerais e não desobrigam da observância daquelas estaduais e municipais, tampouco especificidades previstas em convenções coletivas de trabalho (CCT). No art. 155, a CLT delega ao “órgão de

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷ Tipologia descrita em SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-87.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho”, no caso, o extinto e depois recriado Ministério do Trabalho e Previdência, estabelecer normas para a aplicação dos preceitos do Capítulo em questão. No art. 156, estabelece as competências das Delegacias Regionais do Trabalho. E, mais importante para os fins perseguidos, no art. 157, afirma que:

Art. 157 – Cabe às empresas:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

No artigo subsequente, traz os deveres dos empregados:

Art. 158 – Cabe aos empregados:

- I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;
 - II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.
- Parágrafo único – Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:
- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
 - b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Portanto, tem-se que, além de direito previsto constitucionalmente no art. 7º, XXII, a observância às normas de higiene e segurança é dever do trabalhador, decorrente da lei. O empregado tem o dever de cumprir ordens de serviço emanadas da empresa, e colaborar com a aplicação dos dispositivos no geral. A não observância das instruções expedidas sob a forma de ordens de serviço é considerada motivo para justa causa, juntamente com a recusa ao uso dos equipamentos de proteção individual, por força expressa da lei. E o dispositivo que assim estipula (CLT, art. 158, §único, “a”) não é recente, tendo sido incluído pela Lei n. 6.514, de 22/12/1977.

A partir daí, traçam-se bases mais sólidas para o seguinte argumento: a promoção da saúde, da higiene e da segurança no ambiente de trabalho é um direito-dever do empregado, com o qual deve colaborar. A partir do

momento em que o empregador edita uma ordem de serviço, e a CLT não limita a matéria sobre a qual esta pode versar, o empregado é obrigado a cumpri-la, sob pena de poder ser dispensado por justa causa.

Parte-se, então, às normas referidas na CLT, art. 155, quais sejam as Normas Regulamentadoras (NR) do Ministério do Trabalho e Previdência. A Norma Regulamentadora nº 01 (DISPOSIÇÕES GERAIS e GERENCIAMENTO DE RISCOS OCUPACIONAIS), com última mudança em 09/03/2020 (Portaria SEPRT nº 6.730), e cujo vigor inicia em 03/01/2022, traz disposições gerais, termos e definições comuns às demais normas. Afirma que as NR são de observância obrigatória pelos empregados e empregadores, urbanos e rurais, juntamente com todas as entidades do Poder Público que contem com empregados. No item 1.4.1, estipula como obrigações dos empregadores:

- a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;
- b) informar aos trabalhadores:
 - I – os riscos ocupacionais existentes nos locais de trabalho;
 - II – as medidas de controle adotadas pela empresa para reduzir ou eliminar tais riscos;
 - III – os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;
 - IV – os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.
- c) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos trabalhadores;
- d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;
- e) determinar procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho, incluindo a análise de suas causas;
- f) disponibilizar à Inspeção do Trabalho todas as informações relativas à segurança e saúde no trabalho;
- g) implementar medidas de prevenção, ouvidos os trabalhadores, de acordo com a seguinte ordem de prioridade:
 - I – eliminação dos fatores de risco;
 - II – minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas de proteção coletiva;
 - III – minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho; e
 - IV – adoção de medidas de proteção individual.

Já as dos empregados são as que seguem:

1.4.1 Cabe ao empregado:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;

b) informar aos trabalhadores:

I – os riscos ocupacionais existentes nos locais de trabalho;

II – as medidas de controle adotadas pela empresa para reduzir ou eliminar tais riscos; os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

I – os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

a) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos trabalhadores;

b) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;

c) determinar procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho, incluindo a análise de suas causas;

d) disponibilizar à Inspeção do Trabalho todas as informações relativas à segurança e saúde no trabalho.

e) implementar medidas de prevenção, ouvidos os trabalhadores, de acordo com a seguinte ordem de prioridade:

I – eliminação dos fatores de risco;

II – minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas de proteção coletiva;

III – minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho; e

IV – adoção de medidas de proteção individual.

As demais Normas Regulamentadoras trazem disposições muito específicas, e que fogem ao escopo deste artigo. Ressalta-se a NR-09 do Ministério do Trabalho e Previdência, que trata sobre a avaliação e o controle das exposições a agentes físicos, químicos e biológicos (este último é o caso do Novo Coronavírus). Traz como obrigação o desenvolvimento de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), no qual devem ser avaliados os riscos ambientais, com, dentre outros, a identificação dos riscos, determinação das fontes, possíveis danos à saúde e a descrição de medidas de controle. A norma afirma ainda que devem ser adotadas medidas suficientes para a eliminação, minimização ou o controle dos riscos, sempre quando constatado risco à saúde.

Os excertos ora trazidos serão debatidos na seção “Discussão”.

2.2 A autonomia da vontade?

A Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas de enfrentamento passíveis de serem adotadas no combate e controle do Novo Coronavírus. Estabelece alguns conceitos, dentre os quais que isolamento é a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” (art. 2º, I) e quarentena é “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação (...)” (art. 2º, II).

Na sequência, estipula que:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

III – determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV – estudo ou investigação epidemiológica;

V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI – restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VII – requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e

b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Atenção ao §1º do art. 3º: “As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde (...)”. Disso, depreende-se que não se podem impor restrições e medidas com base em tratamentos totalmente experimentais, devendo haver uma certeza científica razoável quanto àquilo que irá ser aplicado.

Portanto, ao mesmo tempo em que estabelece diversas possibilidades para o enfrentamento do vírus, incluindo no art. 3º, III, “d” a vacinação compulsória e outras medidas profiláticas, traz a baliza de que as medidas devem ser determinadas com base em evidências científicas.

Daí adviria o fundamento da vacinação obrigatória, juntamente com a possibilidade de impor a empregados e servidores a medida – o princípio da legalidade (Constituição Federal, art. 5º, II). Tratando-se de dever insculpido em lei federal, as pessoas deveriam se submeter à vacina sem questionamentos, desde que respeitado o §1º do art. 3º da lei em comento.

No entanto, nada é tão simples no ordenamento jurídico, visto haver o direito individual da liberdade (Constituição Federal, art. 5º, *caput*) e diversos outros correlatos, como o da liberdade de consciência e crença (CF, art. 5º, VI). Tais preceitos têm hierarquia superior à lei federal. Restaria saber se, no caso em questão, a liberdade individual estaria sendo violada pela vacinação obrigatória.

Tal celeuma foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586⁹ e 6.587¹⁰. Na primeira, de autoria do Partido Democrático dos Trabalhadores (PDT), ficou decidido que a vacinação obrigatória não pode contemplar medidas “invasivas, aflitivas ou coativas”, em decorrência da intangibilidade do corpo humano. É necessário o expresso consentimento informado do

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgado em 17 dez 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>>. Acesso em: 9 out 2021. Vencido, em partes, o Ministro Nunes Marques.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Julgado em 17 dez 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>>. Acesso em: 9 out 2021. Procedente em parte.

paciente. No entanto, respeitadas essas condições, a previsão de vacinação obrigatória afigurar-se-ia legítima.

Ou seja, por óbvio, ninguém pode forçar outra pessoa a se vacinar, coagindo fisicamente ou moralmente a pessoa a tomar a injeção. Entretanto, são legítimas medidas indiretas para levar à vacinação em massa, por decorrência do direito à saúde e à vida.

A tese firmada é a que segue:

I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Assim, o que prevaleceu foi o entendimento em prol das medidas indiretas de obrigatoriedade da vacina, desde que respeitadas os parâmetros científicos. Isso decorre da prevalência do direito à vida sobre os demais, sendo superior a qualquer interesse diverso. A autoridade pública deve ter papel ativo quanto a isso, agindo em prol da coletividade.

Portanto, o Superior Tribunal Federal decidiu que a imunização pode e deve ser alcançada mediante restrições indiretas, observada a razoabilidade e a proporcionalidade. Nisso, subentende-se incluída a possibilidade de os estados e municípios imporem restrições e medidas disciplinares aos profissionais que se recusam a se vacinar; e, não só como parte dessa lógica, mas também pelos artigos mencionados da Constituição, da CLT e das normas regulamentadoras, os empregadores poderão dispensar o empregado por justa causa pela não vacinação.

2.3 Discussão

Pelo exposto da análise normativa, não há, na Constituição, em lei ou em norma, autorização expressa para que o empregador obrigue o empregado a se vacinar. Antes da pandemia do Novo Coronavírus, de certo não havia tão específica preocupação. E até o Poder Legislativo editar lei específica nesse sentido, que ainda assim pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, não haverá lei que autorize, com plena segurança jurídica, que o empregador imponha essa obrigação sobre o empregado.

Ao mesmo tempo, vários dos preceitos normativos transcritos induzem à uma conclusão com bastante certeza de que o empregador tem o poder de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” (CLT, art. 157). Segundo as Normas Regulamentadoras, ele tem a incumbência, ou, em outras palavras, a obrigação de eliminar fatores de risco, ou minimizá-los, mediante adoção de medidas de proteção coletivas e individuais (NR-01, 1.4.1, “g” e itens).

Ao empregado, por sua vez, cabe a observância às referidas ordens de serviço (CLT, art. 158, I) e colaborar com o empregador na observância das normas de proteção à saúde e à segurança dele e dos demais trabalhadores (CLT, art. 158, II), sob pena de configuração de falta passível de resolução contratual por justa causa (CLT, art. 158, §único).

Sendo assim, não há disposição específica sobre a vacina; mas existe uma autorização geral para que o empregador dite o que deve ser cumprido em termos de segurança e saúde. Tal permissão genérica se justifica pela diversidade de trabalhos que são contemplados dentro da CLT, sendo que ela rege as relações de emprego, assim consideradas a partir da relação entre os particulares entre si, e não pelo trabalho exercido. Pode ser empregado desde um advogado até um técnico de enfermagem, sendo certo que o primeiro tem riscos ambientais muito diminutos em relação ao segundo.

Uma vez que a Norma Regulamentadora nº 09 impõe o dever da avaliação ambiental quando há riscos ocupacionais, e em todas as atividades presenciais e mesmo remotas há a possibilidade de contágio do empregado com o Novo Coronavírus, cogita-se se todo empregador hoje, não importa o código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), não deverá ter de elaborar PPRA, a fim de averiguar as medidas

a serem tomadas para minimização desse risco. Caso fique comprovada a contaminação no trabalho, e o empregador tenha faltado com essa incumbência, terá sua defesa dificultada.

E, como tem sido feito desde a aprovação da CLT, incumbe ao Poder Judiciário balizar os limites desse poder. Confrontada com novos desafios, a Justiça, em suas diferentes esferas, não se furtou em decidir, ora favorável ao pleito do empregador em manter a justa causa do trabalhador que se recusa em se vacinar, ora em prol do trabalhador que se furtou em fazê-lo.

Traz-se decisão¹¹ do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região, que confirmou a sentença que manteve a dispensa por justa causa sob fundamento na CLT, art. 482, “h” (“ato de indisciplina e insubordinação”). A insubordinação, isto é, recusa no cumprimento de ordem, consistiu no fato de que a auxiliar de limpeza em hospital foi orientada a se vacinar pelo Sistema Único de Saúde, mas se recusou, sendo advertida. Foi realizada nova campanha de vacinação e a reclamante, novamente foi instada a se vacinar, e não o fez, pelo que foi dispensada por justa causa. Segundo a decisão, a reclamada provou a adoção de um protocolo interno de combate ao Novo Coronavírus, e que tomou diversas medidas de prevenção contra o COVID-19. Desde modo, consignou-se o que segue¹²:

Com efeito, a vacinação em massa da população contra a COVID19 se constitui como medida emergencial que vem sendo adotada pelas autoridades de saúde pública de todo o mundo, no claro intuito de proteger a população em geral, evitar a propagação de novas variantes, bem como reduzir o contágio, diminuir as internações e óbitos e possibilitar o retorno da sociedade para as suas atividades laborativas, comerciais, empresariais, acadêmicas e familiares.

Ademais, convém destacar que o C. STF já se manifestou no sentido de que a vacinação obrigatória se afigura como conduta legítima, desde que as medidas profiláticas observem os critérios constantes do regramento supracitado, em especial o direito à informação, ao tratamento gratuito, entre outros, conforme se infere da decisão

¹¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (2. Turma). Recurso Ordinário Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472. Recorrente: Cristiane Aparecida Pedroso. Recorrido: Guima-Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda. **DEJT**: 23 jul 2021. Conhecido e negado provimento por unanimidade.

¹² Idem. Ibidem.

transcrita pelo magistrado de origem na fundamentação da sentença prolatada no primeiro grau. (...)

Acrescente-se que é dever do empregador oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho salubre e seguro, nos termos da Lei, reprimando-se que no caso vertente, a reclamada comprovou a adoção das medidas necessárias e disponibilizou aos seus colaboradores informativos sobre a necessidade de minimizar os riscos de contágio, incluindo, por óbvio, a necessidade de aderir ao sistema de imunização.

Assim, lastreados no entendimento de que o empregador tem o dever de fornecer um ambiente laboral salubre, e a reclamada em questão havia adotado todas as medidas profiláticas razoáveis à contenção da doença, a 2ª Turma do TRT2 entendeu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso.

Por outro lado, o juízo monocrático da Justiça Estadual de Gaspar (SC) recebeu pedido de segurança¹³ em caráter liminar de uma servidora pública que pedia a suspensão da exigência de vacinação imposta pelo Município através da Portaria nº 6.940/21¹⁴, que dispunha que a recusa, sem justa causa, em se submeter à vacinação contra o coronavírus caracterizaria falta disciplinar do trabalhador da educação. Além disso, o instrumento estipulava que, a partir de 10 de setembro de 2021, os trabalhadores que se recusassem em se submeter à vacinação não poderiam adentrar nas instituições de ensino e sofreriam falta injustificada ao trabalho.

217

Na decisão liminar, foi concedida em parte a segurança. A juíza responsável entendeu que:

É cediço que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto das ADIs 6586 e 6587 e do ARE 1267879, decidiu pela constitucionalidade da medida de vacinação compulsória contra a COVID-19 prevista na Lei n. 13.979/2020, desde que as medidas de obrigatoriedade **sejam indiretas e guardem razoabilidade e proporcionalidade.** (...)

¹³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mandado de segurança nº 50050783420218240025. Impetrante: Susan Theiss. Impetrado: Secretário da Educação do Município de Gaspar. Decisão liminar juntada aos autos em 17 set 2021. Concedida em parte a medida liminar.

¹⁴ MUNICÍPIO DE GASPAR. Secretaria Municipal de Educação. Portaria nº 6.940, de 16 de agosto de 2021. Dispõe sobre o ensino presencial e remoto na rede pública municipal de ensino de Gaspar, durante a pandemia do coronavírus. **Diário Oficial dos Municípios**, 20 ago 2021. Disponível em: <<https://www.diariomunicipal.sc.gov.br/site/?r=site/acervoView&id=3229016>>. Acesso em: 7 out 2021.

Com **relação à obrigatoriedade da vacinação, entendo que esta não pode ser exigida**, visto que tratam-se de vacinas ainda em fases de estudos e que necessitam de aprimoramento e de estudos de segurança amplamente comprovados e divulgados à população antes de se tornar de uso obrigatório.

Verificando em fontes oficiais é possível constatar que todas as vacinas contra covid-19 estão em fase de testes, o que configura caráter experimental. (...)

Apesar das narrativas propagadas que disseminam medo e pânico, existem mundialmente estudos e exames capazes de auferir a imunidade desenvolvida pelos pacientes recuperados da COVID-19 e que comprovam que a imunidade humoral daqueles que já tiveram a doença é maior do que a dos vacinados além de ser duradora por décadas, um desses exames é o realizado pela impetrante o IMUNOSCOV 19.

A impetrante no caso concreto apresenta **JUSTA CAUSA PARA RECUSA DA VACINAÇÃO**, pois realizou em 02/09/2021 exame laboratorial que comprova que adquiriu imunidade contra o coronavírus, conforme laudo do exame ImunoScov19 que aponta “Anticorpos Proteína S IgG: 225 U IB-BR” resultando em uma **resposta imune Humoral Pós-COVID19 de 100%. (evento 1 documento 10)**¹⁵ (Grifos conforme o original).

Ou seja, em sentido oposto ao primeiro julgado, entendeu-se que as vacinas ainda estavam em fase de experimentos, e que deveria prevalecer a autonomia da vontade no caso em questão. Havia ainda a questão de que a servidora já havia se infectado com o Novo Coronavírus e contraído imunizantes, de modo que estaria, segundo a decisão, imunizada contra a doença.

Frisa-se este trecho da decisão, em que a magistrada externa seu posicionamento quanto aos gestores da esfera pública e também quanto aos empregadores da esfera privada:

A relação de efeitos adversos originário das vacinas é tão ou mais extenso que as próprias bulas ignoradas pelas **autoridades, que no afã de salvar vidas, estão se comprometendo civilmente pelos efeitos adversos que seus servidores, população e contribuintes em geral terão a curto médio e longo prazo**, sem ao menos darem a chance das pessoas de escolher o momento adequado para se

¹⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mandado de segurança nº 50050783420218240025. Impetrante: Susan Theiss. Impetrado: Secretário da Educação do Município de Gaspar. Decisão liminar juntada aos autos em 17 set 2021. Concedida em parte a medida liminar.

vacinar. Aqui incluo a responsabilidade também da esfera privada que esteja a exigir de seus funcionários conduta semelhante sob pena de demissão, o raciocínio é o mesmo.¹⁶ (Grifos conforme o original).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, autos nº 5051681-46.2021.8.24.0000/SC, contra a decisão que deferiu a liminar. Sustentou que não se trataria de direito líquido e certo passível de impugnação via mandado de segurança (Lei n. 12.016, art. 1º, *caput*) e defendeu a ausência de plausibilidade do direito.

A 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu o recurso, afirmando que “o anseio inicial roga a **observância do direito individual à liberdade em detrimento da proteção coletiva inerente ao direito à vida**, o que não é de se admitir”¹⁷, citando outros julgados em que ficou reconhecida a legitimidade da restrição do direito à liberdade em prol da coletividade, como no caso da obrigatoriedade do uso de máscaras¹⁸. Citou também que a imposição de restrições administrativas aos servidores que se recusassem a vacinar obedeceria ao entendimento do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.586 e 6.587. Assim, deferiu o pedido de suspensão da decisão de origem formulado pelo *Parquet*.

219

Assim, vê-se que, a despeito de haver uma inclinação inicial aparente dos juízes em decidir em prol da vacinação “compulsória”, no sentido de permitir sanções para quem não adira à vacina, ainda há insegurança jurídica nesse tocante.

2.4 Guia hipotético

De volta às questões trabalhistas em sentido estrito, este foi o rol de procedimentos imaginado para guiar o empregador – **no período inicial da pandemia da COVID-19** – que lhe permitiria um maior resguardo quanto a eventuais questionamentos sobre a adoção das melhores medidas sanitárias: (1) aguardar a disponibilidade de vacinas para todos

¹⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷ Grifos conforme o original.

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 5046764-46.2020.8.24.0023. Relator: Hélio do Valle Pereira. Julgado em 10 nov 2020.

os seus empregados antes de requerer o trabalho presencial; (2) esperar a autorização das autoridades sanitárias para a dispensa de distanciamento social, uso de máscaras e álcool 70% (em gel ou líquido) no ambiente de trabalho; (3) estipular prazo razoável, a depender da disponibilidade local da vacina, para que todos os seus empregados se vacinem, antes de levantar as restrições acima no interior do estabelecimento, com comunicado visível em painel, alertando-os da impossibilidade de permanência entre vacinados e não-vacinados, por questão de saúde pública e manutenção de ambiente hígido e seguro de trabalho; 4.a) comunicar aos empregados que não apresentaram comprovante de vacinação de que estão imediatamente suspensos do trabalho por mau procedimento¹⁹ prevista no art. 482 alínea “b” da Consolidação das Leis do Trabalho, e serão despedidos por justa causa caso não apresentem o comprovante de vacinação em prazo assinado; e (5) elaborar PPRA, como exposto.

Poder-se-ia imaginar hipótese de: 4.b) separar os não-vacinados em ambiente distinto de trabalho, onde continuarão com as mesmas restrições – distanciamento social, uso de máscaras e álcool 70% – além de uso de banheiros e refeitórios distintos, e também não compartilhamento de mesmos equipamentos em turnos seguintes, mas, trata-se de medida de difícil implementação, na prática, de modo a evitar que os demais empregados fiquem expostos a possível contaminação por via aérea.

Nessa esteira, ficam claros os deveres dos empregadores e dos empregados frente à vacinação e aos cuidados de saúde e higiene para prevenção da COVID-19, minimizando os riscos de contaminação.

Observa-se que, atualmente, já se passaram as fases de “1” a “3” mencionadas – pelo menos com relação ao Coronavírus, e, mais especificamente, com relação às suas variantes então conhecidas.

É de ressaltar, ainda, que se o trabalhador fraudou informações em sua carteira vacinal, ele incide imediatamente na hipótese de dispensa por justa causa em questão. **Também não é de ignorar** que, deixando o

¹⁹ Apesar de ser um conceito amplo, pode-se definir o mau procedimento como “atos que infringem os deveres básicos do empregado, de diligência no serviço, lealdade e respeito” (GIGLIO, Wagner Drdla. **Justa causa**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1993, p. 80).

empregador de exigir o cumprimento da vacinação obrigatória dos seus empregados, ficará sujeito aos efeitos da despedida indireta capitulada na Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

c) correr perigo manifesto de mal considerável.

2.5 Iniciativas legais, regulamentares e posição do STF

Existe um projeto de lei, n. 149/21, de autoria de Carla Zambelli – PSL/SP e Mara Rocha – PSDB/AC, que possui como ementa:

Veda a caracterização de justa causa para a dispensa do empregado que opta por não receber a vacina contra o novo coronavírus – SARS-CoV-2, causador da doença covid-19, bem como caracteriza como discriminatória a dispensa sem justa causa, que comprovadamente tenha como motivação a recusa do empregado à imunização contra a covid-19.²⁰

Tal projeto encontra-se aguardando parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

221

Esse embate envolve os Poderes da República brasileira, estando o Executivo claramente contra a obrigatoriedade de vacinação, ou, pelo menos, qualquer punição a quem não se disponha a tanto.

Onyx Lorenzoni, em vídeo no Youtube²¹, explica a Portaria MTP Nº 620, de 1º de novembro de 2021, na qual o Ministério do Trabalho ingressa na discussão em tela de forma incisiva. Tal portaria considera que a não apresentação de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade não está inscrita como motivo de justa causa para resolução do contrato de trabalho pelo empregador, citando o art. 482 da CLT²².

²⁰PL 149/2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2268829>>. Acesso em: 11 jan 2022.

²¹CNN BRASIL BUSINESS. 'Não existe demissão para quem não se vacina', diz Onyx sobre portaria | CNN 360º. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2NG880KcRsI>>. Acesso em: 11 jan 2022.

²²BRASIL. Portaria MPT n. 620, de 1º de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>>. Acesso em: 11 jan 2022.

Então, por exclusão, aventura a norma regulamentar em descrever uma proibição de diversos atos que considera como práticas discriminatórias e limitadoras do acesso e manutenção da relação de emprego, mencionando, no seu art. 1º, §1º, o comprovante de vacinação, e, no §2º, de forma mais explícita:

Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação.²³

No art. 2º da mencionada Portaria existe uma descrição de medidas de orientação para fins de controlar e mitigar os riscos de transmissão da doença provocada pelo vírus SARS-CoV-2 nos ambientes de trabalho, o que inclui o respeito à política nacional de vacinação e promoção dos efeitos da vacinação para redução do contágio da COVID-19, e, no parágrafo único desse mesmo artigo, dá-se opção aos empregadores de “estabelecer políticas de incentivo à vacinação de seus trabalhadores”²⁴.

222

Na sequência, o artigo seguinte da Portaria estabelece medida que segue:

Art. 3º Com a finalidade de assegurar a preservação das condições sanitárias no ambiente de trabalho, os empregadores poderão oferecer aos seus trabalhadores a testagem periódica que comprove a não contaminação pela Covid-19 ficando os trabalhadores, neste caso, obrigados à realização de testagem ou a apresentação de cartão de vacinação.²⁵

Incorreta, portanto, a conclusão de que a Portaria MPT n. 620, de 1º de novembro de 2021 desobriga o empregado de comprovar a apresentação da determinação legal de regularidade da vacina contra o vírus SARS-CoV-2, ele estará sujeito a essa condição caso o empregador realize uma testagem periódica.

Contudo, tal determinação torna-se inócua nas disposições regulamentares do art. 4º:

²³ Idem. Ibidem.

²⁴ Idem. Ibidem.

²⁵ Idem. Ibidem.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos termos do art. 1º da presente Portaria e da Lei n. 9029, de 13 de abril de 1995, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

De uma rápida visão da norma regulamentadora, é de se pontuar que: a) é inconstitucional por ferir o art. 7º, inc. XXII; b) estabelece que o empregador pode apenas incentivar a imunidade de seus empregados por via de vacinação; c) dá caráter de ilegalidade à obrigatoriedade de apresentação de comprovante de vacinação contra o vírus SARS-CoV-2 e outras cepas virais de Influenza ou quaisquer outras epidemias ou pandemias, sejam de caráter regional, nacional ou mundial, salvo na hipótese facultativa do empregador promover testagem – gratuita, dessume-se – contra a COVID-19; d) invade reserva legal, pois excede as delimitações da CLT criando normas punitivas e **limitadoras** do direito potestativo do empregador de despedir por justa causa, deixando apenas a possibilidade de despedida sem justa causa ao obreiro; quando muito, uma despedida motivada por critério disciplinar, se estivesse em vigor reconhecido a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), diga-se *in passant*.

223

Tal situação enfrentou o óbvio crivo do Supremo Tribunal Federal na ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 898, tendo como Relator o Min. Roberto Barroso, cuja decisão liminar ficou assim ementada:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. DIREITO À SAÚDE. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PANDEMIA DE COVID-19. PORTARIA MTPS Nº 620/2021. VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE VACINAÇÃO. ATO INFRALEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Portaria MTPS nº 620/2021 proíbe o empregador de exigir documentos comprobatórios de vacinação para a contratação ou manutenção da relação de emprego, equiparando a medida a práticas discriminatórias em razão de sexo, origem, raça, entre outros. No entanto, a exigência de vacinação não é equiparável às referidas

práticas, uma vez que se volta à proteção da saúde e da vida dos demais empregados e do público em geral.

2. Existe consenso médico-científico quanto à importância da vacinação para reduzir o risco de contágio por Covid-19, bem como para aumentar a capacidade de resistência de pessoas que venham a ser infectadas. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal considerou legítima a vacinação compulsória, não por sua aplicação forçada, mas pela adoção de medidas de coerção indiretas. Nesse sentido: ARE 1.267.879, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; ADIs 6.586 e 6.587, Rel.Min. Ricardo Lewandowski.

3. É da natureza das relações de trabalho o poder de direção do empregador e a subordinação jurídica do empregado (CF, art. 7º c/c CLT, arts. 2º e 3º). O descumprimento, por parte do empregado, de determinação legítima do empregador configura justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (CLT, art. 482, h). É importante enfatizar que constitui direito dos empregados e dever do empregador a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável (CF/1988, art. 7º, XXII, e art. 225).

4. Acrescente-se, ainda, que a extinção da relação de trabalho, mesmo sem justa causa, é um direito potestativo do empregador, desde que indenize o empregado na forma da lei (CF/88, art. 7º, I). Do mesmo modo, a atividade empresarial sujeita-se à livre iniciativa e à liberdade de contratar, competindo ao empregador estabelecer estratégias negociais e decidir sobre os critérios de contratação mais adequados para sua empresa (CF, art. 170).

5. Ato infralegal, como é o caso de uma portaria, não é instrumento apto a inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações trabalhistas (CF, art. 5º, II). Tampouco pode limitar o sentido e alcance de normas constitucionais. Até mesmo a lei encontra limites na restrição de princípios e direitos fundamentais.

6. Note-se, por fim, que o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da portaria apenas restabelece o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho. Não significa, porém, que ele deva necessariamente fazê-lo, cabendo-lhe ponderar adequadamente as circunstâncias do caso concreto.

7. Deferimento da cautelar, para suspender os dispositivos impugnados. Fica ressalvada a situação das pessoas que têm expressa contraindicação médica à vacinação, fundada no Plano Nacional de Vacinação contra a COVID-19 ou em consenso científico, hipótese em que se deve admitir a testagem periódica.²⁶

²⁶ Documento assinado eletronicamente pelo(a) Min. Roberto Barroso, conforme o Art. 205, §2º, do CPC. O documento pode ser acessado pelo endereço <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>> sob o código EED5-0BB9-9646-E1BC e senha A22B-183E-CC30-630C

Tal decisão liminar do Ministro Barroso vem a corroborar toda a linha de pensamento trazida à baila no presente artigo, acrescentando, por oportuno, a citação constitucional do art. 225 que, no seu *caput*, traz a seguinte redação:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O texto da fundamentação de tal medida é longo, e dá-se com destaque:

20. É importante, ainda, ter em conta as considerações do Ministério Público do Trabalho sobre a importância de que o empregador incentive os empregados a se vacinarem. Registre-se, por importante, que o poder de rescindir o contrato de trabalho de um empregado, embora seja uma faculdade do empregador, deve ser exercido com moderação e proporcionalidade, em respeito ao valor social do trabalho, funcionando como *última ratio*.²⁷

A **razoabilidade** continua sendo o princípio norteador das relações de trabalho, não seria diferente nessa análise.

2.6 O curioso tratamento legal das gestantes

A movimentação legal mais “recente” – digamos – sobre o tema não foge à fúria legiferante do nosso Poder Legislativo, tampouco do direcionamento dado pela Presidência da República sobre tais questões.

A Lei n. 14.151, de 12 de maio de 2021, **dispunha**:

Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.

Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do *caput* deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

²⁷ Idem. Ibidem.

Portanto, o texto legal passou a garantir o afastamento da gestante ao trabalho sem prejuízo do salário, além de estipular a modalidade telepresencial para o exercício de suas atividades laborais.

Tal lei sofreu as alterações da Lei n. 14.311 de 9 de março de 2022, com a novel redação do *caput*:

Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial. (destaque atual)

O §1º continua com a possibilidade de trabalho remoto da gestante, e o §2º estipula outras modalidades de funções compatíveis com a condição gestacional. É de se observar, com atenção, o que passou a dispor a legislação:

§ 3º Salvo se o empregador optar por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º deste artigo, a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses:

I – após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2;

II – após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização;

III – mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade de que trata o § 6º deste artigo; (destaque atual)

IV – (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º Na hipótese de que trata o inciso III do § 3º deste artigo, a empregada gestante deverá assinar termo de responsabilidade e de livre consentimento para exercício do trabalho presencial, comprometendo-se a cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador.

Finaliza o legislador – *spoiler* de pérola jurídica:

§ 7º O exercício da opção a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo é uma expressão do direito fundamental da liberdade de autodeterminação individual, e não poderá ser imposta à gestante

que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela. (destaques atuais)

O legislador legisla, o juiz julga. Princípio basilar da democracia de separação de Poderes de Montesquieu. Aqui a lei já diz que a opção pela não vacinação é **legítima**, um **direito fundamental** de liberdade da autodeterminação da gestante: óbvio, estaria inserto no art. 5º da Constituição brasileira. Só faltou invocar a *First Amendment* da Constituição Norte-americana e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas, tal desforço é de todo desnecessário: tal questão diz respeito simplesmente à inconveniência, por fatores médicos, de vacinação da gestante, devido aos seus riscos desconhecidos.

3 CONCLUSÃO

Como posto no item “Previsão normativa quanto à saúde e segurança no trabalho”, a obrigação de utilização de EPI é imediata da relação de emprego, isto é, o empregador usa de seu poder diretivo da relação de emprego para exigir o uso, sob pena de ausência de continuidade na prestação das atividades laborais. Ou o empregado o utiliza, ou pode ser imediatamente dispensado do trabalho, valendo-se o empregador da progressividade de punições, desde a advertência verbal, passando posteriormente a advertência por escrito, depois suspensão do trabalho, e, por fim, despedida por justa causa.

Já a obrigatoriedade de uso de máscaras, distanciamento social, sanitização com álcool e a vacina são de caráter mediato do contrato de trabalho. Sua força obrigacional vem da Lei n. 13.979/2020. Se viesse do empregador, aplicar-se-ia a lógica de que quem pode exigir algo, pode não o exigir. Por exemplo, se o empregador quiser desobrigar o empregado de registrar o ponto, é uma situação que está a seu arbítrio, correndo depois o risco de medidas punitivas de caráter administrativo pelo Ministério do Trabalho, e judiciais, com o reconhecimento da jornada declinada na inicial. Mas esse não é o caso das medidas impositivas para combate a uma pandemia por vírus letal.

O que o empregador vai realizar, portanto, é a exigência do cumprimento de uma obrigação legal, tal como a comprovação de ter o empregado se eximido das obrigações militares.

Da leitura da Constituição pela ótica do Supremo Tribunal Federal, não se constitui um direito a possibilidade de uma pessoa trabalhar colocando em risco a vida alheia. Deste modo, quem se utiliza desse argumento para tentar se escusar da vacinação, comete impropriedade jurídica.

O empregador deve ser um co-agente do Estado no sentido de estimular a vacinação e tomar todas as medidas necessárias para a prevenção do avanço do vírus SARS-CoV-2, assim como outras ondas virais que possam atingir o território pátrio: a mais recente noticiada pela *mass media* mundial é a *Monkeypox*, varíola do macaco.

O empregado que se recusar ao cumprimento legal de vacinação poderá ser dispensado por justa causa de mau procedimento – art. 482, alínea “b”, *in fine*, da CLT – e o empregador que não submeter seus empregados a tal comprovação vacinal poderá incidir na previsão do art. 483, alínea “c”, da mesma Consolidação, ou seja, despedida indireta dos empregados que comprovarem a regularidade da vacinação, por manifesto risco de mal considerável.

A empregada gestante deve ser preferencialmente mantida em ambiente de trabalho não-presencial, salvo se estiver voluntariamente submetida à vacinação contra a COVID-19.

REFERÊNCIAS

12 monkeys. Direção de Terry Gilliam. Estados Unidos: Universal Studios, 1995. 1 DVD (129 min).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm>. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. NORMA REGULAMENTADORA Nº 01 – DISPOSIÇÕES GERAIS. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-01.pdf>>. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência. NORMA REGULAMENTADORA Nº 09 – PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-09-atualizada-2019.pdf>>. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Julgado em 17 dez 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&text=.pdf>>. Acesso em: 9 out 2021. Vencido, em partes, o Ministro Nunes Marques.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.587. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Julgado em 17 dez 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&text=.pdf>>. Acesso em: 9 out 2021. Procedente em parte.

CONTAGION. Direção de Steven Soderbergh. Estados Unidos: Participant Media, 2011. 106 min.

LA jetée. Direção de Chris Marker. França: Argos Films, 1962. DVD (28 min).

MUNICÍPIO DE GASPAS. Secretaria Municipal de Educação. Portaria nº 6.940, de 16 de agosto de 2021. Dispõe sobre o ensino presencial e remoto na rede pública municipal de ensino de Gaspar, durante a pandemia do coronavírus. **Diário Oficial dos Municípios**, 20 ago 2021. Disponível em: <<https://www.diariomunicipal.sc.gov.br/site/?r=site/acervoView&id=3229016>>. Acesso em: 7 out 2021.

PRODUÇÃO de imunizante em tempo tão breve não é regra. **Folha de Pernambuco**, 2020. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/noticias/producao-de-imunizante-em-tempo-tao-breve-nao-e-regra/165469/>>. Acesso em: 22 ago 2021.

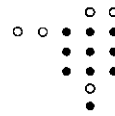
SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento em mandado de segurança nº 5051681-46.2021.8.24.0000. Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravada: Susan Theiss. Decisão interlocutória juntada aos autos em 24 set 2021. Deferida a suspensão da decisão liminar.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação nº 5046764-46.2020.8.24.0023. Relator: Hélio do Valle Pereira. Julgado em 10 nov 2020

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mandado de segurança nº 50050783420218240025. Impetrante: Susan Theiss. Impetrado: Secretário da Educação do Município de Gaspar. Decisão liminar juntada aos autos em 17 set 2021. Concedida em parte a medida liminar.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (2ª Turma). Recurso Ordinário Rito Sumaríssimo nº 1000122-24.2021.5.02.0472. Recorrente: Cristiane Aparecida Pedroso. Recorrido: Guima-Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda. **DEJT**: 23 jul 2021. Conhecido e negado provimento por unanimidade.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



O TRABALHADOR AUTÔNOMO E O RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO DO TRABALHADOR INTERMITENTE IRREGULAR

Igor Bochi¹
Guilherme Wünsch²

Resumo: O contrato de trabalho intermitente é uma atípica e especial forma de contratação que exige o cumprimento de alguns preceitos legais como requisitos de validade do negócio jurídico. De outro lado, no mundo dos fatos, o trabalho intermitente pode encontrar-se em uma zona limítrofe a determinadas espécies de trabalho autônomo, sobretudo naquelas em que há pessoalidade e expectativa de repetição dos serviços. Neste cenário, primeiramente, questiona-se a possibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego de um trabalhador sob a modalidade intermitente irregularmente enquadrado pelo empregador como trabalhador autônomo. Em segundo, questionam-se quais os efeitos da sentença condenatória atrelada à sentença declaratória do vínculo de emprego. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, em pesquisa essencialmente documental, coletando-se dados de livros, periódicos, estatísticas de órgãos oficiais e artigos. Conclui-se pela possibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego, na modalidade intermitente, quando cumpridos os requisitos da relação de emprego convencional, além das premissas basilares do trabalho intermitente. Ainda, ante a inexistência de requisitos legais essenciais à validade do ajuste, a declaração de vínculo tem como consequência a declaração de nulidade

231

¹ Mestrando no programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios pela Unisinos. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-RS (2020). Graduado em Direito (2019) e em Fisioterapia (2012) pela PUC-RS. Servidor de cargo efetivo no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região desde 2017.

² Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor do PPGD da UNISINOS. Titular da Cadeira nº 26 da ASRDT. Advogado e Consultor. Sócio do Escritório Denise Fincato Advogados Associados.

do negócio jurídico (contrato intermitente) pelo desrespeito ao art. 104, III, do Código Civil, convertendo-o em um contrato convencional (8h diárias e 44h semanais), tornando o autor credor de diferenças salariais.

Palavras-Chave: Trabalho Intermitente. Trabalho Autônomo. Declaração de Vínculo.

1 INTRODUÇÃO

A introdução do contrato intermitente criou uma especial e atípica modalidade de admissão de empregados que, em determinadas hipóteses, encontra-se em uma zona limítrofe aos contornos do trabalho autônomo. Veja-se que, no mundo dos fatos, o trabalho intermitente pode se aproximar do trabalho autônomo, especialmente pela mitigação da não eventualidade como pressuposto da relação de emprego.

Cogita-se, por conseguinte, que trabalhadores poderão laborar, de fato, como empregados sob a modalidade intermitente, mas irregularmente enquadrados como autônomos. Consequentemente, ventila-se a possibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego sob a modalidade intermitente e quais os efeitos daí decorrentes.

Utilizando-se o método de abordagem dedutivo e coletando-se dados de livros, periódicos, estatísticas de órgãos oficiais e artigos acadêmicos em pesquisa essencialmente documental, pretende-se identificar se há possibilidade do reconhecimento de vínculo desta atípica avença laboral, em juízo, e especialmente quais os efeitos decorrentes desta decisão. Registre-se que o contrato intermitente é dotado de diversos requisitos legais para sua validade e a inobservância destas normas, em virtude da manutenção de um contrato irregularmente mascarado como autônomo, cria um terreno tormentoso quanto à sentença condenatória atrelada à sentença declaratória do vínculo.

Na primeira seção, aborda-se as distinções e similaridades do trabalho autônomo e do trabalho intermitente, comparando ambos institutos. Pretende-se identificar os pontos em que ambas formas de prestação de serviços se confundem no mundo dos fatos, quais os

critérios distintivos e quais os requisitos elementares que deverão estar presentes em um vínculo de emprego no modelo intermitente. Na segunda seção, explora-se a temática concernente ao reconhecimento do vínculo de emprego pautado pelo princípio da primazia da realidade dos fatos sobre as formas, aplicando-se o art. 9º da CLT. Em seguida, discorre-se no que diz respeito aos efeitos pecuniários da sentença condenatória atrelada à declaração de vínculo de emprego na modalidade intermitente.

2 TRABALHO AUTÔNOMO E INTERMITENTE: DISTINÇÕES E SIMILARIDADES

A figura do trabalho autônomo, modalidade de trabalho extremamente comum na realidade fática brasileira, encontra previsão legal na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) após a inserção do art. 442-B pela Lei n. 13.467/17. Transcreve-se, por oportuno, a norma mencionada:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação (BRASIL, 1943).

Inicialmente, convém salientar que a equivocada interpretação meramente literal do art. 442-B da CLT concretizaria a ideia de que cumprida trivialmente a forma da contratação, mesmo que presentes os requisitos da relação de emprego, afastar-se-ia a qualidade de empregado. Esta conclusão impacta-se frontalmente com os arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, ambos da CLT (BRASIL, 1943), tratando-se de um dispositivo legal que visa a criar um negócio jurídico desvinculado da realidade fática que lhe dá ensejo.

Registre-se que o art. 593 do Código Civil (BRASIL, 2002) já regulava as relações de trabalho autônomo nestes termos: “A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo” (BRASIL, 2002). Nota-se, portanto, que o art. 593 do Código Civil adequadamente aplica-se por exclusão ao enquadramento como empregado nos moldes previstos na CLT. Neste aspecto, Maurício Godinho Delgado elucida:

Ou o obreiro é contratado como empregado, uma vez que exercerá seu trabalho com os elementos da relação de emprego, ou pode ser contratado como autônomo, caso efetivamente exerça a sua prestação de serviços sem os elementos da relação de emprego. Se for contratado como autônomo, porém cumprir o contrato com os elementos da relação de emprego, será tido, evidentemente, do ponto de vista fático e jurídico, como real empregado (DELGADO, 2017, p. 152).

Ricardo Resende também assevera que “o art. 442-B constitui flagrante tentativa de afastar a caracterização da relação de emprego em situações nas quais ela realmente existe” (RESENDE, 2020, cap. 5.5). Todavia, o autor pontua que as hipóteses de trabalhadores autônomos, assim como trabalhadores em cooperativas ou em estágios não ensejam o reconhecimento de vínculo de emprego desde que regulares. Assim, a tentativa de utilizar estes subterfúgios para disfarçar a relação de emprego ensejará a aplicação do art. 9º da CLT para excluir a forma fraudulenta de contratação (RESENDE, 2020, cap. 5.5).

234

O contrato de trabalho é um contrato realidade que mantém sua vigência independentemente da vontade das partes ou da nomenclatura que lhe é atribuída. Este é um dos preceitos basilares do direito do trabalho, fundamentado pelo princípio da primazia da realidade sobre os documentos, a ponto de sua inobservância constituir-se como fértil terreno à proliferação das mais diversas fraudes. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado conclui que a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 442-B da CLT torna imutável o conceito até então pacificado, qual seja, pouco importa o envoltório formal conferido ao contrato entre as partes, tornando-se relevante a presença dos elementos fático jurídicos da relação de emprego estabelecidos nos arts. 2º e 3º da CLT (DELGADO, 2017, p. 152).

Diante disso, pode-se evidenciar que a inserção do art. 442-B na CLT não apenas era desnecessária, mas como fixa legalmente um critério conflitante com os preceitos elementares do direito do trabalho. Dessarte, evidencia-se que a norma em comento cria nada além de uma lacuna que certamente será preenchida pela insegurança jurídica. Ademais, a Lei n. 8.212/91 também descreve satisfatoriamente o trabalhador autônomo em seu art. 12, V, “h”, como “pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não” (BRASIL, 1991).

De toda sorte, nas palavras de Ricardo Resende, o trabalhador autônomo é conceituado como aquele que presta serviços com profissionalismo e habitualidade, sem subordinação jurídica, ativando-se por conta própria e assumindo o risco da atividade desenvolvida (RESENDE, 2020, cap. 5.5). O mesmo autor ainda assevera que a habitualidade “se refere à repetição do trabalho do autônomo, e não à frequência com que presta serviços a cada um dos tomadores” (RESENDE, 2020, cap. 5.5). Outro particular a ser destacado é que o trabalhador autônomo não disponibiliza sua energia de trabalho, portanto, os contratos que firma são de resultado e não de atividade (RESENDE, 2020, cap. 5.5).

Luciano Martinez, ao pautar-se pela etimologia do vocábulo, assinala que a acepção de autonomia diz respeito ao estado em que o próprio trabalhador fixa as regras para o fornecimento de seu serviço, submetendo o tomador na medida das necessidades da consecução da atividade contratada. Em outras palavras, o trabalhador autônomo é o responsável por definir o tempo e o modo da execução daquilo que lhe foi contratado (FERNANDEZ, 2020, cap. 3.3.1).

Para Maurício Godinho Delgado, o trabalhador autônomo é um profissional que executa tarefas as quais fora contratado, possuindo razoável conhecimento técnico-profissional para o cumprimento do contrato. Esta situação, todavia, não reduz esse contrato tão somente a pessoas altamente qualificadas, fazendo-se necessário apenas o rudimentar conhecimento suficiente para a consecução da atividade sob sua própria condução. É possível a pactuação com ou sem personalidade no que se refere à figura do prestador de serviços, distanciando-se do contrato de emprego quando ajustado sem personalidade (DELGADO, 2019, p. 708).

Como exemplos de trabalho autônomo regulados pelo Código Civil, Carlos Henrique Bezerra Leite destaca a empreitada e o mandato (LEITE, 2020, cap. 2.1.1.2.3). Ainda, citam-se os profissionais liberais como o médico em seu consultório, o representante comercial autônomo e o empreiteiro, um trabalhador autônomo que figura como sujeito no contrato de empreitada (LEITE, 2019, cap. II, 3).

Conforme dados divulgados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³, o Brasil ocupa a segunda colocação, atrás apenas da Colômbia, no que concerne à taxa de trabalho autônomo⁴, mantendo 33% de seus trabalhadores enquadrados como autônomos. Os dados mostram que a Colômbia possui uma taxa de 51,3%, ocupando a primeira colocação. A título comparativo, por exemplo, a Itália dispõe de 22,5% dos trabalhadores como autônomos, ao passo que Portugal tem 16,7%, França tem 12,4% e Canadá tem 8,6% (ORGANIZAÇÃO, 2021). O percentual é mensurado com base na totalidade da população ocupada.

Em outra mão, o trabalho intermitente não demonstra um número expressivo no mercado de trabalho como o trabalho autônomo. Com base nas estatísticas divulgadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as admissões com carteira assinada de contratos de trabalho na modalidade intermitente tiveram um aumento significativo de 117,5% no ano de 2019 em comparação ao ano de 2018. No entanto, em 2019, a modalidade representava apenas 1% do total das admissões com carteira assinada (FUNDAÇÃO, 2020, p. 45).

Luciano Fernandez destaca que o argumento utilizado a justificar a adoção desta modalidade de contratação era a retirada da informalidade dos trabalhadores identificados como *freelancers*. Todavia, pautados pela análise econômica do direito, os contratantes dificilmente aderirão a esta modalidade em virtude do manifesto acréscimo em seus custos. Simplificando, para que formalizar quem nunca precisou ser formalizado? Assim, mantêm-se estes trabalhadores à margem da proteção previdenciária e trabalhista (FERNANDEZ, 2020, cap. 8.2.4).

O trabalho intermitente é uma novidade que surgiu com a Lei n. 13.467/17 e encontra sua definição no §3º do art. 443 da CLT, assim redigido:

Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços

³ *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD) (ORGANIZAÇÃO, 2021).

⁴ *Self-employment rate* (ORGANIZAÇÃO, 2021).

e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (BRASIL, 1943).

O contrato de trabalho intermitente é uma forma de avença laboral por tempo indeterminado, um contrato de trato sucessivo, ou seja, de natureza contínua, além de constituir-se como um contrato sinalagmático, onde se esperam obrigações recíprocas e equivalentes entre as partes. Verifica-se, ademais, outros requisitos como a prestação pessoal de serviços (pessoalidade), a onerosidade (remuneração percebida pelo empregado), a não eventualidade e, indubitavelmente, a subordinação jurídica.

Aloysio Correa da Veiga entende que “o contrato intermitente é um contrato escrito, subordinado, não exclusivo, de duração indeterminada, caracterizado pela alternância de períodos trabalhados e períodos não trabalhados” (VEIGA, 2018, p. 36). Percebe-se, portanto, duas características basilares do trabalho intermitente: (i) a alternância de prestação de serviços e de períodos de inatividade; e (ii) tratar-se de um contrato empregatício, ou seja, vinculando o empregado ao empregador através do liame de emprego.

Neste contexto, faz-se necessário destacar que o trabalho intermitente é uma forma de trabalho subordinado que gera vínculo de emprego, nos termos da legislação trabalhista. Logo, é preciso identificar, mesmo que de forma mitigada, todos os requisitos da relação de emprego constantes nos arts. 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943), quais sejam, não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação. Nesse mesmo sentido, Leandro Fernandez e Rodolfo Pamplona Filho dissertam:

Consistir em uma espécie de contrato de emprego significa que nele devem estar presentes os requisitos da relação jurídica de emprego, os quais podem até assumir certas feições particulares no trabalho intermitente, mas não podem deixar de existir. Este esclarecimento revela-se especialmente importante em relação ao requisito da não eventualidade, diante da ocorrência de períodos de inatividade no contrato intermitente (FERNANDEZ; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 62).

Os mesmos autores asseveram que o “eventual é o esporádico, o meramente episódico, o excepcional. E o mais importante para a adequada compreensão do tema: estamos diante do eventual quando não há expectativa de repetição” (FERNANDEZ; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 62).

Convém assinalar, assim, que o trabalho intermitente não é uma forma de trabalho eventual. Como bem elucidada Eneida Melo Correia de Araújo, o trabalho eventual é ocasional, que pode não acontecer, incerto, motivo pelo qual difere do trabalho intermitente. Neste, verifica-se a repetição, apesar de sua interrupção temporária, com a prestação de serviços cessando e recomeçando após intervalos, ocorrendo, de toda forma, com razoável previsibilidade (ARAÚJO, 2018, p. 355).

De fato, o trabalhador vinculado a um contrato intermitente permanece em inatividade aguardando o chamado do empregador para prestar serviços. Assim, quando aceito o convite, o empregado labora e recebe, ao final, a contraprestação referente aquele período. Assim, retorna à inatividade. Em outra mão, o trabalhador autônomo também aguarda o interesse do contratante em seus serviços, para então executar a tarefa a qual fora contratado e receber, em regra, ao final, a contraprestação pelo serviço.

Não se desprezam as diversas características e formalidades do contrato de trabalho intermitente e do trabalho autônomo. Mas saindo da esfera teórica, na prática, ambos ajustes podem funcionar de modo muito similar. Na mesma senda, o trabalho formalmente irregular é muito comum, sendo equivocadamente denominado como trabalhado informal. De toda sorte, salienta-se a possibilidade de trabalhadores atuarem sob o modelo de labor intermitente no mundo dos fatos, mas se encontrem formalmente vinculados a contratos autônomos. Evidentemente, o objetivo é mascarar a real relação havida entre as partes sob o pretexto da redução dos custos do contratante/empregador.

Teoricamente, um traço distintivo entre o trabalho intermitente e o trabalho autônomo é que no primeiro, o empregado vende sua força de trabalho, pactuando um contrato de atividade. No segundo, é firmado um contrato de resultado em que o trabalhador não disponibiliza a sua

força de trabalho, mas garante a execução de uma tarefa a seu modo e a seu tempo. Neste particular, percebe-se uma hipótese extremamente subjetiva, em que diversas situações navegam em uma zona limítrofe de difícil parametrização.

Neste caso, como já pacificado na jurisprudência trabalhista, a subordinação jurídica é a baliza que define o que é, em verdade, um contrato de emprego e o que é na realidade a relação de trabalho não empregatícia, justamente em virtude das similaridades que os outros elementos da relação de emprego podem ocupar nas duas formas de admissão. Em análogo sentido, Maurício Godinho Delgado destaca que a principal diferença entre o vínculo de emprego e o trabalho autônomo resume-se a dicotomia autonomia e subordinação (DELGADO, 2019, p. 708), elucidando:

A prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas. As duas figuras, como se sabe, manifestam-se no tocante ao modo de prestação dos serviços e não no tocante à pessoa do trabalhador. Autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador (DELGADO, 2019, p. 708-709).

239

Dessarte, o elemento primordial para o enquadramento da situação fática de determinado empregador como submetido a uma relação de emprego ou a uma relação de trabalho autônomo, reside na subordinação jurídica do prestador dos serviços ao contratante/empregador. Não se olvide que os outros elementos fundamentais do vínculo de emprego devem ser sopesados nesta análise, como por exemplo a pessoalidade. Todavia, pode-se assegurar com grau de certeza que o elemento marcante e definidor é a subordinação.

Em seguida, apresenta-se um quadro sintetizado e comparativo com as mais relevantes características do trabalho autônomo e do trabalho sob a modalidade intermitente:

Tabela 1 – Características do Trabalho Autônomo e do Trabalho Intermitente

Trabalhador Autônomo	Trabalhador em trabalho intermitente
Necessita do cumprimento das exigências legais	Necessita do cumprimento das exigências legais
Contrato escrito ou verbal a depender do ramo de atividade	Contrato obrigatoriamente escrito, independentemente do ramo de atividade
Contrato de resultado (o contratado não disponibiliza sua energia de trabalho)	Contrato de atividade (o empregado vende/disponibiliza sua força de trabalho)
Prestação de serviços com ou sem personalidade quanto à figura do trabalhador	Prestação de serviços necessariamente com personalidade quanto à figura do trabalhador
Trabalho com ou sem exclusividade	Permite o trabalho para apenas um ou para uma multiplicidade de empregadores, vedada a imposição de exclusividade pelo empregador
Trabalho pode ser habitual (no sentido de repetição da prestação de serviços) ou pode não ser habitual (prestação de serviço em única oportunidade)	Trabalho necessariamente habitual (no sentido de repetição da prestação de serviços, ou da expectativa de repetição, não necessariamente referindo-se a uma pré-determinada frequência)
O trabalhador permanece em repouso ou prestando serviços a outros contratantes, aguardando o contato do contratante	O empregado permanece em inatividade (em repouso ou prestando serviços a outros empregadores), aguardando a convocação do empregador
Sem subordinação jurídica	Com subordinação jurídica

Fonte: Elaborado pelo autor.

Exploradas as particularidades do trabalho autônomo e do trabalho intermitente, sobretudo em seus elementos intrínsecos de distinção, parte-se a discorrer sobre a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego do trabalhador que no mundo dos fatos atua analogamente a um trabalhador com contrato intermitente, mas, irregularmente, vincula-se ao empregador através de um contrato de prestação de serviços autônomos. Em seguida, pondera-se quais as consequências jurídicas do reconhecimento do vínculo que embasarão a eventual condenação do empregador.

3 RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO DO TRABALHADOR INTERMITENTE IRREGULAR E SEUS EFEITOS

Imagine-se uma determinada hipótese: o trabalhador presta serviços de forma habitual, mas conforme a demanda ou a necessidade do contratante. Portanto, labora apenas quando convocado, recebendo o chamado com a antecedência de alguns dias, por qualquer meio de comunicação eficaz e percebe ao final do trabalho a contraprestação. Suponha-se, então, que uma camareira de um hotel permaneça realizando suas atividades pessoais, até ser convocada, via WhatsApp, pelo gerente do hotel. Em uma oportunidade em que faltaram trabalhadores, o gerente convoca a trabalhadora para prestar uma diária de serviço com um valor predeterminado a ser pago ao final.

Neste cenário surge a possibilidade de tratar-se de uma trabalhadora autônoma ou de uma empregada vinculada a um contrato de trabalho intermitente formalmente irregular. Consequentemente, permite-se a postulação em juízo do reconhecimento do vínculo de emprego pela prestadora de serviços, presumindo-se que a contestação fundamente sua defesa ao sustentar que trata-se de um contrato de trabalho autônomo.

241

Antes de tudo, em relação à competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de casos que versem sobre o reconhecimento de vínculo de emprego, especificamente no que concerne ao enquadramento da situação fática como empregado ou como trabalhador autônomo, é pertinente salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem estabelecido um peculiar entendimento. Como regra pacificada, a competência para o reconhecimento de vínculo de emprego é da Justiça do Trabalho, examinando-se a situação fática sob a orientação dos primados do direito do trabalho, notadamente o princípio da primazia da realidade e os pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943), considerando a ineficiência da observância tão somente das formalidades do ajuste entabulado entre os interessados.

Todavia, priorizando a forma da contratação em detrimento da realidade fático-jurídica experimentada pelas partes, o STF tem afastado a competência da Especializada, declinando-a para a Justiça Comum. Cita-se, por exemplo, o Tema de Repercussão geral nº 550 e a Ação Declaratória

de Constitucionalidade (ADC) nº 48. Em que pese ambos tratem que questões atinentes à competência para processar e julgar determinados casos, pode-se verificar a maior valoração às formalidades dos contratos firmados entre as partes em comparação à relação de trabalho praticada. No Recurso Extraordinário (RE) nº 606.003/RS, tema nº 550 de Repercussão Geral, discutia-se a competência para processar e julgar as demandas que envolvessem discussões entre representantes comerciais e representadas. No caso, o representante comercial propôs ação de cobrança para receber valores referentes a comissões inadimplidas pela empresa representada. O RE interposto pela representada recebeu provimento, fixando-se a seguinte tese:

Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes (BRASIL, 2020a).

Na ADC nº 48, discutia-se, dentre outras questões, a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações entre a empresa de transporte rodoviário de cargas e o transportador autônomo de Cargas. Salienta-se que o art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.442/2007 estabelece que as relações decorrentes do transporte de cargas “são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego” (BRASIL, 2007). Neste cenário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a seguinte tese: “[...] 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista” (BRASIL, 2020b).

Com a devida *vênia*, respeitosamente diverge-se da decisão proferida. Veja-se que a relação entre o representante e a representada, bem como entre o transportador autônomo de cargas e a empresa de transporte rodoviário não necessariamente será comercial ou civil. Entre as partes não se está negociando um produto, um insumo ou um objeto, mas se está pactuando um contrato de prestação de trabalho pelo contratado. Destarte, a avença poderá constituir-se como um contrato de resultado em que o contratado assume os riscos da atividade e define a forma de execução da tarefa, ou poderá constituir-se como um contrato de atividade em que o

contratado labora subordinado aos comandos de quem lhe admite. Em ambos os casos, deste modo, trata-se de uma relação de trabalho, mesmo que não empregatícia.

Assim, reitera-se que forma-se uma relação de trabalho em sentido amplo. Ou seja, a depender do caso, pode-se estar diante de uma relação de emprego (vínculo de emprego) ou tão somente de uma relação de trabalho (sem vínculo de emprego). Todavia, trata-se inequivocamente de uma relação de trabalho em sentido amplo, o que seguramente atrai a competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, IX, da Constituição da República⁵ (BRASIL, 1988).

De qualquer forma, não obstante a direção do entendimento que o STF vem apontando, mantém-se a compreensão cristalina e pacífica de que não existe validade jurídica fictícia desconectada do suporte fático que lhe dá supedâneo. Por conseguinte, norteados pelo princípio da primazia da realidade sobre os documentos e sobre as formas, havendo o preenchimento dos requisitos constantes no art. 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943), estará configurada a relação de trabalho, independentemente da forma, da nomenclatura e da vontade das partes que entabularam o ajuste.

O princípio da primazia da realidade é a diretriz segundo a qual, conforme Ricardo Resende, “os fatos, para o Direito do Trabalho, serão sempre mais relevantes que os ajustes formais, isto é, prima-se pelo que realmente aconteceu no mundo dos fatos em detrimento daquilo que restou formalizado no mundo do direito” (RESENDE, 2020, cap. 3.4.2). O mesmo autor ainda destaca que este princípio é comumente utilizado para afastar as tentativas fraudulentas de mascarar a realidade, especialmente no que concerne à existência do vínculo de emprego (RESENDE, 2020, cap. 3.4.2), utilizando como base jurídica o art. 9º da CLT⁶ (BRASIL, 1943). Realça-se, por pertinente, a lição de Maurício Godinho Delgado sobre esta temática:

⁵ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] IX Outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (BRASIL, 1943).

O que distingue a relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado, de outras figuras sociojurídicas próximas, repita-se, é o modo de concretização dessa obrigação de fazer. A prestação laborativa há de se realizar, pela pessoa física, pessoalmente, subordinadamente, com não eventualidade e sob intuito oneroso. Excetuado, portanto, o elemento fático-jurídico pessoa física, todos os demais pressupostos referem-se ao processo (*modus operandi*) de realização da prestação laborativa (DELGADO, 2020, p. 420).

Registre-se, em vista disso, que mesmo na hipótese de o ajuste ser pactuado entre as partes por escrito e formalmente como trabalho na modalidade autônoma, o contrato terá tão somente a presunção *juris tantum* de veracidade, podendo ser afastada pelo princípio da primazia da realidade. Em outras palavras, o trabalho autônomo não será convertido em uma relação subordinada de emprego quando regular, tanto na realidade fática quanto na jurídica. Logicamente, caso a avença seja ajustada de forma verbal, a realidade dos fatos devidamente comprovada em juízo pode conduzir o Julgador à conclusão de que no mundo dos fatos a relação havida entre as partes constituía-se como um vínculo de emprego e não como uma relação autônoma de trabalho.

Desse modo, é possível, sem dúvidas, o reconhecimento do vínculo de emprego sob a modalidade intermitente. Primeiramente, faz-se necessários os requisitos comuns do vínculo de emprego, quais sejam, (i) a personalidade na prestação dos serviços; (ii) a onerosidade; (iii) a habitualidade no sentido de expectativa de repetição do labor (não eventualidade); e principalmente, (iv) a subordinação jurídica. Em segundo, é preciso a comprovação dos elementos basilares, de fato, da modalidade intermitente, a saber: (i) trabalho não contínuo com a alternância de períodos de inatividade e de atividade; (ii) convocação do empregador para a prestação de serviços; e (iii) pagamento ao final de cada período de trabalho, seja ele diário, semanal, mensal ou em outra forma.

Os elementos fáticos necessários ao reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador irregular sob a modalidade intermitente estão sintetizados na tabela a seguir:

Tabela 2 – Elementos fáticos do vínculo de emprego do trabalhador intermitente

Requisitos Comuns	Requisitos Específicos do trabalho intermitente
Pessoalidade	Trabalho não contínuo
Onerosidade	Alternância de períodos de atividade e de inatividade
Habitualidade no sentido da expectativa de repetição do trabalho	Convocação do empregador para a prestação dos serviços
Subordinação jurídica	Pagamento ao final de cada período de trabalho, seja em horas, dias, semanas ou outro modo

Fonte: Elaborado pelo autor

Conclui-se pela possibilidade do reconhecimento de uma relação de emprego nos casos de trabalhadores que atuem, de fato, como intermitentes, sem as devidas formalidades. *A contrario sensu*, verifica-se que a Lei n. 13.467/17 ao instituir o trabalho intermitente no Brasil estreitou as possibilidades de contratação de trabalhadores autônomos. Explica-se: os trabalhadores que anteriormente à vigência da reforma trabalhista prestavam serviços nos moldes do trabalho intermitente, mas enquadrados como autônomos, agora devem ter seu vínculo adequadamente formalizado.

245

De forma simplificada, os empregadores não mais poderão manter trabalhadores autônomos prestando serviços como empregados sob o modelo intermitente, sob pena de inobservância de normas de caráter cogente, além de cometimento de fraude contra a legislação trabalhista, previdenciária e tributária. Obviamente que o cumprimento da lei não é uma faculdade do empregador, razão pela qual a formalização, com o adequado cumprimento de todos requisitos legais, dos trabalhadores sob a modalidade intermitente irregularmente enquadrados como autônomos é medida que se impõe.

Outro aspecto a ser ressaltado diz respeito à desnecessidade de exclusividade na prestação de serviço para o reconhecimento do vínculo de emprego. Em outras palavras, não há óbice ao reconhecimento do vínculo de emprego na hipótese do empregado sob a modalidade intermitente trabalhar para outros empregadores. Note-se que o §5º do art. 452-A da

CLT⁷ (BRASIL, 1943) expressamente autoriza o trabalhador a prestar serviços a outros contratantes.

Ademais, o §2º do art. 1º da Portaria nº 349/2018 do Ministério do Trabalho estabelece: “O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo” (BRASIL, 2018). Já o §2º, do art. 4º dispõe que:

Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho (BRASIL, 2018).

Logo, inexistente qualquer impedimento para o reconhecimento do vínculo de emprego de um trabalhador no modelo intermitente mesmo que este mesmo trabalhador atue como trabalhador autônomo a outros contratantes.

246

Neste diapasão, questiona-se: quais os efeitos do reconhecimento em juízo do vínculo de emprego do trabalhador na modalidade intermitente?

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado, em juízo, apenas reconhece-se a situação socioeconômica e jurídica anteriormente firmada, tratando-se, assim, de uma sentença declaratória e não constitutiva. Logo, o Poder Judiciário não produz a relação entre as partes, tão somente reconhece sua existência, já que o devedor recusa-se a cumprir a ordem jurídica de forma espontânea (DELGADO, 2019, p. 1362). Marcus Vinícius Rios Gonçalves esclarece que a sentença declaratória se limita a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, obtendo-se uma certeza jurídica, não impondo obrigações aos litigantes (GONÇALVES, 2020, cap. 3.7.3.1).

No entanto, em inexorável decorrência da sentença declaratória, a sentença condenatória impõe ao devedor a obrigação do adimplemento

⁷ Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. [...] §5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes. (BRASIL, 1943).

das obrigações não cumpridas. Marcus Vinícius Rios Gonçalves elucida que a sentença condenatória é aquela que possibilita a formação de um título executivo judicial, compelindo alguém ao cumprimento de uma obrigação inadimplida, permitindo, também, a aplicação da sanção executiva (GONÇALVES, 2020, cap. 3.7.3.1).

A declaração do vínculo de emprego, como regra, trás a reboque a possibilidade da condenação da ré ao pagamento das mais diversas verbas a depender de cada caso. Servem como exemplo parcelas como o aviso prévio proporcional, as férias vencidas e proporcionais, as gratificações natalinas, as multas dispostas nos arts. 467 e 477, §8º, da CLT (BRASIL, 1943), bem como outros direitos assegurados aos trabalhadores pela legislação trabalhista, como as horas extras e os adicionais de insalubridade ou periculosidade. Por fim, citam-se ainda rubricas previstas nos instrumentos coletivos da categoria, como o vale-alimentação ou a gratificação por tempo de serviço.

Contudo, a declaração de vínculo de emprego na modalidade intermitente tem uma particularidade. O contrato de trabalho intermitente é uma forma especial de avença laboral que exige algumas formalidades. Um exemplo, é a previsão no *caput* do art. 452-A da CLT (BRASIL, 1943) que prevê a forma escrita deste ajuste. No entendimento de Fernandez e Pamplona Filho, a forma escrita é indispensável à validade do contrato intermitente, tratando-se de forma *ad solemnitatem*, cujo desrespeito importará na declaração de invalidade do contrato, com a consequente configuração de uma relação jurídica de emprego na modalidade por tempo indeterminado em termos convencionais (8 horas diárias e 44 horas semanais), com fulcro no art. 9º da CLT (BRASIL, 1943) (FERNANDEZ; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 80).

Salienta-se que a inexistência do ajuste por escrito é apenas uma das formas que, quando inobservadas, levam a declaração de invalidade do contrato intermitente, produzindo como efeito o reconhecimento de um vínculo de emprego convencional. Quando o empregador utiliza a mão de obra do trabalhador sob a modalidade intermitente mascarando-a juridicamente como um trabalho autônomo, inúmeras exigências legais na pactuação da especial avença não serão atendidas.

Neste cenário, surgem três possibilidades. Na primeira, verifica-se que a declaração de vínculo de emprego sob a modalidade intermitente importará, pela inobservância dos requisitos legais ao ajuste, a declaração de invalidade do contrato, com a conseqüente consideração que as partes firmaram um contrato de trabalho convencional de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Em decorrência da sentença declaratória, o empregador será condenado ao pagamento da totalidade das horas que o empregado permaneceu à disposição durante toda a contratualidade (8h diárias e 44h semanais), além de outras verbas que poderão ser postuladas.

A segunda possibilidade é similar à primeira. A declaração de vínculo de emprego importará na declaração de invalidade do negócio jurídico (contrato intermitente), convertendo-o em um contrato de trabalho convencional (8h diárias e 44h semanais). Contudo, nos períodos de inatividade, entende-se que o empregado permanecerá à disposição do empregador, em casa, aguardando o chamado para a prestação de serviços em hipótese equiparada a um regime de sobreaviso. Logo, além dos demais consectários à declaração de vínculo de emprego específicos a cada situação, o empregador será condenado ao pagamento, como sobreaviso, à razão de um terço, das horas em que o empregado permaneceu em casa, à sua disposição, aguardando o chamado ao trabalho.

Na terceira, a sentença que declara o vínculo de emprego na modalidade intermitente ignora a inobservância às exigências legalmente impostas a este atípico contrato, reconhecendo a validade do ajuste faticamente firmado, mas juridicamente inadequado. Nesta hipótese, possibilita-se a condenação ao pagamento das parcelas comumente postuladas em reconhecimento de vínculo de emprego, como por exemplo verbas rescisórias, horas extras e adicionais de insalubridade ou periculosidade.

Primeiramente, com base no princípio da alteridade e no art. 2º da CLT⁸ (BRASIL, 1943), é o empregador que dirige e assume os riscos da atividade econômica, sendo o responsável pela observância das normas imperativas e pela regularidade de suas contratações. Em segundo, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza, motivo pelo qual o empregador não

⁸ Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1943).

deve colher proveitos ao deixar de cumprir normas cogentes, aplicando-lhe o disposto no art. 9º da CLT (BRASIL, 1943) como instrumento para afastar a fraude trabalhista perpetrada. Em terceiro, não há como reconhecer a validade do negócio jurídico ante a inexistência da forma prescrita em lei, de acordo com a previsão do art. 104, III, do Código Civil⁹.

Sob esta perspectiva, de pronto descarta-se a terceira possibilidade. Conclui-se que, pautado pelo princípio da razoabilidade, a segunda hipótese se constitui como a mais adequada resolução da problemática. Como elucida Maurício Godinho Delgado, a hora de sobreaviso “compreende-se o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço” (DELGADO, 2019, p. 1037). Na prática, nos períodos considerados de inatividade, ou seja, naqueles em que não houve a real prestação de serviços, o empregado manteve-se executando suas atividades pessoais, fora do ambiente laboral, aguardando o chamado do empregador, de forma intermediária entre o efetivo trabalho e o efetivo descanso.

Por conseguinte, a declaração de vínculo de emprego na modalidade intermitente importa na declaração de nulidade do negócio jurídico, trazendo como inexorável consequência a condenação do empregador ao pagamento das horas em que o trabalhador permaneceu à sua disposição, aguardando o chamado para a prestação de serviços. Trata-se de forma equiparada ao regime de sobreaviso, devendo ser remunerado à razão de um terço da hora normal de trabalho, por toda a contratualidade. Inclui-se à condenação, logicamente, os demais consectários da declaração de vínculo de emprego, como por exemplo férias proporcionais e vencidas, gratificações natalinas, depósitos de FGTS, entre outros específicos à cada relação de trabalho.

Por fim, ainda no que tange aos efeitos do reconhecimento de vínculo de emprego desta modalidade, faz-se necessário lembrar que este modelo de contratação permite o trabalho a uma multiplicidade de empregadores. De outro modo, com a declaração de nulidade do contrato intermitente com a conversão a um contrato convencional, presume-se que

⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] III – forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002).

o empregado permaneceu à disposição do empregador. Trata-se, todavia, de presunção relativa de veracidade. Logo, se devidamente comprovado a frequência e a jornada de trabalho a outras empresas, estes períodos não deverão ser considerados como tempo à disposição do empregador, podendo ser descontados do montante da condenação.

Com efeito, o contrato de trabalho intermitente é uma figura atípica de admissão que contém particularidades que, *a priori*, são conflitantes com alguns preceitos da legislação trabalhista. Por essa razão, exige-se um esforço hermenêutico para a sua compatibilização com a Constituição da República e com a própria CLT. Dessarte, esta nova modalidade, indubitavelmente, demandará grande atenção dos empregadores e dos setores de recursos humanos, aumentando a complexidade administrativa, sob pena de tornar-se um terreno fértil para a criação de considerável passivo trabalhista.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

250

Em que pese o direcionamento de algumas decisões proferidas pelo STF, tais como o Tema de Repercussão Geral nº 550 e a ADC 48, mantém-se incólume o entendimento pacificado de aplicação do princípio da primazia da realidade sobre as formas da contratação para a identificação se há, ou não, vínculo de emprego em determinada relação de trabalho. Na trilha desse raciocínio, com fulcro no art. 9º da CLT, é perfeitamente viável a declaração de vínculo de emprego do empregado, de fato, na modalidade intermitente irregularmente enquadrado como trabalhador autônomo.

Portanto, com a vigência da Lei n. 13.467/17, as possibilidades de contratação de trabalhadores autônomos foi reduzida, já que os trabalhadores que se enquadrem no modelo intermitente não podem mais ser contratados como autônomos, sob pena de cometimento de fraude à legislação trabalhista, previdenciária e tributária. Dessarte, a declaração do vínculo de emprego nestas hipóteses ventiladas é medida que se impõe ao Estado-Juiz na busca da manutenção da ordem jurídica.

No entanto, o contrato de trabalho intermitente é uma avença especial que necessita do cumprimento de diversas formalidades para a

sua validade. Um exemplo é a forma escrita, prescrita no *caput* do art. 452-A da CLT (BRASIL, 1943) e que em regra não será adequadamente observada quando o trabalho intermitente estiver disfarçado de trabalho autônomo.

Em decorrência da inobservância da forma escrita, o negócio jurídico (contrato intermitente) é inválido pelo desrespeito ao art. 104, III, do Código Civil, o que acarreta a descaracterização da avença intermitente, convertendo-a em um contrato convencional de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Presume-se, desta forma, que durante a contratualidade o empregado permaneceu à disposição do empregador, aguardando o chamado, sendo-lhe devidos os salários inadimplidos e demais rubricas consectárias.

Conclui-se, assim, que a declaração de vínculo de emprego na modalidade intermitente, como regra geral, implicará a declaração de nulidade do negócio jurídico (contrato intermitente) pelo desrespeito à forma prescrita em lei. Por conseguinte, converte-se a avença intermitente em um contrato de trabalho convencional (8h diárias e 44h semanais), considerando-se que o empregado estava à disposição do empregador aguardando o chamado para prestar serviços. Logo, a condenação do empregador ao pagamento de parcelas como os salários inadimplidos, gratificações natalinas, férias vencidas e proporcionais, além dos demais consectários específicos de cada caso é medida que se impõe.

251

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo, Vol. 85, nº 1, jan/mar 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30 nov 2021.
- BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 18 dez 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 dez 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007**. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm>. Acesso em: 18 dez 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018**. Estabelece regras voltadas à execução da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15752792/do1-2018-05-24-portaria-n-349-de-23-de-maio-de-2018-15752788>. Acesso em: 28 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48**. (2020b). Fixa a competência da Justiça Comum para processar e julgar demandas que versem sobre a relação comercial entre transportador autônomo de cargas e a empresa de transporte rodoviário de cargas. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 a 14 de abril de 2020.

252

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 606.003 Rio Grande do Sul**. (2020a) Tema 550 de Repercussão Geral. Fixa a competência da Justiça Comum para processar e julgar ações envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais. Recorrente: Feticruz Comércio e Representações Ltda. Recorrido: Lauri Antonio do Nascimento. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, 18 a 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754083819>>. Acesso em: 18 dez 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

FERNANDEZ, Leandro. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Trabalho intermitente**. Curitiba: Juruá, 2020.

FERNANDEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (não paginado).

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais. Uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. LENZA, Pedro. **Direito processual civil esquematizado**. 11ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020. *E-book* (não paginado).

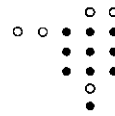
LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (não paginado).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Self-employment rate**. OCDE: 2021. Disponível em: <<https://data.oecd.org/emp/self-employment-rate.htm>>. Acesso em: 28 dez 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: método, 2020. *E-book* (não paginado).

VEIGA, Aloysio Correa da. **Reforma trabalhista e trabalho intermitente**. In: TUPINAMBÁ, Carolina. GOMES, Fábio Rodrigues. A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



TESE JURÍDICA *VERSUS* *RATIO DECIDENDI* NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Manoella Keunecke¹

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar o procedimento de formação do incidente de resolução de demandas repetitivas sob três perspectivas distintas: a influência que o antigo incidente de uniformização de jurisprudência e as súmulas têm na condução dos IRDRs nos Tribunais Regionais do Trabalho; o impacto da condução do procedimento do IRDR na validade do precedente judicial obrigatório e na sua eficácia nos processos atuais e futuros em que seria aplicado; a diferenciação entre a tese jurídica fixada no IRDR e a *ratio decidendi* a ser aplicada aos casos atuais e futuros não sobrestados.

Palavras-chave: Uniformização de Jurisprudência. Precedentes Judiciais. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Ratio decidendi*. Tese Jurídica.

255

1 INTRODUÇÃO

A partir da apresentação do *stare decisis* como norma de direito brasileiro², com os arts. 926 e 927 do CPC/2015³, é preciso saber reconhecer os precedentes judiciais obrigatórios, identificar o que neles vinculam, quais

¹ Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Pesquisadora fundadora do Observatório Brasileiro de IRDRs na Justiça do Trabalho (OBI-JT-USP), do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da USP (GETRAB-USP) e do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES-UFSC). Membro da delegação brasileira da *Internacional Society for Labour and Social Security Law*, na *Young Scholar Section*. Advogada e professora. Presidente da Comissão de Processo do Trabalho da OAB/SC.

² Tem-se, neste trabalho, que o *stare decisis* tem natureza normativa. É de uma norma que surge a obrigação dos juízes de seguirem os precedentes dos tribunais. Neste sentido: BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent. Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

³ A assertiva já foi referendada pelo STF no RE 655265, Rel. Min. Uiz Fux, Rel. para acórdão Min. Edson Facchin, Tribunal Pleno, publicação em 05/08/2016.

os suportes fáticos e argumentos jurídicos que foram considerados na decisão e investigar se o desenrolar do procedimento de formação desta decisão que servirá de precedente detém legitimidade para tanto.

Toda esta cognição acerca da formação do precedente, entretanto, não se trata propriamente de um dever da parte, que pode apenas aceitar a aplicação do precedente judicial obrigatório ao seu caso sem debate algum ou não o invocar quando o Estado-juiz deixar de aplicá-lo nas situações em que lhe seria favorável. Trata-se, em verdade, de um direito da parte, embora essa compreensão adequada pudesse ser, pelo menos, percebida como imperativo em termos de boa prática e adequada representação das partes pelos seus advogados, claro. A utilidade, naturalmente, reside nas possibilidades de invocação de autorreferência⁴ ou na argumentação de distinção em um caso posterior e, até mesmo, de provocar a superação do precedente judicial obrigatório.

Para se bem compreender o precedente judicial obrigatório de forma a emprestar utilidade às partes, antes, tem-se como pressuposto a sua perfeita formação e completude. Assim, *v.g.*, a decisão pode se dar em um procedimento de recurso repetitivo e não obrigar os juízes a seguirem-na, a despeito da inteligência do inciso III do art. 927 do CPC/2015⁵. A questão é, portanto, saber *o que torna a decisão um precedente judicial obrigatório, para além do que está superficialmente descrito na lei processual.*

O enfoque deste trabalho, portanto, se dará a partir destas ideias e recairá sobre a formação da decisão que se torna precedente judicial obrigatório, com delimitação aos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Isso porque, especialmente nestes incidentes, previamente se identificou que as lacunas existentes e os termos utilizados na lei processual permitem que sejam equivocadamente compreendidos o desenrolar do procedimento, o processo decisório e a própria decisão que formará o precedente judicial obrigatório.

⁴TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 105.

⁵Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...]; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; [...].

A hipótese é de que os tribunais intermediários demonstram resistência em se desapegar da lógica por trás do superado incidente de uniformização de jurisprudência e, por isso, conduzem o procedimento do IRDR com déficits democráticos importantes de participação em contraditório e de fundamentação analítica, manifestando a concepção do termo “tese jurídica” como uma ementa autossuficiente a estabelecer a *ratio decidendi* do precedente judicial obrigatório – tal qual eram as súmulas. Nada mais equivocado e merecedor de investigação rigorosa, o que se fará neste trabalho.

Tendo em vista que o sistema de precedentes do CPC/2015 se aplica ao Processo do Trabalho por compatibilidade e omissão clara deste⁶ – com ressalva ao incidente de recurso de revista repetitivo, que antecedeu à própria lei processual comum, mas que com ela se mantém reconhecidamente compatível pelo art. 896-B da CLT e pela IN nº 39/2016 – neste trabalho procurar-se-á dar ênfase aos IRDRs em trâmite na Justiça do Trabalho para fins de exemplificação. Como não há tratamento legal diferenciado entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho para o trâmite dos IRDRs nos tribunais intermediários e para suas decisões e há um número considerável de IRDRs instaurados e julgados na Justiça do Trabalho⁷, os exemplos servem ao presente trabalho sem, contudo, desvirtuar sua inserção e contribuição também dentro da disciplina processual cível comum.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E DISTINÇÕES IMPORTANTES

Esta secção primária tem como objetivo denunciar, a partir da identificação dos contornos atribuídos pela lei processual civil ao

⁶ KEUNECKE, Manoella Rossi. SILVA, Bruno Freire e. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua aplicação no processo do trabalho. In: NETO, José Affonso Dallegrave. GOULART, Rodrigo Fortunato (Coords.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 286.

⁷ O Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ, em 12/06/2022, denuncia a existência de 140 (cento e quarenta) IRDRs em trâmite na Justiça do Trabalho. Atrás apenas da Justiça Estadual, ocupa protagonismo na utilização desta técnica processual em relação à Justiça Federal, que tem apenas 45 (quarenta e cinco) IRDRs instaurados.

sistema de precedentes brasileiro, a sua *distinção em relação às súmulas* – com a compreensão necessária sobre os limites de coexistência – e ao antigo incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC/1973). Tudo para que se possa ter premissas bem estabelecidas sobre o papel e a lógica dos precedentes judiciais obrigatórios e, por isso, também dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, capazes de, na secção primária subsequente, serem articuladas sob a ótica do desenvolvimento do *iter* procedimental e da decisão judicial.

2.1 O ponto de partida: o sistema de precedentes, suas razões de ser e o rol do art. 926 do CPC/2015

Precedente é a decisão judicial que pode servir como fonte de norma jurídica.⁸ Havendo decisão judicial, há também precedente judicial, que pode ser qualificado como persuasivo ou obrigatório segundo a eficácia que a legislação processual, em consideração ao órgão que o emanou e aquele que irá decidir, atribui à norma jurídica gerada pelo precedente.

258

O precedente persuasivo não precisará ser observado pelos julgadores nos casos seguintes, que poderão dele dissuadir sem incorrer em erro. Esta espécie de precedente serve, portanto, apenas como argumento de persuasão no caso subsequente, como o próprio nome sugere.⁹ Diferentemente, o precedente obrigatório servirá como modelo determinante para decisões judiciais posteriores, sob pena de o julgador incorrer em erro no julgamento conforme o direito.

No entanto, como antecipado, não há precedente essencialmente obrigatório ou persuasivo, pois sua qualidade sempre dependerá da perspectiva subjetiva a qual a eficácia recai.¹⁰ O precedente do Tribunal Superior do Trabalho, *v.g.*, em decisão de recurso de revista repetitivo

⁸ Adota-se o conceito de MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 92.

⁹ Mantém-se intacto o conceito de jurisprudência, que é constituída por precedentes em um sentido semelhante ao longo de considerável período temporal. Neste sentido: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, p. 133-134.

¹⁰ Neste sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 5.

será obrigatório para os Tribunais Regionais do Trabalho e para os juízes do trabalho, mas não o será para o Supremo Tribunal Federal. Para ele, o precedente será persuasivo. O precedente do Tribunal Regional do Trabalho em decisão de IRDR obrigará, horizontal e verticalmente¹¹, apenas os órgãos julgadores desta jurisdição, mas não outros Tribunais Regionais do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal. Para eles, o precedente será persuasivo. Eis a relatividade da eficácia do precedente.

Em termos de legislação, embora tenha havido mudanças significativamente negativas durante o processo legislativo que culminou no CPC/2015 no que toca aos precedentes judiciais obrigatórios¹², ainda é possível afirmar que seus arts. 926 e 927, somados ao princípio da segurança jurídica, contemplam o *stare decisis* brasileiro. Será preciso, é certo, um esforço doutrinário e jurisprudencial para melhor extrair a eficiência dos institutos, no intuito de concretização dos escopos de segurança jurídica, igualdade e eficiência que fundamentam o sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

No que toca à segurança jurídica, o *caput* do art 926 do CPC/2015¹³ prevê expressamente o dever geral do Estado-juiz em garanti-la através de deveres individualizados: dever de uniformização, de estabilidade, de integridade e de coerência. O Tribunal, assim, passa a ter o dever de adotar posição jurídica unívoca, ainda que seja dividido em vários órgãos e que seus desembargadores tenham a prerrogativa de independência funcional. Há, portanto, o *dever de uniformização* sobre a interpretação e aplicação do direito e, na sequência, o *dever de estabilidade* dos precedentes judiciais obrigatórios já estabelecidos, que implica na tendência de serem perenes e somente alterados mediante justificativa adequada, segundo as regras de

¹¹ Tratando da eficácia obrigatória vertical: CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*. Standford, 1994, v. 46, p. 823-825 e DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 28.

¹² Os precedentes perderam o capítulo próprio e voltaram para as disposições gerais do Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originários dos tribunais”) do Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, localizados na Parte Especial. O art. 927 perdeu a referência aos princípios.

¹³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

superação. Isso porque, se os precedentes judiciais obrigatórios servem como norma de conduta, mudanças na sua orientação não podem ser abruptas ou incautas, devendo, inclusive, considerarem a necessidade de prever-se, em conjunto, regras de transição (art. 23 da LINDB)¹⁴.

Enquanto perdurarem, os precedentes judiciais obrigatórios consistem em um discurso do Poder Judiciário para a sociedade, que precisa ser coerente e, por isso, importa no dever de autorreferência pelos Tribunais. É preciso que considerem o que foi dito anteriormente e que se justifique dissensos internos e externos. Este *dever de coerência* é, ao que parece, muito próximo do *dever de integridade* das decisões e dos precedentes judiciais obrigatórios, que se refere à relevância da unidade do direito. A ideia é que a previsibilidade das decisões e dos precedentes advenha do fato de serem baseados em normas jurídicas e não na propensão dos indivíduos que os julgam, de modo que o *stare decisis* acabe reforçando a própria noção de Estado Democrático de Direito porque transcende os julgadores.¹⁵

260

Estabelecidos os deveres individualizados decorrentes do dever geral de segurança jurídica na atuação judicial pelo art. 926 do CPC/2015, o dispositivo subsequente regulamenta, então, os instrumentos processuais pelos quais aqueles se cumprem no ordenamento jurídico brasileiro. Fora os incisos I e II, que indicam os precedentes judiciais obrigatórios formados nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e em enunciados de súmula vinculante, os demais incisos são, propriamente, inovação legislativa.

Tornaram-se precedentes judiciais obrigatórios, assim, a razão de decidir estabelecida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência. Embora o inciso III utilize o termo “acórdãos”, a leitura que se faz é pelo efeito vinculativo da *ratio decidendi* presente nos acórdãos e não dos acórdãos em si, que, em muitos Tribunais,

¹⁴ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*, Michigan law review, v. 111, n. 1, 2008, p. 14-15.

resolvem propriamente o caso-piloto.¹⁶ O mesmo inciso III inclui, também, as *rationes decidendi* em decisões de recursos extraordinário e especial repetitivos. Neste ponto, a lei nº 13.015/2014 já havia antecipado o recurso de revista repetitivo como precedente judicial obrigatório no Processo do Trabalho, que faz analogia ao recurso especial repetitivo.¹⁷

Observação similar à situação do termo “acórdãos” para os IRDRs e IACs serve também ao uso do termo “enunciados” no inciso IV ao se referir à eficácia vinculativa das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. De fato, não é o enunciado o precedente judicial obrigatório por si só. Ele somente assim o é nos limites definidos na *ratio decidendi* dos precedentes persuasivos que motivaram sua criação – interpretação esta que se aproveita da própria orientação do §2º do art. 926 do CPC/2015 para a edição dos enunciados de súmula.

Ao final, o inciso V prevê que as *rationes decidendi* das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial dos Tribunais obrigarão, como precedente judicial obrigatório, o próprio Tribunal, os juízes e os Tribunais hierarquicamente inferiores^{18,19}. O plenário e o órgão especial, entendidos

¹⁶ Considerações similares são pontuadas por MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. cit., p. 381.

¹⁷ A eficácia obrigatória do recurso de revista repetitivo advém, em primeiro lugar, da interpretação *a contrario sensu* do §16º do art. 896-C da CLT (“§16º. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.”) e, em segundo lugar, do art. 896-B da CLT (“Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”).

¹⁸ A melhor interpretação sobre o inciso V do art. 927 do CPC/2015 é aquela que compreende o trecho “aos quais estiverem vinculados” de forma extensiva, considerando, *v.g.*, os juízes trabalhistas de piso vinculados ao precedente judicial obrigatório estabelecido por órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho. Interpretação restritiva, que considerasse apenas à vinculação do órgão imediatamente superior não é compatível com o dever de segurança jurídica imposto aos atos judiciais na perspectiva da uniformização e coerência.

¹⁹ As súmulas de Tribunais intermediários não são compreendidas como precedentes judiciais obrigatórios. Em sentido contrário, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho considerou, na IN nº 39/2016: Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, §1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte: I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e

como órgãos máximos sobre determinada matéria²⁰, assim, detêm a tutela exclusiva do dever de uniformização.

2.2 Separando o joio do trigo: as súmulas

Que se estabeleça de pronto: *enunciados de súmulas de jurisprudência dominante não são precedentes judiciais obrigatórios*, embora os §§1º e 2º do art. 926 do CPC/2015 insistam em lhes dar tratamento.²¹ Apenas os enunciados de súmulas vinculantes, de súmulas do STF em matéria constitucional, de súmulas do STJ e do TST em matéria infraconstitucional, porque adquiriram a eficácia obrigatória pela incidência dos incisos II e IV do art. 927 do CPC/2015, podem sê-lo.²² Em ambos os casos, os precedentes persuasivos paradigmas serão o elemento da hipótese fática da norma que permite a edição destas súmulas e a necessidade de se editá-las, vinculantes ou não, se dá, justamente, pela inexistência de um precedente judicial obrigatório prévio. Afinal, se este existir, as súmulas perdem a importância²³.

262

Como explicar, então, a simultânea aposta do CPC/2015 nas súmulas e nos precedentes judiciais obrigatórios?

VI do §1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas: [...]. d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, §6º); [...]. Aliás, o §6º do art. 896 da CLT, a que se refere a IN nº 39/2016, nem mais vige hoje. Foi revogado pela Lei n. 13.467/2017. Assim, não concordamos com MIESSA, Élisson. *Curso de direito processual do trabalho*. Salvador: Juspodvm, 2022, p. 757.

²⁰ Estende-se a previsão para alcançar as seções especializadas competentes para uniformizar a jurisprudência dos tribunais, nos termos da alínea “e” do inciso I do art. 15 da IN nº 39/2016.

²¹ §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

²² E, ainda, o serão “Somente se o extrato representado no enunciado da súmula corresponder ao conteúdo dos precedentes, haverá respeito aos precedentes e as súmulas poderão ter, neste caso, a eficácia vinculante acrescida.” (ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 927 do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322).

²³ “[...] bastaria uma única decisão, que formasse o precedente para que se tenha eficácia obrigatória, desimportante, portanto, sua consolidação em um enunciado curto e abstrato.” (MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. cit., p. 376).

Há quem entenda que a operação destes instrumentos se dá de forma muito diferente²⁴. Para a operação do precedente judicial obrigatório, requer-se-ia uma leitura atenta da fundamentação, com a identificação analítica do liame fático que atrairá a *ratio decidendi* nos casos futuros. O mesmo ocorre para que haja a distinção ou a superação do precedente judicial obrigatório, que pode, ao longo do tempo, ser reconstruído, melhorado, ampliado pelos novos contornos provenientes dos casos que lhe são subsequentes, fruto do esforço argumentativo das partes acerca da incidência ou não da *ratio decidendi* a sua específica situação²⁵.

Distintamente, a súmula se traduziria num breve e abstrato enunciado de texto com direcionamento jurídico, que, embora facilite sua aplicação e reduza complexidade, traria um déficit considerável na racionalidade da operação de sua aplicação, tal qual a práxis consolidou. É certo que não seria difícil identificar-se situações em que enunciados de súmulas de jurisprudência dominante não descrevam qualquer suporte fático ou que não guardem exata correspondência com a *ratio decidendi* dos precedentes persuasivos paradigmas e acabem por tomar vida própria, incidindo nos casos como se norma fossem e, por isso, engessando os discursos para a evolução da matéria^{26,27}. Daí que os enunciados de súmulas podem mesmo ser textos que buscam a morte da hermenêutica, especialmente a depender da leitura que se faz sobre a sua aplicação nos casos concretos.

²⁴ REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão: de como súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, a. 38, v. 220, p. 212-216.

²⁵ É a lei recebendo de volta a força que projetou sobre os fatos. (MESQUITA, Jose Ignácio Botelho de. Da uniformização da jurisprudência – uma contribuição para seu estudo”. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, p. 218).

²⁶ A exemplo dos enunciados de súmula nº 622, 625 e 626 do STJ exemplificados por GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, nº 10, p. 44-45.

²⁷ Não é à toa que, no Processo do Trabalho, a Lei n. 13.467/2017 tentou frear a edição de enunciados de súmula que representassem ativismo judicial ou a extrapolação no exercício do dever de uniformização de jurisprudência dominante: “§2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

Se considerar-se que as súmulas de jurisprudência dominante, embora não sejam de observância obrigatória, devem ater-se às circunstâncias fáticas e às soluções jurídicas²⁸ dos precedentes persuasivos que motivaram sua criação também no momento de aplicação ou de distinção, para além do momento de sua edição, a perspectiva é boa. Essa, talvez, seja a única interpretação sobre o §2º do art. 926 do CPC/2015 capaz de explicar a coexistência harmônica entre o sistema de precedentes judiciais obrigatórios, incluindo a súmula vinculante e as súmulas de jurisprudência dominante. Aliás, talvez essa seja a interpretação que melhor conviva com a exigência dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015, pelos quais a decisão judicial deve, ao invocar ou afastar precedente judicial obrigatório, enunciado de súmula de jurisprudência dominante ou vinculante, identificar seus fundamentos determinantes (leia-se *ratio decidendi*) e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta ou não àqueles²⁹.

Caso se compreenda que, para as súmulas de jurisprudência dominante e os precedentes judiciais obrigatórios, é preciso voltar-se à *ratio decidendi* dos precedentes – precedentes persuasivos apenas no caso das súmulas – para que se possa perfeitamente aplicá-los nos casos subsequentes, a grande diferença entre os instrumentos residirá, *para além da eficácia obrigatória e decorrências, apenas no procedimento que os estabelece e no modo de proclamação*.

Para as súmulas, o procedimento será previsto na Constituição Federal, nos regimentos internos dos Tribunais e na alínea “f” do inciso I e §4º do inciso II do art. 702 da CLT³⁰ e a proclamação será por ementa;

²⁸ Embora o §2º do art. 926 do CPC/2015 apenas refira-se a circunstâncias fáticas, compreendemos que as soluções jurídicas também devem ser observadas. Assim, pode-se afirmar que as súmulas, na redação ou aplicação, devem guardar conformidade com as *ratione decidendi* dos precedentes que a deram causa.

²⁹ §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³⁰ Art. 702 – Ao Tribunal Pleno compete: I – em única instância: f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus

para as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de recursos extraordinário, especial e de revista repetitivos e de plenário ou de órgão especial de Tribunal, o procedimento será tanto o legal quanto o regimental e o modo de proclamação será o acórdão, em que se localiza propriamente a ampla *ratio decidendi*; para os IRDRs e os IACs, o procedimento é o dos arts. 976 a 987 do CPC/2015 e o modo de proclamação é a tese jurídica.

Não são, como se sabe, diferenças pequenas – especialmente porque o procedimento de edição de súmulas tem suas conhecidas vicissitudes e costuma possuir um menor grau de legitimidade pela falta de participação democrática dos jurisdicionados e de *amici curiae*³¹ – mas, ao menos, são diferenças que não impedem a convivência coerente entre os instrumentos e que não implicam na inconstitucionalidade das súmulas se considerar-se a sua aplicação conforme a *ratio decidendi* dos precedentes paradigmáticos.

2.3 Encerrando ciclos: o abandono do incidente de uniformização de jurisprudência

265

O pressuposto é que, tanto para as súmulas de jurisprudência dominante quanto para os precedentes judiciais obrigatórios, *sua aplicação nos casos subsequentes demanda conformidade à ratio decidendi presente nas decisões*

membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; II – em última instância: §4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no §3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária. O TST, no ArgInc-696-25.2012.5.05.0463, declarou a inconstitucionalidade da alínea “f” do inciso I do art. 702 da CLT por violação à alínea “a” do inciso I do art. 96 e art. 99 da Constituição Federal, que estabelece a autonomia administrativa dos Tribunais para estabelecerem seu Regimento Interno. Apesar da inconstitucionalidade, o Regimento Interno do TST repete a redação do dispositivo.

³¹ José Botelho de Mesquita explica que, para os precedentes judiciais, a eficácia obrigatória e autorizada pelo respeito religioso à garantia do devido processo legal (*fair hearing* e *fair trial*), participação pelas partes a partir do caso concreto. Ao contrário, as súmulas podem assumir feição antidemocrática quando perder contato com os fatos sociais ou com as partes do processo. (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da uniformização da jurisprudência – uma contribuição para seu estudo*. cit., 2005, p. 219 e 220).

originárias e que a distinção entre eles reside na eficácia vinculante conferida pela lei, no procedimento de formação e no modo de proclamação. O foco não recai, portanto, no método de aplicação, que é o mesmo e sempre remeterá aos liames fáticos e jurídicos utilizados como fundamentos determinantes das decisões, sejam das decisões que deram origem ao enunciado de súmula de jurisprudência dominante, sejam das decisões vinculativas de órgãos especiais ou de tribunais plenos, inclusive em procedimento de IRDRs e IACs, *v.g.*³² À exaustão, a compreensão da *ratio decidendi* sempre será fundamental na aplicação do precedente persuasivo ou obrigatório.

A preocupação com o procedimento e com o modo de proclamação não deve, no entanto, ser menosprezada. *É o procedimento de formação do precedente que, propriamente, legitimará a eficácia que este produzirá.* Excepcionada a situação da súmula vinculante, a lei estabelece como fonte de norma jurídica apenas os precedentes formados a partir de um procedimento que considere e surja a partir de casos concretos, que tenha participação das partes e cujo resultado dialogue com argumentos de fato e de direito por elas trazidos. Essas características do procedimento de decisão que tornam obrigatório o precedente aos Tribunais e juízes hierarquicamente inferiores e permitem adotar-se uma série de consequências processuais nos processos subsequentes³³, o que não acontece para as súmulas de jurisprudência dominante.

Estas diferenças precisam ser, necessariamente, observadas quando o Tribunal elege o meio pelo qual irá exercer o dever de uniformização do direito e de sua jurisprudência, assim como deve ser considerado, também,

³² Exigência própria dos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015.

³³ Menção aos efeitos de observância, pelos juízes e tribunais, das decisões colegiadas em IRDR (inciso III do art. 927 do CPC/2015 e alínea “b” do inciso I do art. 15 da IN nº 39/2016 do TST); da aplicação da tese jurídica nos processos individuais ou coletivos, em trâmite ou futuros, que versem sobre a idêntica questão de direito em trâmite na jurisdição do tribunal (art. 985 do CPC/2015); do dever do relator de negar provimento a recurso que for contrário a entendimento firmado em IRDR (alínea “c” do inciso IV do art. 932 do CPC/2015); do dever do juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em IRDR (inciso III do art. 332 do CPC/2015); da suspensão obrigatória do processo pela admissão do IRDR (inciso IV do art. 313 do CPC/2015); do ônus das partes em demonstrar a distinção da questão de fato ou de direito é distinta da tese firmada (§16º do art. 896-C da CLT); da desnecessidade de remessa necessária (inciso III do §4º do art. 496 do CPC/2015).

o grau de convergência ou divergência que há dentro do Tribunal acerca de determinada questão jurídica. Isso porque, por exemplo, o §4º do inciso II do art. 702 da CLT apenas permite aos Tribunais Regionais do Trabalho estabelecer ou alterar súmulas pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros e caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas.

Para estes Tribunais, a depender do porte, o quórum de edição de súmula inviabiliza o seu manejo como instrumento de uniformização do direito na maioria das divergências. Nestas situações, os IRDRs e IACs serão, absolutamente, mais adequados, porque sua admissão não exigirá quórum tão qualificado quanto às súmulas, sendo, portanto, mais céleres, para além do fato de que permitem a revisão da matéria pelo Tribunal Superior do Trabalho de forma única e expedita, para que ocorra a uniformização nacional tão logo – o que é desejado em um ramo da justiça que trata quase majoritariamente sobre direito federal³⁴.

Daí que especialmente estes instrumentos processuais de uniformização do direito (IAC e IRDR) precisam ser manejados com o deliberado abandono da lógica ou apego ao antigo incidente de uniformização de jurisprudência, em uma outra época previsto nos arts. 476 a 479 do CPC/1973. Este superado incidente, instaurado a partir de um julgamento em que o desembargador constate, ao proferir voto, que há divergência sobre questão de direito³⁵, *não conta com a participação das partes do caso ou de outros casos ou com instrução processual*. Nele, os desembargadores reconhecem a divergência e definem a interpretação jurídica por votos fundamentados, que será editada na forma de enunciado de súmula. É, portanto, um

³⁴ Essa recorribilidade da decisão que fixa tese jurídica em IRDR por Tribunal intermediário pode ser uma vantagem significativa em termos de concretização do dever de segurança jurídica. Isso porque o direito e o Poder Judiciário são únicos. De nada adiantaria que um Tribunal intermediário fixasse uma tese jurídica transitada em julgada e, pulverizadamente, o Tribunal Superior revisasse as decisões que a aplicam. Neste caso, poderia haver bolhas de entendimentos estaduais sobre legislação federal por certo espaço de tempo, causando insegurança jurídica aos jurisdicionados e implicando na necessária interposição de mais recursos individuais para que haja a uniformização jurisprudencial nacional, desperdiçando-se recursos em nítida ineficácia do instrumento.

³⁵ Divergência preexistente ao julgamento ou criada no próprio julgamento.

procedimento peculiarmente abstrato de interpretação jurídica a partir de avocação de causas, sem qualquer participação das partes. Não é à toa que, na concepção de José Ignacio Botelho de Mesquita, este instrumento processual tenha feição monárquico absolutista³⁶.

Caso, no momento corrente, os Tribunais utilizem os IRDRs e IACs com o escopo de facilitar a edição dos antigos “enunciados de súmulas”, ainda que os chamem agora de “teses jurídicas”, certamente tenderão a viciar o procedimento com a lógica do antigo IUJ apenas descrito. A lógica, entretanto, é absolutamente distinta, assim como os efeitos – premissas já sustentadas neste trabalho.

A preocupação não é completamente hipotética, já que há Tribunais Regionais do Trabalho que deixam de abrir edital para a participação de terceiros interessados, não os admitem como *amicus curiae*, os admitem com restrições de poderes, não realizam audiências públicas em situações de amplo interesse, não suspendem quaisquer processos em que se está decidindo a mesma questão, definem a tese do incidente por consulta prévia aos desembargadores muito antes da sessão de julgamento³⁷ e, o que muito preocupa, não julgam a questão jurídica da causa-piloto no momento em que definem a tese jurídica do IRDR, o que acarreta na posição de não cabimento de qualquer recurso frente a decisão que a fixa³⁸.

³⁶MESQUITA, Jose Ignacio Botelho de. *Da uniformização da jurisprudência* – uma contribuição para seu estudo”. cit., 2005, p. 226.

³⁷“No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e no Incidente de Assunção de competência – IAC, na admissibilidade, os Desembargadores do Trabalho efetuarão a votação eletrônica, observando-se os critérios do *caput* deste artigo.” (§1º do art. 23 da Resolução Administrativa nº 10/2018 do TRT 12ª Região). Neste caso, a votação eletrônica antecede à própria sessão de julgamento pública em que pode acontecer a sustentação oral das razões das partes, Ministério Público do Trabalho e *amici curiae*, criando uma espécie de pré-julgamento não público com feição antidemocrática e possivelmente inconstitucional. Este tipo de procedimento parece denunciar a pouca influência que estes terão no posicionamento dos julgadores.

³⁸A despeito da clareza do dispositivo: “Art. 978. do CPC/2015: O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Esta última situação, aliás, repete-se tanto no âmbito do Processo Civil quanto do Processo do Trabalho. Naquele, a problemática envolve o conceito de “causa decidida” do inciso III do art. 102 e inciso III do art. 105 da Constituição Federal³⁹; neste envolve o fato de a decisão que fixa tese jurídica em IRDR sem julgar a questão de o caso-piloto não caracterizar “decisão proferida em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho”, prevista no *caput* do art. 896 da CLT.

Ocorre que, em ambos os casos, a consequência da irrecorribilidade só se dá porque houve, certamente, o descumprimento pelo Tribunal do parágrafo único do art. 978 do CPC/2015, que determina o julgamento conjunto do recurso que originou o IRDR. A violação, em alguns casos, está, inclusive, normatizada em resolução administrativa, como é o caso da nº 10/2018 do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região⁴⁰.

O §1º do art. 987 do CPC, aliás, estabelece que o recurso de natureza extraordinária que visa revisar a tese jurídica tem efeito suspensivo, presumindo-se repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. O art. 256-H do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, na sequência, determina que os recursos especiais interpostos em julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas serão processados como recursos especiais repetitivos. Em outras palavras, o recurso especial ou o recurso extraordinário presumem a existência de necessidade de julgamento na sistemática dos recursos especiais repetitivos e da repercussão geral, de forma a culminar na uniformização nacional.

No Processo do Trabalho, a situação é ainda mais complexa, pois ainda nos casos em que não se julga o caso-piloto em conjunto com a fixação a tese jurídica em IRDR e, portanto, que se admite a interposição de recurso de revista, não há previsão explícita sobre o efeito suspensivo deste. Aliás, ocorre justamente o inverso, o efeito será apenas devolutivo na medida em que esta é a regra geral dos recursos trabalhistas prevista no art. 899 da

³⁹ REsp 1.798.374-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, por unanimidade, julgado 18/05/2022.

⁴⁰ Art. 16. O Tribunal Pleno julgará o Incidente de Assunção de Competência – IAC e fixará a tese jurídica. Após, caberá aos órgãos julgadores de onde se originaram os incidentes o julgamento de todas as matérias contidas no processo ou no recurso.

CLT⁴¹. Assim já se manifestou o TST no §2º do art. 8º da IN nº 39/2016: “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos arts. 896 e 899 da CLT”.

Assim, esses entraves prático-legais acabam denunciar a utilização do IRDR com o olhar do revogado IUJ, porque processado sem a participação de partes e terceiros interessados, sem debate, sem fundamentação analítica, sem a possibilidade de revisão por corte superior. Que os Tribunais deixem de usar as lentes do IUJ ao proceder com os IRDRs, sob pena de produzirem teses jurídicas sem legitimidade e, portanto, validade, como se verá adiante.

3 PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO E INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

270

Tendo como premissa a distinção dos precedentes judiciais obrigatórios frente às súmulas e o necessário desapego à lógica do antigo incidente de uniformização de jurisprudência quando do manejo dos procedimentos que os geram, especialmente em relação ao IRDR e IAC, esta secção primária terá como objetivo compreender o papel do desenvolvimento do iter procedimental e da decisão judicial na validade do precedente judicial obrigatório.

3.1 Requisitos de existência, validade e eficácia do precedente judicial obrigatório

O precedente existe enquanto a decisão existir. No entanto, a existência do precedente não importa em sua necessária validade ou em sua eficácia obrigatória, como decorre da própria teoria dos fatos jurídicos processuais⁴².

⁴¹ Art. 899 – Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

⁴² A doutrina processual costuma se reportar ao aproveitamento da teoria dos fatos jurídicos pelo processo quando trata da teoria das invalidades, registrando, quase sempre, a necessidade de adaptações impostas pelas peculiaridades do ramo. Neste sentido: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de

Qualquer razão que invalide a decisão, invalida o precedente judicial obrigatório.

Ao se falar em eficácia do precedente, contudo, remete-se à possibilidade de ser corretamente aplicado após a incidência da *ratio decidendi* nos casos subsequentes. Esta incidência não ocorrerá, embora existente a decisão e o precedente, quando não respeitados quatro requisitos específicos: contraditório adequado na sua formação; fundamentação regular e suficiente; estabilidade e publicação.

3.1.1 Deve haver exercício do contraditório

O contraditório precisa existir na formação do precedente judicial obrigatório para que ele seja eficaz, isto é, possa ser aplicado após a incidência da *ratio decidendi* nos casos subsequentes⁴³. O §1º do art. 927 do CPC/2015 assim impõe aos juízes o dever de fundamentar, de forma exauriente, os precedentes judiciais obrigatórios em consideração aos fundamentos trazidos em exercício de contraditório substancial⁴⁴. Essa característica é, absolutamente, relevante para que o precedente judicial possa produzir efeitos⁴⁵. Assim, mesmo que haja eficácia preclusiva da coisa julgada após trânsito em julgado, *o precedente judicial fruto de procedimento sem contraditório adequado não deverá ser eficaz*.

Daí a importância da escolha dos melhores sujeitos condutores, da participação dos sujeitos sobrestados, dos *amici curiae* e da atuação do Ministério Público, que irão exercer o contraditório. A pluralidade argumentativa é que, ao fim e ao cabo, emprestará ares democráticos ao precedente judicial obrigatório.

Janeiro: Forense, 2005, p. 141-142; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 444; TALAMINI, Eduardo. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 29, ago, 2005, p. 41-42.

⁴³ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. cit., p. 392.

⁴⁴ §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁴⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 183-204.

3.1.2 Decisão deve ser analiticamente fundamentada

A irregularidade do precedente por ausência de fundamentação exaustiva, que considere os argumentos levantados em contraditório no procedimento, impede a projeção de sua eficácia por não incidir *ratio decidendi* nos casos subsequentes. É claro que, também para os precedentes judiciais obrigatórios, senão com mais razão para eles, há o dever de dialogar com os argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelos sujeitos parciais através de fundamentação. Afinal, *é o combo contraditório ampliado e fundamentação exauriente que legitimam a reprodução de uma única solução jurídica a outros casos em que não se travará debate algum quanto ao mérito da ratio decidendi do precedente judicial obrigatório e que permitirão o exercício da distinção e superação dele.*

Aliás, antes, sem o elemento mais importante da decisão, a fundamentação adequada, não é sequer possível compreender a *ratio decidendi*.

O CPC/2015, assim, se preocupou especialmente com a fundamentação no que tange aos precedentes judiciais obrigatórios. No §1º do art. 927 do CPC/2015⁴⁶, exigiu fundamentação para a aplicação dos precedentes; no §3º do mesmo artigo⁴⁷, exigiu motivação específica para a realização de superação; no §2º do art. 984 do CPC/2015⁴⁸, estabeleceu o dever de fundamentação qualificada no incidente de resolução de demandas repetitivas; no §3º do art. 1.038 do CPC/2015⁴⁹, estabelece o mesmo o dever de fundamentação qualificada para o julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos; no §3º do art. 1.021 do CPC/2015⁵⁰, criou-se motivação específica ao agravo interno; no parágrafo único do art.

272

⁴⁶ §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁴⁷ §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁴⁸ §2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

⁴⁹ §3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

⁵⁰ §3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

1.022 do CPC/2015⁵¹, deu-se aos embargos de declaração o uso de sanar vício de decisão que não observou precedente judicial obrigatório.

O dever de fundamentação, especialmente na formação ou alteração dos precedentes judiciais obrigatórios, como consequência do contraditório como influência, exige que o juiz leve em conta todos os argumentos trazidos pelos sujeitos parciais, demonstrando com precisão as razões que impelem à construção normativa realizada. De nada adiantaria a legislação definir um contraditório forte e permitir que o julgador o desconsidere no momento de decidir. *A certeza de que houve influência das partes decorre da análise da motivação da decisão judicial*⁵².

Na formação do precedente judicial obrigatório, portanto, a decisão deve ser cuidadosamente fundamentada de forma a enfrentar todos os argumentos suficientes e autônomos contrários à conclusão alcançada, concretizar os termos vagos legais utilizados e detalhar a hipótese fática ou/e consequente normativo, por incidência do inciso IV do §1º e do inciso III do §1º do art. 489 do CPC/2015.

3.1.3 A decisão judicial deve ser estável

O precedente judicial obrigatório pauta-se, logicamente, em segurança jurídica, de modo que o trânsito em julgado da decisão é crucial para que seus efeitos se produzam. Caso contrário, poderia haver a vinculação de casos subsequentes ao precedente judicial discutido em

⁵¹ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, a. 34, v. 168, p. 55. Daí que, como argumentado na nota de rodapé nº 37 deste estudo, o julgamento por votação eletrônica ou consulta prévia antecedente à sessão de julgamento em que pode ocorrer a sustentação oral das razões (§1º do art. 23 da Resolução Administrativa nº 10/2018 do TRT 12ª Região) denuncia a pouca influência que as partes, Ministério Público e *amici curiae* terão no posicionamento dos julgadores e a consequente falta de debates e de fundamentação analítica dos argumentos trazidos para a formação da norma jurídica, fonte primária de direito capaz de orientar conduta de cidadãos excepcionalmente estabelecida pelo Poder Judiciário.

recurso pendente. A falta de estabilidade do precedente judicial, neste caso, pode permitir que haja virada de sentido na orientação jurídica a partir do julgamento do recurso⁵³.

3.1.4 Deve haver a publicação da decisão judicial

Não se admite, por decorrência do Estado Democrático de Direito, que haja normas jurídicas sigilosas. Se o precedente judicial obrigatório é fonte normativa, ele deve ser de conhecimento público e, por isso, deve ser publicizado em repertórios oficiais ou não oficiais de amplo acesso e eficientes.

Para encontrar o fundamento vencedor, para ele possa ser bem interpretado, para se identificar os fatos essenciais, compreendendo bem a hipótese de incidência para sustentar a aplicação ou distinção, é preciso ter acesso ao caso-piloto e aos votos dos juízes⁵⁴. São eles e o próprio acórdão que devem ser tornados públicos, sob pena da aplicação da decisão como precedente judicial obrigatório ser inconstitucional⁵⁵.

A regra geral para os precedentes judiciais obrigatórios é a da sua organização por questão jurídica decidida e divulgação, preferencialmente, na rede mundial de computadores (§5º do art. 927 do CPC/2015). Há particularidade, entretanto, para os precedentes formados objetivamente. No julgamento de causas repetitivas – recurso extraordinário, recurso especial, recurso de revista repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas –⁵⁶, a ampla publicidade começa logo a partir da admissão, pelo

⁵³ É o que, hoje, supõe-se ocorrerá, *v.g.*, no IRDR nº 0000323-49.2020.5.12.0000.

⁵⁴ Assim, não é possível haver IRDRs que surjam a partir de caso-piloto que tramite sob sigilo. A prática, como afirmado, é contra a melhor técnica, impedindo que os jurisdicionados e juízes apreendam todos os fatos e argumentos trazidos e delimitadores do precedente judicial obrigatório.

⁵⁵ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. cit., p. 393.

⁵⁶ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. §1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça e nos bancos de dados dos Tribunais, permitindo às partes que, desde já, estabeleçam distinção em consideração aos fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Uma vez firmada a tese jurídica, os processos atuais sofrerão sua aplicação, sendo essa eficácia decorrente da técnica de litígios agregados⁵⁷. Nos processos futuros, as serão intimadas para se manifestarem sobre a aplicação do precedente judicial obrigatório, podendo defender alguma interpretação individualizada ou até a inaplicabilidade. Nesta situação, incide a vedação da decisão-surpresa⁵⁸, portanto, e todos os deveres de fundamentação exauriente⁵⁹.

No entanto, a publicidade não serve somente aos cidadãos que irão tomar o precedente judicial obrigatório como fonte normativa, para as partes dos processos atuais, sobrestados ou não, ou dos casos subsequentes que receberão a aplicação do precedente, mas também para dar ciência aos juízos de instâncias inferiores, permitindo que os processos que contenham questão comum sejam suspensos para aguardar o trâmite do procedimento no regime de causas repetitivas e para evitar superposição de incidentes diversos sobre a idêntica questão⁶⁰.

Mais recentemente, o CNJ instituiu, na Resolução nº 444/2022, o Banco Nacional de Precedentes e padronizou os procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos no Código de Processo Civil.

§2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao art. 927 do CPC/2015*. cit., p. 1322.

⁵⁸ Referência ao art. 10 feita pelo §1º do art. 927 do CPC/2015.

⁵⁹ Referência ao §1º do art. 927 do CPC/2015.

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao art. 979 do CPC/2015*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1429.

3.2. O precedente judicial obrigatório em IRDR: Tese jurídica *versus ratio decidendi*

Em consideração à preferência pelos Tribunais ao uso dos IRDRs como instrumento para uniformização do direito e do apego histórico ao uso de enunciados de súmula, formulados por meio do incidente de uniformização de jurisprudência, questiona-se se a “tese jurídica”, tal qual referida nos arts. 978, 979, 985, 986 e 987 do CPC/2015, é a *ratio decidendi*?

Como já se destacou, o elemento normativo do precedente judicial obrigatório é a *ratio decidendi*, que dele precisa ser extraída. Não é, portanto, o texto ou a fundamentação do precedente, é uma terceira coisa⁶¹. Ela é construída e reconstruída pela aplicação e argumentação no tempo. As partes discutem sua interpretação e alcance, testando seus limites e evoluindo seu significado.

A tese jurídica, por sua vez, serve como uma conclusão da *ratio decidendi*⁶², uma enunciação da solução da questão jurídica replicável, que pode errar em relação à completude das razões fundantes, mas que, pelo menos, permite a identificação rápida e organizada do tema do precedente judicial obrigatório⁶³. Ela surge pela técnica da proclamação⁶⁴ e é aplicada

276

⁶¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, v. 234, ago 2014, p. 306, 312.

⁶² “[...] extrato da decisão que resulta do precedente brasileiro, não está contido o motivo determinante para a solução de casos subsequentes análogos, mas sim a própria solução, encartada em preceito de caráter normativa, com expectativa de ampla aplicação, cujo suporte fático abstrai-se do caso paradigma” (FERRAZ, Taís Schilling. “Ratio decidendi x tese jurídica”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2017, vol. 265, p. 420).

⁶³ “Mas, afinal de contas, o que seria a tese jurídica? Seguramente não é a *ratio decidendi*. Poderia ser qualificada como uma proposta de *ratio decidendi* elaborada pelo tribunal, para o fim de replicar a solução aos casos idênticos, isto é, nos quais a situação fático-jurídica seja enquadrável àquela prevista nos casos selecionados e julgados no regime de casos repetitivos. Disso resulta a conclusão de que a tese jurídica representa, ou deveria representar, na verdade, uma hipótese de incidência da *ratio decidendi* do precedente” (BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*, *Revista de Processo*, v. 296, 2019, p. 199). Em sentido semelhante: (BORTOLUCI, Lygia Helena Fonseca. Os precedentes judiciais no código de processo civil de 2015: a operacionalização do distinguishing a partir da identificação dos conceitos de ratio decidendi e tese jurídica. *Revista de Processo*, v. 322, dez 2021, p. 410)

⁶⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998, p. 55.

apenas nos casos juridicamente idênticos; enquanto a *ratio decidendi* é aplicada a casos juridicamente semelhantes^{65,66}.

Para o IRDR, estes casos idênticos são os que foram sobrestados, em que houve a possibilidade de uma distinção sobre a questão jurídica previamente ao surgimento da tese jurídica que lhes será replicada. A aplicação da tese jurídica nestes casos se dá pela sua incorporação como questão prévia, premissa, pelo juízo de origem.⁶⁷ Estes processos já foram, percebe-se, preparados para receber a aplicação da tese jurídica.

Para os processos não sobrestados ou os futuros, o juiz aplica a *ratio decidendi* – e não a tese jurídica – e deve observar o dever de motivação próprio da aplicação de precedentes (incisos V e VII do §1º do art. 489 do CPC/2015). O juiz terá que, assim, fundamentar a adequação da *ratio decidendi* às circunstâncias casuísticas ou a distinção e superação. Nas palavras de Lucas Buril Macêdo e Ravi Peixoto:

Em outros termos, a tese foi desenvolvida para ser aplicada com maior facilidade nos processos sobrestados, tendo por base que esses casos já foram preparados para o simples acoplamento da solução dada a questão jurídica. Por outro lado, em relação aos casos posteriores, a tese, obviamente, continua a ser referência, mas, não se tratando de questão juridicamente idêntica, haverá uma maior amplitude argumentativa de forma a verificar as nuances dos casos⁶⁸.

277

Nos procedimentos de formação concentrada de precedente obrigatório, logo, além da tese jurídica, há, também, a *ratio decidendi* propriamente dita, que não dispensa as usuais ferramentas de compreensão

⁶⁵ BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*, cit., p. 192.

⁶⁶ “Os fundamentos determinantes a serem buscados em um precedente para que sejam aplicados no julgamento de casos subsequentes não se restringem e não se confundem com a tese jurídica que vem sendo construída na maioria dos julgamentos de casos repetitivos e de recurso extraordinário com repercussão geral. A tese jurídica é instrumento voltado para a solução de litígios que envolvam uma situação fática padrão, replicada em diversas ações e, muitas vezes, ao fixar a tese, o tribunal deixa de abranger a *ratio decidendi*” (BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: RT, 2021, p. 83).

⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao art. 985 do CPC/2015*. cit., p. 1445-1446.

⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *A “tese jurídica” nos precedentes obrigatórios: um jogo de espelhos com a ratio decidendi e com a coisa julgada?* no prelo, p. 21.

e aplicação. A tese jurídica não inutiliza a *ratio decidendi*. Mesmo nos casos idênticos em que aquela seria aplicável, pode haver algum equívoco na sua formação em relação a toda a extensão da *ratio decidendi*, permitindo a prevalência desta. Isso especialmente porque as teses jurídicas costumam não abranger aspectos fáticos e os votos dissidentes sobre a fundamentação e conclusão – que são importantes para a distinção e superação do precedente judicial obrigatório.

4 CONCLUSÕES

Partindo da premissa de que é preciso saber reconhecer os precedentes judiciais obrigatórios, identificar o que neles vinculam, quais os suportes fáticos e argumentos jurídicos que foram considerados na decisão e perquirir se o desenrolar do procedimento de formação desta decisão que servirá de precedente detém legitimidade para tanto, neste trabalho procurou-se investigar o procedimento de formação da decisão que se torna precedente judicial obrigatório, com delimitação aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, no sentido de avaliar o impacto na sua validade e eficácia e compreender se a tese jurídica fixada seria a própria *ratio decidendi* a ser aplicada aos casos.

A hipótese de que os tribunais intermediários demonstram resistência em se desapegar da lógica por trás do superado incidente de uniformização de jurisprudência, permitindo que o procedimento siga com importantes violações ao contraditório e ao dever de fundamentação, e de que manifestam a concepção do termo “tese jurídica” como uma ementa autossuficiente a estabelecer a *ratio decidendi* do precedente judicial obrigatório – tal qual a prática procedia com os enunciados de súmula –, se confirmou.

Na sequência, concluiu-se que essas violações retiram do precedente estável o efeito vinculativo perante os casos em que este seria aplicável e permitiria, no incidente em que o precedente judicial obrigatório se forma, a alegação de sua invalidade – embora também se tenha constatado que os Tribunais estejam impedindo a interposição de recursos especiais e de revista que tragam essas discussões porque não julgam o caso-piloto do IRDR em conjunto com a tese jurídica, em violação ao parágrafo único do art. 978 do CPC.

Quanto à *ratio decidendi*, concluiu-se que esta não se identifica com o precedente judicial obrigatório, que é a decisão vinculativa, ou com a tese jurídica estabelecida em IRDR, que é uma enunciação da solução da questão jurídica replicável aos demais casos atuais, emitida pela técnica de proclamação com a vantagem de possibilitar a identificação rápida e organizada do tema do precedente judicial obrigatório e de acoplar-se, como questão jurídica prévia, aos casos sobrestados em que já houve possibilidade de distinção prévia entre caso e questão jurídica a ser fixada no IRDR. A *ratio decidendi*, assim, abrange aspectos fáticos, os votos dissidentes sobre a fundamentação e conclusão, e é aplicada nos processos não sobrestados e nos futuros com a observância do dever de motivação próprio da aplicação de precedentes – adequação às circunstâncias casuísticas. A tese jurídica tem, portanto, um papel específico e de utilidade prática, mas não inutiliza a *ratio decidendi*, que prevalece diante de qualquer incoerência ou incompatibilidade.

As ideias apresentadas neste trabalho, em suma, denunciam que a virtude está no método. Este, com significância procedimental, poderá deslegitimar um precedente judicial quando for conduzido de forma antidemocrática. Para além do exame sobre as normas processuais como postas foram, a prática sobre o procedimento e sobre os precedentes pode carregar contornos absolutistas. A uniformização de jurisprudência – e, hoje, considera-se abrangido no termo os precedentes judiciais obrigatórios – processada sem a colaboração das partes e definida sem fundamentação analítica não serve ao Direito, embora possa servir ao Estado.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. **Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi**, *Revista de Processo*, v. 296, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENDITT, Theodore M. **The rule of precedent**. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. São Paulo: RT, 2021.

BORTOLUCI, Lygia Helena Fonseca. **Os precedentes judiciais no código de processo civil de 2015: a operacionalização do distinguishing a partir da identificação dos conceitos de ratio decidendi e tese jurídica**. *Revista de Processo*, v. 322, dez.-2021.

- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMINKER, Evan H. **Why must inferior courts obey superior court precedents?** *Stanford Law Review*. Standford, 1994, v. 46.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, 4ª ed. Oxford: Claredon Press, 2004.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente**. *Revista de Processo*, v. 235, mar, 2022.
- 280 KEUNECKE, Manoella Rossi. SILVA, Bruno Freire e. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua aplicação no processo do trabalho**. In: NETO, José Affonso Dallegrave. GOULART, Rodrigo Fortunato (coords.). *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. *Revista de Processo*, v. 234, ago, 2014.
- MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **A “tese jurídica” nos precedentes obrigatórios: um jogo de espelhos com a ratio decidendi e com a coisa julgada?** no prelo.
- MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2022.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal**. In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: RT, 2005.
- _____. **Da uniformização da jurisprudência – uma contribuição para seu estudo**”. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: RT, 2005.
- _____. **A repercussão geral e os recursos repetitivos** – Economia, Direito e Política. *Revista de Processo*, nº 220, jun/2013.
- FERRAZ, Taís Schilling. **“Ratio decidendi x tese jurídica”**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2017, vol. 265.
- MIESSA, Elisson. *Curso de direito processual do trabalho*. Salvador: juspodivm, 2022.

OLIVEIRA, Guilherme J. Braz de. **Técnicas de uniformização da jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.** *Revista do Advogado*, AASP, nº 126, maio de 2015.

PEIXOTO, Ravi. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a suspensão de processos: limites e possibilidades.** *In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Casto; PORTO, José Roberto Mello. (Org.). Incidente de resolução de demandas repetitivas: panoramas e perspectivas.* Salvador: Juspodivm, 2020.

REIS, Maurício Martins. **Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão: de como súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise.** *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, a. 38, v. 220.

TALAMINI, Eduardo. **Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil.** *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 29, ago, 2005.

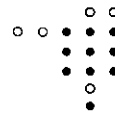
TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the rule of law: a layered approach,** *Michigan law review*, v. 111, n. 1, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão.** *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, a. 34.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao art. 927 do CPC/2015.** *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.



RELAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E PLATAFORMAS E APLICATIVOS: DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO À SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA

Rodrigo Goldschmidt¹
Elcemara Aparecida Zielinski Cani²

Resumo: Com o avanço da tecnologia e o advento de novas formas de trabalho, especialmente aquelas desempenhadas a partir de aplicativos e plataformas, o mundo do trabalho enfrenta novos desafios e novas problemáticas. Uma das questões discutidas atualmente é a condição jurídica dos trabalhadores por intermédio de plataformas digitais.

Portanto, busca-se responder ao seguinte questionamento: como o surgimento de aplicativos e plataformas digitais de trabalho modificam as relações tradicionais de subordinação entre tomadores e prestadores de serviços? Os objetivos do trabalho foram compreender a condição jurídica desses trabalhadores e o vínculo jurídico dos motoristas e entregadores com os algoritmos e as plataformas de trabalho. Em um primeiro momento, o presente artigo buscou trabalhar a diferença entre trabalho e emprego, levando em consideração o contexto nacional instaurado após a reforma trabalhista de 2017 (Lei n. 13.467/2017). Posteriormente, o objetivo foi analisar as correntes doutrinárias que versam sobre o tema, bem como o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Por fim, analisou-se a subordinação produzida pelos algoritmos e seu reflexo na atual jurisprudência trabalhista, consoante os termos dos acórdãos dos processos 1000123-89.2017.5.02.0038 e 100353-02.2017.5.01.0066. O resultado

¹ Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador permanente do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da UNESC. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Juiz do Trabalho Titular do TRT-12.

² Mestranda pela Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina, Bolsista CAPES, Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela PUC/RS, membro do grupo de pesquisa NUPED e advogada trabalhista.

alcançado na pesquisa constatou que há uma condição ambivalente na relação entre as plataformas digitais (aplicativos) e os trabalhadores. Elas (as plataformas) são utilizadas com pretensão de meras intermediárias entre o trabalhador e o usuário do serviço, levando ao entendimento de que os trabalhadores seriam apenas parceiros de negócios das plataformas. Porém, não há por parte da plataforma renúncia aos poderes de fiscalização e muito menos de punição. Para realização da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo com vistas à revisão bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Subordinação. Trabalho em Plataformas Digitais. Aplicativos Digitais.

1 INTRODUÇÃO

O constante avanço da tecnologia no campo do trabalho, aliado aos fenômenos da precarização das relações trabalhistas, da crise econômica decorrente da pandemia e do aumento do desemprego, têm contribuído significativamente para o aumento do número de trabalhadores que prestam serviços mediados por aplicativos (iFood, Uber, 99 etc.) e plataformas de trabalho (Amazon Mechanical Turk, Upwork, Appen, Lionbridge etc.). Há muitas questões controversas acerca do enquadramento jurídico desses trabalhadores, especialmente no tocante ao vínculo de emprego.

Portanto, levando em consideração a situação jurídica desses trabalhadores plataformizados³, o presente artigo busca responder o seguinte questionamento: como o surgimento de aplicativos e plataformas de trabalho modificam as relações tradicionais de subordinação entre tomadores e prestadores de serviços?

³ Aqui entendidos como trabalhadores incluídos no processo chamado de plataformização: “O fenômeno da plataformização comporta uma multiplicidade de abordagens. É possível discuti-lo sob a ótica da *datificação* ou da vigilância, da financeirização, do papel dos algoritmos, entre outros. O que define transversalmente o fenômeno nas diversas abordagens é a gestão algorítmica do trabalho, vigilância invisível e constante sobre o trabalhador, extração de dados e sua incorporação ao capital, disponibilização constante do trabalhador sem qualquer obrigação de nenhuma das partes, trabalho como mero fator de produção sem qualquer responsabilidade sobre a sua reprodução (Abílio, 2020). A plataformização possibilita transformar o trabalhador em *just-in-time*, ou seja, um trabalhador (qualquer um) sempre disponível para o trabalho e que pode ser utilizado na exata medida das demandas do capital.” (ROSENFELD; ALMEIDA, 2021, p. 9-10)

Parte-se das conclusões de pesquisa bibliográfica e documental na qual foi constatado que o principal argumento utilizado pela doutrina e pela jurisprudência para recusar vínculo de emprego entre trabalhadores e aplicativos/plataformas é a falta de subordinação jurídica (BRASIL, 2019) como pressuposto subjacente à relação.

As hipóteses formuladas são as de que tais entendimentos desconsideram a existência de uma subordinação algorítmica e que os algoritmos⁴ por trás dos aplicativos e das plataformas digitais, operam uma constante fiscalização do trabalho, aplicando punições e, independente de notificação prévia, descredenciam os trabalhadores (ambos atos inerentes à subordinação) da continuidade da prestação de serviços, ou seja, de que se estabelece um regime digital de subordinação entre trabalhadores e os algoritmos.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo compreender a condição jurídica desses trabalhadores e a natureza do vínculo jurídico com o aplicativo/plataforma de trabalho. Em um primeiro momento, serão explicitadas as distinções entre trabalho e emprego, no contexto pós-reforma e de surgimento dos aplicativos. Posteriormente, serão analisadas as correntes doutrinárias, bem como o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nos acórdãos do Recursos de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038 e 100353-02.2017.5.01.0066 acerca da condição jurídica e do enquadramento desses trabalhadores. Por fim, será analisada a subordinação produzida pelos algoritmos, e seu reflexo na atual jurisprudência trabalhista, consoante os termos dos acórdãos dos processos supracitados.

O tema encontra relevância ante a incerteza jurídica que permeia a relação entre trabalhadores e aplicativos. A análise dos acórdãos supracitados do TST é necessária para vislumbrar o caminho jurídico que a Corte tem trilhado para pacificar o entendimento sobre a existência de subordinação na relação entre tomadores e prestadores de serviços, delimitando a condição jurídica desses trabalhadores e concatenar os argumentos utilizados para fundamentar os acórdãos em questão, mesmo levando em consideração que nenhuma das decisões em tela transitou em julgado.

⁴ Algoritmo é um “conjunto de cálculos matemáticos, usado para encriptar dados, compactar arquivos, entre várias outras aplicações” (MORIMOTO, s.d., p. 68).

Para realização do trabalho, será utilizado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, com consulta a fontes bibliográficas e documentais (acórdãos e legislação).

2 TRABALHO E EMPREGO NO CONTEXTO DA PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Para além da etimologia da palavra trabalho, que deriva da palavra “*tripalium*” originária do latim e que remete a um instrumento de tortura utilizado para punir escravos, pode-se definir trabalho sob diversos prismas. Para o ser humano tem um caráter pessoal, oriundo da sua livre vontade e traduz o valor e a personalidade de quem executa. Possui como característica a transcendência social, atuando como meio de subsistência, meio de acesso à propriedade e cumpre uma série de funções sociais (BARROS, 2017, p. 46).

Sabe-se que o trabalho pode ser realizado em benefício próprio ou de terceiros. O trabalho em benefício próprio não é objeto de regulação jurídica. Por outro lado, o trabalho feito em benefício de terceiros recebe múltiplos tratamentos jurídicos, pois pode ser trabalho voluntário, trabalho por empreitada/autônomo/prestação de serviços, trabalho na condição de empregado, trabalho na condição de profissional liberal, trabalho na condição de empresário e, mais recentemente, trabalho intermediado por plataformas e/ou aplicativos digitais.

Os enquadramentos jurídicos foram ampliados pelas recentes reformas trabalhistas, em decorrência das novas modalidades de contratação. A redação do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT permanece o mesmo desde 1943, mas a flexibilização dos requisitos da relação de emprego (pessoalidade, habitualidade, subordinação e remuneração), corolário de algumas das alterações (p. ex. a terceirização flexibilizou a subordinação e a pessoalidade), distendeu e alterou a delimitação de tais requisitos.

Essa tendência de flexibilidade das normas trabalhistas não é fruto da reforma trabalhista. Antes disso, a doutrina já alertava para a necessidade de obstar ou pelo menos reduzir o avanço da flexibilização. E também buscava definir um conceito que englobasse todos os efeitos nas relações de trabalho. Foi exatamente o que fez Rodrigo Goldschmidt:

Nessa linha, para os fins deste estudo, entende-se por “flexibilização” o movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a “baratear” a mão-de-obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado. (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 145).

Ademais, embora a tendência de flexibilização não seja propriamente uma novidade, a reforma possibilitou a exigência cada vez mais recorrente pelos tomadores de serviços de inscrição de trabalhadores como micro-empresários individuais. Frequentemente, esse é um pretexto para a contratação de trabalhadores sem a caracterização de vínculo de emprego (flexibilização da personalidade).

Neste contexto de flexibilização, o trabalho em diversos tipos de plataformas se expandiu de forma rápida e uniforme no Brasil. A utilização dos trabalhos em plataformas ganhou força principalmente depois do advento da pandemia de Coronavírus, que agravou a crise econômica em curso e aumentou substancialmente a situação de desemprego e colocou em risco a subsistência de diversas famílias.

Esse modelo de trabalho, que não é reconhecido como emprego e não tem vínculo e proteção formal, recebe diversas críticas pela forma precária à qual o trabalhador é submetido, uma vez que exclui a possibilidade da realização do trabalho digno garantido pela Constituição Federal brasileira no seu artigo 7º.

O modelo de trabalho adotado pelas plataformas é criticado inclusive por utilizar o modo de organização de trabalho como estratégia para evitar a contratação de trabalhadores com vínculo de emprego protegido pela Constituição e pela CLT, conforme bem explicam Vitor Filgueiras e Ricardo Antunes:

As supostas novas formas de organização do trabalho associadas ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) e às empresas que se apresentam como plataformas ou aplicativos são, na verdade, estratégias de contratação e gestão do trabalho que mascaram o assalariamento presente nas relações que estabelecem. A negação do assalariamento é elemento central da estratégia empresarial, pois, sob a aparência de maior autonomia (eufemismo para bular o assalariamento e efetivar a transferência dos riscos), o capital busca, de fato, ampliar

o controle sobre o trabalho e recrudescer a exploração e a sujeição. (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020, p. 60).

Nesse sentido, pode-se dizer que as plataformas e os aplicativos de trabalho se inserem na dimensão preparada e cunhada por meio da alteração da legislação trabalhista. Dificultado o reconhecimento do vínculo de emprego, as empresas podem deixar de pagar aos trabalhadores todos os valores de férias, terço constitucional de férias, 13º salário, FGTS, contribuições sociais e INSS patronal. Conseqüentemente, criam-se condições ótimas para a exploração do trabalho a baixo custo e altos lucros. As plataformas de trabalho e os aplicativos aproveitam a oportunidade produzida pela condição ambígua que ocupam: por um lado, vendem os produtos de “parceiros comerciais” que utilizam os sites/aplicativos como plataformas de vendas, por outro, convocam os serviços de “parceiros de trabalho” que fazem as entregas.

A situação jurídica dos trabalhadores platformizados ainda é um tanto incerta, pois não há uma legislação específica para regulamentar essa forma de trabalho e a CLT aparentemente não contempla a categoria. A doutrina tem posicionamento divergente acerca do tema e o TST tem firmado entendimento negativo ao vínculo de emprego desses trabalhadores por meio de uma decisão de um Recurso de Revista ainda, o qual, por sua vez, foi reconhecido em julgamento mais recente, igualmente não transitado em julgado.

288

3 ENTENDIMENTOS ACERCA DA CONDIÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR PLATAFORMIZADO

O enquadramento dos trabalhadores de plataformas e aplicativos digitais ainda é bastante controverso na doutrina. Para alguns juristas, a condição paradoxal dos trabalhadores que não são empregados, empregadores que não empregam e de empresas que prestam serviços sem ter a propriedade dos meios (p. ex. a Uber não tem veículos para prestar serviço de transporte e nem de entregas, assim como a Airbnb não é proprietária dos quartos cuja locação intermedia), afasta a incidência ou torna inaplicável o principal requisito legal do vínculo de emprego: a subordinação.

A negativa de semelhança com os serviços tradicionais, a insistência em uma roupagem inovadora das atividades e na existência de mera

intermediação, é, sem dúvidas, uma clara tentativa de afastar a incidência da regulação prevista para os serviços convencionais (FRAZÃO, 2016), inclusive no tocante à subordinação jurídica e ao vínculo de emprego formal.

A subordinação que vem sendo frequentemente flexibilizada para encaixar os trabalhadores em condições de meros prestadores de serviços, tem seu conceito, de certa maneira, uniforme na doutrina. Em geral, tende a se caracterizar basicamente pela submissão do trabalhador às ordens e ao poder diretivo do empregador. De todo modo, para compreender como ocorre a mitigação da subordinação, cabe salientar a definição dada por Mauricio Godinho Delgado:

Conceito e Caracterização: Subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência. (DELGADO, 2012, p. 294-295).

O entendimento observado até o momento, também adotado pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Recurso de revista 1000123-89.2017.5.02.0038, é o de que o trabalhador tem autonomia para decidir se, quando e onde acessar a (e desconectar da) plataforma ou aplicativo digital, razão pela qual não se subordina à plataforma ou ao aplicativo (BRASIL, 2020). Essa concepção contratualista, segundo a qual prevalece a autonomia da vontade do trabalhador, reputa que é possível escolher até mesmo o local e o horário da prestação do serviço.

Fazendo uma breve análise do acórdão em tela, que decidiu não reconhecer o vínculo de emprego formal do trabalhador com a plataforma Uber, verifica-se que o entendimento majoritário da 5ª Turma do TST também não considera a relação de trabalho como parte da denominada economia de compartilhamento, conforme depreende-se deste trecho da decisão:

As demandadas, em apertada síntese, se opuseram a pretensão autoral argumentando não se tratarem de empresas de transportes, mas cuja atividade principal é a exploração de plataforma tecnológicas, e que nessa perspectiva os motoristas atuam como parceiros, consubstanciando o que hoje se denomina economia compartilhada. Aduziram a ausência de habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação.

[...] No que respeita ao objetivo empresarial das demandas, é falacioso o argumento utilizado na medida em que há controle da concretização do serviço de transporte prestado pelo motorista, dito parceiro. Se se tratasse de mera ferramenta eletrônica, por certo as demandas não sugeririam o preço do serviço de transporte a ser prestado e sobre o valor sugerido estabeleceriam o percentual a si destinado. Também não condicionariam a permanência do motorista às avaliações feitas pelos usuários do serviço de transporte. Simplesmente colocariam a plataforma tecnológica à disposição dos interessados, sem qualquer interferência no resultado do transporte fornecido, e pelo serviço tecnológico oferecido estabeleceriam um preço/valor fixo a ser pago pelo motorista pelo tempo de utilização, por exemplo. (BRASIL, 2020).

Além do entendimento do TST neste julgamento paradigma, assevera-se que a maioria dos tribunais se coadunam com o entendimento da Corte Superior. Segundo pesquisa feita por Natália Marques Abramides Brasil, nas decisões do Tribunal do Trabalho de 3ª Região (São Paulo), verifica-se que frequentemente as decisões excluem a subordinação da relação, decidindo pela improcedência do pedido de reconhecimento de vínculo (BRASIL, 2019, p. 98).

290

Ainda, segundo a pesquisa realizada pela autora supracitada, alguns julgados analisam e excluem outros elementos característicos do vínculo de emprego, não reconhecendo o trabalhador plataformizado como empregado:

[...] Verificou-se a prevalência da utilização de critérios referentes à inexistência dos seguintes aspectos relacionados à caracterização da relação de emprego: a) poder diretivo (em especial considerando as diretrizes passadas pela reclamada aos motoristas se tratariam não de ordem, mas de mera sugestão de conduta, sem acarretar em qualquer consequência em caso de não observância); b) possibilidade de controle de jornada realizada pelo trabalhador, tendo em vista a utilização do aplicativo pelos motoristas conforme sua conveniência, seja em relação aos dias laborados, seja em relação à jornada realizada; c) assunção dos riscos do empreendimento e organização empresarial própria, com base no fato de serem os motoristas os responsáveis por arcar com todas as despesas do veículo, tais como combustível, consertos e seguro. (BRASIL, 2019, p. 98).

Esse entendimento, por um lado, ignora a assimetria entre prestadores e tomadores do trabalho, a qual está na base da criação do

direito do trabalho, cuja principal missão é a proteção do empregado de “forma a minimizar uma desigualdade real diante do poder econômico do empregador, por um sistema de regras jurídicas” (COUTINHO, 1999, p. 7), e, por outro, contribui para a que a clássica concepção de poder punitivo trabalhista seja adaptada para as plataformas e os aplicativos digitais.

Neste sentido, pode-se afirmar que as plataformas e aplicativos digitais tendem a mascarar seu poder diretivo valendo-se de um controle por algoritmos:

[...] as plataformas de trabalho híbridas ao constituir, organizar e manter um padrão de trabalho assalariado assumem a típica faceta do empregador no exercício do poder diretivo e assim atraem a incidência do Direito do Trabalho. A inovação deste modelo empresarial ocorre nos expedientes mais sutis para a manifestação do controle. Abdica-se da estratégia fordista da hierarquia e vigilância do tempo para se valer de um controle por algoritmos, um sistema de reputação, poder punitivo e um dirigismo econômico. Novos métodos tecnológicos e de gestão empresarial para o típico trabalho assalariado, inclusive a gerar uma nova questão social pela retomada da mais-valia absoluta: grandes jornadas; baixa remuneração; custos e riscos de produção atribuídos ao trabalhador. (OLIVEIRA; CARELLI; GRILLO, 2020).

Trata-se, em suma, do favorecimento de uma linha de entendimento segundo a qual o direito de propriedade passa a justificar “uma dominação sobre as pessoas” (COUTINHO, 1999, p. 236) e os aspectos contratuais da relação de trabalho recebem o tratamento de ilícitos para que gerem punições ao invés de serem tratados como inadimplementos contratuais. Ou seja, é uma concepção que ignora o simples fato de que “inexiste castigo para o empregado faltoso” (COUTINHO, 1999, p. 236).

Portanto, verifica-se que há uma série de argumentos utilizados pelo TST e outros tribunais para excluir a subordinação jurídica das relações intermediadas por aplicativos e plataformas digitais, deixando de lado indícios de aplicação do poder diretivo por parte das plataformas e até mesmo a existência de uma economia de compartilhamento. Entretanto, esse entendimento não é unânime, conforme será detalhado no próximo tópico.

4 SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA E NOVAS FORMAS DE SUBORDINAÇÃO

No entanto, alguns doutrinadores partem do entendimento de que o trabalhador está submetido ao trabalho subordinado, mesmo que a subordinação não seja exercida pela figura do empregador, como ocorre tradicionalmente. Trata-se de uma espécie de subordinação algorítmica, como bem explica o professor Antônio Carlos de Vasconcelos:

No trabalho intermediado por plataformas virtuais não é mais o relógio que comanda o trabalho do trabalhador, mas o computador através de gestão programada e centralizada por meio de um *algoritmo* que define regras e comandos expressos por sinais, aos quais o trabalhador para realizar os objetivos do programa. Trata-se de um passo-a-passo para transformar os dados inseridos em um resultado desejado e que até dispensam o antigo modelo de gestão pessoal do trabalho. A tarefa é entregue ao algoritmo que pode até decidir pela desativação (“dispensa”) do trabalhador mediante rigoroso sistema de avaliação estatística. Aqui o próprio homem é que é o objeto da programação, não o software. Os lucros da plataforma, que tem caráter empresarial, não advém do fato sua disponibilização onerosa aos usuários mas incidem sobre valores pagos pelos serviços prestados pelo trabalhador. (VASCONCELOS, 2019, p. 49).

292

A subordinação algorítmica pressupõe uma reformulação do conceito clássico de subordinação e considera válido os meios eletrônicos e telemáticos de supervisão e controle, bem como, leva em consideração as mudanças nas formas do cumprimento do trabalho e do recebimento e cumprimento de ordens (FINCATO, WÜNSCH. 2020).

Há também uma corrente doutrinária que tende a classificar os trabalhadores plataformizados como parassubordinados, seguindo a corrente doutrinária italiana. Essa concepção, apesar de pouco utilizada no Brasil, pode ser conceituada da seguinte maneira:

Os aspectos que qualificam o trabalho parassubordinado, segundo a doutrina e a jurisprudência italianas, podem ser sintetizados **na presença pessoal dominante** da qual deriva a conotação de infungibilidade; na **coordenação** e na **interação** funcional com estrutura da empresa ou com o interesse do sujeito que se utiliza do trabalho de outrem, bem como na **continuidade do empenho no tempo** até atingir o resultado (filme, representação, espetáculo ou programa de televisão). (Grifos da autora) (BARROS, 2017, p. 179).

A concepção de trabalhador parassubordinado não se encaixa de forma fidedigna no formato de prestação de serviço exercido pelos motoristas de aplicativo e pelos trabalhadores de plataformas, não só pelo fato do conceito ser pouco utilizado no Brasil, como também por ser uma categorização utilizada para enquadrar trabalhadores da indústria do entretenimento e assemelhados.

Entretanto, a insuficiência do conceito de parassubordinação não é suficiente para afastar o reconhecimento da existência de uma atualíssima subordinação algorítmica. Nesse sentido, o recente julgado do TST que reconheceu o vínculo de emprego de trabalhador com o Uber, adota expressamente tal modalidade de subordinação como caracterizadora do elemento supostamente faltante para a jurisprudência majoritária:

Por fim, a **subordinação** jurídica foi efetivamente demonstrada, destacando-se as seguintes premissas que se extraem do acórdão regional, incompatíveis com a suposta autonomia do trabalhador na execução do trabalho: **1) a Reclamada organizava unilateralmente as chamadas dos seus clientes/passageiros e indicava o motorista para prestar o serviço; 2) a empresa exigia a permanência do Reclamante conectado à plataforma digital para prestar os serviços, sob risco de descredenciamento da plataforma digital (perda do trabalho); 3) a empresa avaliava continuamente a *performance* dos motoristas, por meio de um controle telemático e pulverizado da qualidade dos serviços, a partir da tecnologia da plataforma digital e das notas atribuídas pelos clientes/passageiros ao trabalhador. Tal sistemática servia, inclusive, de parâmetro para o descredenciamento do motorista em face da plataforma digital – perda do trabalho –, caso o obreiro não alcançasse uma média mínima; 4) a prestação de serviços se desenvolvia diariamente, durante o período da relação de trabalho – ou, pelo menos, com significativa intensidade durante os dias das semanas –, com minucioso e telemático controle da Reclamada sobre o trabalho e relativamente à estrita observância de suas diretrizes organizacionais pelo trabalhador, tudo efetivado, aliás, com muita eficiência, por intermédio da plataforma digital (meio telemático) e mediante a ativa e intensa, embora difusa, participação dos seus clientes/passageiros. (grifos do autor). (BRASIL, 2022).**

Ademais, as punições adotadas pelos aplicativos e pelas plataformas digitais extrapolam até mesmo o equilíbrio contratual que assumem como pressuposto. Em alguns casos, os trabalhadores são penalizados, recebem

advertências, são bloqueados e até mesmo desligados como ocorre, por exemplo, com os cancelamentos de corridas por parte dos motoristas de Uber. Existem punições também para motoristas que têm nota de avaliação (feita pelos usuários) abaixo de 4,6 em uma escala que vai de 0 até 5 (CARELLI, 2021, p. 177)⁵.

Logo, trata-se de uma tentativa de fazer prevalecer uma responsabilidade civil do motorista sem qualquer tipo de dano, a qual extrapola os limites legais previstos no art. 186 do Código Civil. Note-se que referido artigo estabelece um dever jurídico de reparar danos causados, tendo como pressupostos o descumprimento de um dever jurídico precedente e a caracterização de um dano:

“Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

294

Em sintonia com essa disposição, o art. 927 do Código Civil reconhece que a obrigação de reparar os danos vincula quem pratica ato ilícito, assim entendidas as ações e as omissões realizadas nos termos dos arts. 186 e 187 do mesmo *Codex*. Portanto, além de inerente a um pretensão direito punitivo, a prática é ilegal e abusiva, caracterizando nítida situação de desequilíbrio contratual. Tudo isso reforça a procedência de teses que reconhecem uma subordinação algorítmica.

5 CONCLUSÕES

Em um primeiro momento, a pesquisa constatou que a condição ambivalente das plataformas e dos aplicativos é utilizada com pretensão de

⁵ No artigo escrito por Rodrigo de Lacerda Carelli há uma série de relatos de motoristas vinculados à plataforma Uber, aduzindo que há punições e que ocorre o descrédito da plataforma dos motoristas por cancelamento de corridas: “O motorista Rafael informou que: “Se você tem um nível muito grande de rejeição de corridas, eles te mandam um e-mail ou te bloqueiam e te chamam pra ir lá [na sede da Uber].” “Diego, 32 anos, superior completo em educação física, afirmou que: “os motoristas vêm recebendo comunicados dizendo para o motorista não recusar *Uber Pool*, sob pena de ser descrédito.””

meras intermediárias entre o trabalhador e o usuário do serviço, levando ao entendimento de que os trabalhadores seriam apenas parceiros de negócios das plataformas. Porém, não há por parte da plataforma renúncia aos poderes de fiscalização e muito menos de punição. Tanto os anunciantes de produtos quanto os prestadores de serviços podem ser penalizados (descontos retidos nos valores a receber) ou descredenciados se descumprirem as regras das plataformas/aplicativos.

O entendimento majoritário, segundo o qual não há vínculo de emprego entre trabalhadores e plataformas ou aplicativos, deixa em aberto as imprescindíveis questões acerca da condição paradoxal dos aplicativos e das plataformas, das punições aplicadas aos trabalhadores independente de qualquer dano, bem como das relações assimétricas com os trabalhadores.

Tal lacuna se dá sobretudo por estar calcado na concepção tradicional de subordinação, pretérita às novas tecnologias e, por isso, completamente alheia às transformações produzidas pelas recentes técnicas computacionais.

Esse entendimento encara o tema de maneira isolada do modo de sua prestação, o que permite abstrair da relação de trabalho as formas de fiscalização, controle e punição. De acordo com tal concepção, tem-se uma resignificação das relações trabalhistas e do vínculo de emprego que toma como pressuposto o fato de que “a separação do sujeito trabalhador e sua força de trabalho somente ocorre artificialmente, para permitir a adoção de uma contratualidade como instrumento jurídico de inserção do trabalho como elemento de produção” (COUTINHO, 2016, p. 55).

Ou, dito de outro modo, uma linha de entendimento que atende aos anseios da versão neoliberal do capitalismo, para a qual é imprescindível uma cisão discursiva entre sujeito e objeto do trabalho de acordo com a qual a produção de riquezas é quase independente do trabalho desempenhado e o sujeito deve se submeter aos desmandos dos novos tomadores do trabalho – anteriormente enquadrados juridicamente como empregadores.

Uma compreensão mais ampla do fenômeno, contudo, deve abranger não só a existência de um empregador que exerce pessoal e presencialmente a fiscalização e o controle da realização do trabalho, mas

também as possibilidades de automa(tiza)ção dessas tarefas. Nesse sentido, o uso de algoritmos, por um lado, é incompatível com a noção consolidada de subordinação e, por outro, não só mantém presente a subordinação, como também tornam mais sutis e presentes a fiscalização e o controle.

De certo modo, essa compreensão está ocorrendo gradativamente, é o que se verifica a partir da análise dos dois acórdãos divergentes do TST. Enquanto uma turma entende que não há vínculo de emprego e o trabalhador plataformizado não é subordinado, a outra entende que há o exercício do controle e a incidência do poder diretivo por parte dos aplicativos e plataformas digitais. Dito de outro modo, está-se caminhando para o aprofundamento do tema e a uniformização da jurisprudência, mesmo que isso não signifique encerrar a discussão ou resolver o problema definitivamente.

Outros questionamentos ainda não respondidos sobre o tema são: quais os limites da subordinação algorítmica ou até que ponto o controle telemático pode chegar para direcionar e coordenar os trabalhos prestados de forma remota? Ou ainda, como será feito o reconhecimento dessa nova perspectiva de subordinação? Enfim, quais serão os direcionamentos que as novas tecnologias e o direito do trabalho precisarão tomar para abranger os novos formatos das relações de trabalho?

REFERÊNCIAS

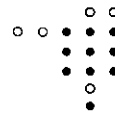
BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. **Recurso de revista 1000123-2017.5.02.0038**. Rel. Min. Breno Medeiros, j. em 5 fev 2020. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=242502&dtaPublicacaoStr=07/02/2020%2007:00:00&nia=7443195>>. Acesso em: 14 mai 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. Recurso de revista 100353-02.207.5.01.0066. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. Em 11 abri. 2022. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar>>. Acesso em: 14 mai 2022.

BRASIL, Natália Marques Abramides. **Relações de trabalho em plataformas digitais: desafios ao modelo tradicional do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de **carona para o século XIX**. *In*: Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, v. 9, n. 13, p. 177-207, maio 2021. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/188682>>. Acesso em: 14 mai 2022.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Propostas para uma ressignificação do princípio da proteção. *In*: FERRAREZE FILHO, Paulo; MATZENBACHER, Alexandre. (Org.). **Proteção do trabalhador**: perspectivas pós-constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito de trabalho. 7. Ed. São Paulo: LTr 2008.
- FRAZÃO, Ana. Tecnologia e regulação dos “novos serviços”. **Jota**, São Paulo, 6 out 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/tecnologia-e-regulacao-dos-novos-servicos-06102016>>. Acesso em: 14 mai 2022.
- FILGUEIRAS, Vitor. ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. *In*: ANTUNES, Ricardo. (Org.). **Uberização, Trabalho Digital e Industria 4.0**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- FINCATO, Denise Pires. WÜNSCH, Guilherme. Subordinação Algorítmica: **Caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 86, n. 3, p. 40-56, jul/set 2020.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: **Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. Florianópolis: UFSC, 2008.
- MORIMOTO, Carlos Eduardo. **Dicionário**: termos técnicos de informática. 3. ed. p. 68. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/hd000001.pdf>>. Acesso em: 5 mai 2022.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. *In*: Revista Direito e Práxis, Volume: 11, Número: 4, Publicado: 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/i/2020.v11n4/>>. Acesso em: 14 mai 2022.
- ROSENFELD, Cinara Lerrer; ALMEIDA, Jalcione. Editorial: Plataformização do trabalho. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 23, n. 57, pp. 9-16, 2021.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes de Vasconcelos. Impactos da tecnologia da informação nas relações de trabalho: das plataformas vituais (crowdsourcing) ao precariado e ao desemprego. *In*: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. BARBATO, Maria Rosaria. MOURA, Natália das Chagas (Orgs). **Trabalho, Tecnologias e os Desafios Globais dos Direitos Humanos: Estudos e Perspectivas Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO DAS MULHERES: ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO¹

Suzéte da Silva Reis²
Victória Scherer de Oliveira³

Resumo: Em que pese os avanços significativos na proteção do direito do trabalho das mulheres, as discriminações contra o gênero ainda permeiam o cenário trabalhista, exigindo do Estado e da sociedade uma atuação conjunta em prol da igualdade e da não discriminação, atentando-se aos tratados e compromissos assumidos no âmbito internacional. À vista disso, torna-se relevante o conhecimento sobre os instrumentos internacionais de proteção, ratificados pelo Brasil, que asseguram a proteção do direito social ao trabalho das mulheres e adotam uma perspectiva de gênero para

299

¹ Este artigo foi desenvolvido a partir das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul.

² Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Mestre em Direito – Área de Concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior-CAPES, pela UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNISC. Professora em cursos de Especialização *Latu Sensu* na área de Direito do Trabalho, em diversas universidades. Graduada em Pedagogia, pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1990). ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-8820-6385>>

³ Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduada na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa de Iniciação Científica pelo CNPq (2017/2021). Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNISC, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Suzéte da Silva Reis. ORCID: <<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-4708-7145>>.

promover uma transformação social. Assim, busca-se responder: quais os posicionamentos dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil quanto à proteção dos direitos trabalhistas das mulheres? Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Serão objetos de análise: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador (adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais), a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Consta-se proteção gradativa dos direitos sociais nos instrumentos de proteção internacional ratificados pelo Brasil, agindo sob uma perspectiva de gênero para interpretar normas e analisar casos concretos, com o fim de combater a discriminação das mulheres no ambiente laboral, bem como de promover a eficácia plena do direito à igualdade e não discriminação.

Palavras-chave: Proteção Internacional do Direito do Trabalho. Direitos Trabalhistas das Mulheres. Igualdade e Não Discriminação. Perspectiva de Gênero.

1 INTRODUÇÃO

Após os acontecimentos nefastos da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se a necessidade de fortalecimento e resgate da democracia, na finalidade de assegurar a não repetição de atos atentatórios aos direitos humanos. Nesta nova perspectiva humanista, os países assumem o compromisso de promover uma transformação social, amparada pelo pluralismo e balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta ótica, a garantia de igualdade material e pluralista e o reconhecimento das diferenças sociais de uma sociedade heterogênea ganham palco, cabendo aos Estados o dever de assegurar direitos e de fiscalizar eventuais violações, em busca de uma garantia material, para além da norma positivada. O olhar de proteção estatal deve incidir

notadamente na salvaguarda de direitos de grupos minoritários, que carecem de representação no regime democrático.

Os avanços foram cooperados pela adesão a tratados internacionais, posituação de normas de proteção e criação de políticas públicas. Contudo, apesar de materializada a garantia, a transformação é cultural, exigindo uma atuação conjunta entre os Estados, a sociedade e os órgãos de proteção internacional. À vista disso, torna-se relevante e essencial o conhecimento sobre as normas de proteção internacionais dos tratados ratificados pelo Brasil, para que, com atenção ao controle de convencionalidade, se concretize uma proteção multinível dos direitos humanos, notadamente de grupos ainda marginalizados, que, em razão de fatores históricos e culturais, sofrem discriminações estruturais, como as mulheres.

No âmbito trabalhista, as disparidades tornam-se gritantes quando mulheres se deparam com discriminações decorrentes do gênero, evidenciando situações de divisão sexual do trabalho, que prejudicam a inserção da mulher no mercado de trabalho e a ascensão de carreira, abrangendo, ainda, uma jornada dupla de trabalho, como reflexo do papel social da mulher na sociedade. Tais óbices são questões que ainda devem ser alvo de discussão no contexto trabalhista, a fim de promover a real igualdade pluralista e a não discriminação.

Portanto, com base nisso, busca-se responder: quais os posicionamentos dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil quanto à proteção das mulheres no ambiente de trabalho? Será utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo-se de premissas gerais, para se gerar ao fundamento específico em resposta ao problema e, como técnica de pesquisa, utilizar-se-á a técnica bibliográfica.

Desse modo, objetiva-se, de início, pontuar e especificar os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, ao direito social ao trabalho e aos direitos das mulheres ratificados pelo Brasil e, analisar, sob uma perspectiva de gênero, a proteção conferida às mulheres por tais dispositivos. Assim, pontua-se que serão objetos de estudo os instrumentos de alcance geral, remetidos a todos os indivíduos e os dispositivos de alcance específico, que se destinam a combater determinadas violações de direitos humanos, como a discriminação contra a mulher.

Delimita-se a apreciação dos seguintes instrumentos de alcance geral: Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entre os dispositivos de alcance específico serão analisados: Protocolo de San Salvador (adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais), Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Isto posto, parte-se para a análise e especificações dos instrumentos elencados, com vistas a investigar como tais dispositivos enfrentam a discriminação de direitos trabalhistas das mulheres.

2 A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A COOPERAÇÃO DOS SEUS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO

302

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos formalizou-se com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em 1948, percebendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos, criada em 1959. A atuação da Comissão tem por base o monitoramento da situação dos direitos humanos dos Estados signatários, dedicando atenção especial a grupos historicamente submetidos à discriminação, fundamentando o seu trabalho no princípio pro homine e na incorporação da perspectiva de gênero em todas as suas atividades (OEA, 1889)⁴.

Aprovada em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor em 1978, conferindo aos Estados signatários o compromisso internacional de respeitar e garantir os direitos humanos elencados no seu corpo normativo. Além disso, promoveu a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um tribunal

⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). O que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos? 1889. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 13 abr 2022.

jurisdicional do sistema interamericano, atribuindo suas competências e procedimentos. Do mesmo modo, definiu as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já exercia sua atuação antes da Convenção (OEA, 1889)⁵.

Enquanto órgão jurisdicional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos age como última intérprete da Convenção, assumindo uma dupla função, prevista nos artigos 64 e 66 da Convenção Americana: a contenciosa e a consultiva (LEAL; LIMA, 2020, p. 196)⁶. O Brasil reconheceu sua jurisdição em 1998, concordando com a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relacionados à interpretação ou à aplicação da Convenção Americana.

Em seu texto, nos artigos 29⁷ e 31⁸, a Convenção Americana

⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). O que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos? 1889. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 13 abr 2022.

⁶ LEAL, Mônia Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da opinião consultiva 24/2017. Revista *Ius Et Veritas*, n. 61, 2020.

⁷ Artigo 29: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. São José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr 2020.

⁸ Artigo 31. “Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. São José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr 2020.

aproxima-se da ideia de cláusulas abertas, que permitem diferentes interpretações do texto legal, para que funcione como uma norma viva, capaz de acompanhar as transformações sociais e o contexto do caso concreto (LEAL; LIMA, 2020, p. 197)⁹.

No que concerne ao direito social ao trabalho, a Comissão Americana prevê, no seu artigo 26, a proteção de direitos econômicos, sociais e culturais, conferindo aos Estados signatários a obrigação de

“adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” (CADH, 1978)¹⁰.

Em aparato, reitera no seu preâmbulo que a incorporação da Carta da Organização dos Estados Americanos compõe normas mais amplas relacionadas a direitos econômicos e sociais, memorando a Declaração Americana, para entender que a ideia de ser humano livre pressupõe uma vida livre do medo e da miséria, o que só pode se concretizar com a garantia de condições sociais dignas, capazes de permitir aos indivíduos o desfrute de seus direitos econômicos, sociais e culturais (CADH, 1978)¹¹.

A igualdade perante a lei também vem positivada no artigo 24 da Convenção Americana e busca combater a discriminação decorrente da raça, do gênero, da condição social e econômica. Em atenção a isto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como intérprete autêntica

⁹ LEAL, Mônia Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da opinião consultiva 24/2017. Revista Ius Et Veritas, n. 61, 2020.

¹⁰ A tradução: “adotar medidas, tanto internamente quanto por meio da cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para alcançar progressivamente a plena realização dos direitos”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. São José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr 2020.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. São José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr 2020.

da Convenção, construiu, jurisprudencialmente, o entendimento que possibilita a adoção de um tratamento desigual positivo nos casos em que envolvem grupos marginalizados historicamente, desde que devidamente justificado, seguindo os aspectos de proporcionalidade (LEAL, 2018, p. 279)¹².

Ao exercer sua função consultiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a opinião consultiva número 27 de 2021, em resposta à solicitação da Comissão Interamericana. O parecer versou sobre os direitos à liberdade sindical e negociação coletiva e sua relação com o direito ao trabalho, aderindo uma perspectiva de gênero para a análise. Entendeu que, para a efetivação do direito ao trabalho:

a protección de los sindicatos es un factor clave para asegurar el acceso al trabajo decente y la igualdad, pues pueden ayudar a las mujeres trabajadoras, especialmente las que trabajan en el hogar, las empleadas domésticas o las trabajadoras migratorias a reivindicar sus derechos. En ese sentido, señaló que existe un vínculo histórico entre unsindicalismo firme y una sociedad más equitativa (CORTE IDH, 2021, p.24)¹³.

Decidindo assim, os Estados tornam-se incumbidos de aplicar uma interpretação amparada sob uma perspectiva de gênero para buscar a resolução de casos de conflitos laborais que envolvem as mulheres. Ainda, invocou o princípio da igualdade e não discriminação para entender que o direito à igualdade, positivado no artigo 24 da Convenção Americana, contempla duas dimensões: a formal, de garantia perante a lei e a material, que exige uma postura ativa dos Estados, na promoção de medidas positivas a favor de grupos historicamente discriminados (CORTE IDH, 2021, p. 58)¹⁴.

¹² LEAL, Mônia Hennig. Derechos de los grupos em situación de vulnerabilidad. In: LANDA ARROYO, César. Derechos fundamentales. Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2018.

¹³ A tradução: “A proteção dos sindicatos é um fator chave para garantir o acesso ao trabalho decente e a igualdade, pois podem ajudar as mulheres trabalhadoras, especialmente aquelas que trabalham em casa, trabalhadoras domésticas ou trabalhadoras migrantes a reivindicar seus direitos. Nesse sentido, ele apontou que existe um vínculo histórico entre o sindicalismo firme e uma sociedade mais justa”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva OC-27/21. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva OC-

A Corte Interamericana de Direitos Humanos preocupou-se, ainda, em resgatar o marco histórico de exclusão das mulheres no espaço laboral e sindical, percebendo as mulheres como titulares de todos os direitos sociais, econômicos e culturais, de liberdade sindical e negociação coletiva, que garantem às mulheres o gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias sem discriminação (CORTE IDH, 2021, p. 61)¹⁵. À vista disso, indicou três obrigações fundamentais dos Estados para combater a discriminação contra o gênero no contexto trabalhista:

Los Estados deben garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y privado, la mujer esté protegida contra la discriminación [...] por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación”; b) los Estados deben “mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces”; y c) los Estados deben “hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales (CORTE IDH, 2021, p. 63)¹⁶.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de igual modo, vem colecionando julgados que conferem a aplicação progressiva dos direitos sociais com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana, notadamente no que concerne à proteção de grupos em situação

27/21. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva OC-27/21. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

¹⁶ A tradução: “Os Estados devem garantir que não haja discriminação direta ou indireta contra as mulheres nas leis e que, na esfera pública e privada, as mulheres sejam protegidas contra a discriminação [...] por tribunais competentes e pela existência de sanções e outras formas de reparação”; b) os Estados devem “melhorar a situação de fato das mulheres adotando políticas e programas concretos e eficazes”; e c) os Estados devem “enfrentar as relações de gênero predominantes e a persistência de estereótipos de gênero que afetam as mulheres não apenas por meio de atos individuais, mas também porque se refletem em leis e estruturas jurídicas e instituições”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião consultiva OC-27/21. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

de vulnerabilidade (PIOVESAN, 2014, p. 84)¹⁷. No tangente ao direito social ao trabalho, menciona-se, a título de exemplo, o caso Baena Ricardo e outros versus Panamá, que revelou uma situação de demissão arbitrária de 270 funcionários públicos em razão da participação em greve¹⁸. A Corte Interamericana decidiu, com fundamento no direito ao devido processo legal e a proteção judicial pela condenação do Estado do Panamá, determinado a indenização e a reintegração dos trabalhadores (CORTE IDH, 2003)¹⁹.

Recentemente, no ano de 2020, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo caso dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus. Em síntese, a situação é decorrente de uma explosão ocorrida na empresa de fabricação de fogos de artifício, atividade comumente desenvolvida na região, que revelou fatos graves de trabalho infantil e trabalho escravo. O posicionamento adotado pela Corte Interamericana entendeu que a pobreza foi um fator determinante para o agravamento da situação de informalidade e insalubridade (CORTE IDH, 2020, p. 20)²⁰.

Ainda, nota-se, no caso, que a fábrica funcionava irregularmente com o aval do Ministério do Exército, demonstrando total descaso e omissão estatal, que não se comprometia com a fiscalização da atividade de graves riscos à vida. Destaca-se que a situação acarretou a morte de 60 trabalhadores, sendo 40 (quarenta) mulheres, 19 (dezenove) meninas e 1

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v.3, n.1, jan/jun 2014.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentença de 28 de novembro de 2003. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentença de 28 de novembro de 2003. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

(um) menino. As mulheres trabalhavam mais de dez horas, enquanto as crianças exerciam a atividade por seis horas diárias no período letivo e o dia inteiro durante as férias (CORTE IDH, 2020, p. 23)²¹.

Neste contexto, surge a essencialidade de um sistema de proteção eficiente, tanto no âmbito interno, como no âmbito externo, atuando sob uma perspectiva de proteção multinível de direitos, amparada pelo diálogo entre tais sistemas. A respeito disso, a construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos consolida a ideia de um controle de convencionalidade, que pressupõe a conformidade entre a norma externa e interna, de modo que “aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo” (PIOVESAN, 2014, p. 91)²².

Agindo assim, os Estados e os órgãos de proteção de direitos humanos internacionais trabalham cooperativamente, visto que “os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo” (PIOVESAN, 2014, p. 93)²³. No que tange à proteção de direitos sociais no Sistema Interamericano, percebe-se a concepção da ideia de indivisibilidade de direitos humanos, eis que o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a exequibilidade plena de direitos humanos (GOMES, 2011, p. 80)²⁴. Ou seja, não é possível assegurar a vida, sem a salvaguarda de condições de trabalho dignas e suficientes para garantir alimentação, moradia e saúde.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

²² PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v.3, n.1, jan/jun 2014.

²³ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v.3, n.1, jan/jun 2014.

²⁴ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Os Direitos Sociais no âmbito do Sistema Internacional de Normas de Proteção dos Direitos Humanos e seu Impacto no Sistema Brasileiro: Problemas e Perspectivas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, n. 49, v. 1, jan/jun, p. 73-100, 2011.

Desse modo, a Convenção Americana, a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana atuam sobre os direitos trabalhistas das mulheres, ressaltando que sua atuação na proteção de tais direitos recebeu maior destaque nos posicionamentos mais recentes, que entendeu os direitos trabalhistas como vinculantes para a efetivação dos demais direitos.

Isto posto, parte-se para a análise do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ou Protocolo de San Salvador) que objetivou a proteção mais ampla destes direitos, visto que, a Convenção Americana carece de dispositivos legais de proteção intrínseca aos direitos sociais, reconhecendo, quase exclusivamente, os direitos civis e políticos.

3 PROTOCOLO DE SAN SALVADOR COMO UM DOCUMENTO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

309

Ante à permissão normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi submetido à apreciação dos Estados partes o protocolo adicional à Convenção em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. O Brasil aceitou o tratado em agosto de 1996, assumindo a responsabilidade internacional por direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito ao trabalho e a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho.

Somando-se a isto, os Estados se comprometem, em atenção ao protocolo, com a obrigação de não discriminação decorrente da raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (OEA, 1988)²⁵. O protocolo preocupou-se em normatizar, no corpo do artigo sexto, que prevê a garantia ao

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OEA). Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de San Salvador. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2022.

direito do trabalho, a proteção das mulheres, positivando que os Estados “comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho” (OEA, 1988)²⁶.

A vedação de discriminação prevista no artigo terceiro deve ser interpretada amplamente, de forma que a proibição incida em todas as fases processuais da contratação, execução e afastamento laboral, visto que as discriminações, notadamente contra o gênero mulher, podem ocorrer em qualquer etapa do recrutamento, seleção e admissão ou no curso do contrato de trabalho e cessação (ROMITA, 2006, p. 25)²⁷.

Os artigos sexto, sétimo e oitavo preocupam-se diretamente em assegurar o direito social ao trabalho e condições justas, equitativas e satisfatórias e aos direitos sindicais. Quanto à segunda garantia, o Protocolo prevê a necessidade de uma remuneração justa que assegure a subsistência digna do trabalhador, concedendo-lhe o direito de optar, de acordo com a sua vocação, pelo labor que que melhor atenda às suas necessidades e expectativas. Ainda, a limitação da jornada de trabalho atenta-se para a proteção contra o retrocesso, a fim de combater o trabalho escravo (OEA, 1988)²⁸.

Na perspectiva de proteção multinível de direitos humanos, anteriormente apresentada, o Protocolo de San Salvador contempla em seu artigo quarto a não admissão de restrições a quaisquer direitos reconhecidos no documento, reconhecendo que não há hierarquia entre o direito interno e externo, devendo ser aplicada a norma mais benéfica

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OEA). Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de San Salvador. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2022.

²⁷ ROMITA, Arion Sayão. O princípio da não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OEA). Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de San Salvador. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2022.

ao indivíduo (OEA, 1988)²⁹. Quanto ao referido princípio, pontua Alcalá (2016, p. 16)³⁰ que:

*El principio favor persona emana del objeto y fin de los tratados Internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, determinando una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más flertemente despliegue la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente*³¹.

Desse modo, o Protocolo San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, atua normativamente para proteção do direito social ao trabalho, em busca de condições equitativas e justas, com fundamento no princípio da igualdade e não discriminação, para o fim de combater disparidades entre homens e mulheres no âmbito trabalhista.

Posto isto, parte-se para a análise dos instrumentos específicos de proteção às mulheres no plano internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam: Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OEA). Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Protocolo de San Salvador. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2022.

³⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla preferencia normativa. Revista de Derecho Publico, Chile, v. 84, p. 13-43, 2016. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43057/44992>>. Acesso em: 30 abr 2022.

³¹ A tradução: O princípio favor persona decorre do objeto e finalidade dos tratados internacionais que asseguram e garantem os direitos humanos, determinando uma interpretação que otimize a garantia, a garantia e o efetivo exercício e gozo de tais direitos como um todo, sempre dando preferência à interpretação que mais exibir convenientemente a eficácia jurídica do ou tais direitos, bem como a aplicação preferencial daquela norma que melhor protege os atributos que compõem os direitos que os garantem mais amplamente.

4 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ (CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER)

Em 1979, as Nações Unidas aprovam a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que foi ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção, impulsionada pelo Ato Internacional da Mulher se propõe a eliminar as discriminações contra o gênero mulher, ao passo que promove a igualdade. Em adesão à proposta da Declaração Universal, a Convenção trata os direitos humanos como indivisíveis e indispensáveis para assegurar uma vida digna (PIOVESAN, 2012, p. 302)³².

Em atenção a isto, busca combater as discriminações existentes no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, balizando sua atuação no princípio da igualdade e não discriminação. Sabe-se que, para a concretização deste objetivo, não basta a positividade da vedação de discriminação, exigindo dos Estados uma postura ativa que promova políticas públicas eficientes e adequadas, por meio de ações afirmativas, permitindo uma “discriminação positiva”:

os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório. Através delas busca-se garantir a pluralidade e a diversidade social (PIOVESAN, 2012, p. 304)³³.

Desse modo, a Convenção combina a proibição de discriminação contra as mulheres, ao mesmo tempo em que fomenta a criação de políticas compensatórias como estratégia para estimular a igualdade. Assim, reconhece que “a eliminação da violência contra a mulher é condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena e igualitária participação

³² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

em todas as esferas de vida” (ONU, 1979)³⁴. A Convenção reconhece os estereótipos condicionados às mulheres, valorizando a necessidade de uma educação livre de padrões de comportamentos sociais baseados em conceitos de inferioridade e subordinação do papel do gênero (ONU, 1979)³⁵.

A criação e existência de uma Convenção voltada para os direitos das mulheres na ordem internacional é de suma importância para garantir avanços significativos na proteção do gênero, já que trata como urgência as questões de discriminação social e estrutural, que estão enraizadas na sociedade atual (VIEIRA, 2017, p. 598)³⁶. Tal documento conceitua a discriminação contra a mulher no corpo do seu artigo 1º:

a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ONU, 1979)³⁷.

Desse modo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher adota diferentes perspectivas sobre o histórico de violências contra as mulheres, invocando medidas necessárias para combatê-las. Outro avanço significativo de interesse específico das mulheres é a Convenção de Belém do Pará – Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

³⁴ Organização das Nações Unidas (ONU). Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 2 jun 2022.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 2 jun 2022.

³⁶ VIEIRA, Manuela do Corral. Mulheres e discriminação: Estudo sobre a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 18 n. 116 out 2016/jan, p. 583-602. 2017.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 2 jun 2022.

Este instrumento foi editado na Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificado pelo Brasil em 1995. A Convenção propõe estratégias de proteção internacional das mulheres, admitindo, no seu artigo doze, a possibilidade de apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, petições referentes a denúncias ou queixas de violação por um Estado signatário, cabendo este reconhecimento a qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização (OEA, 1994)³⁸.

Fazendo isso, a Convenção coopera para a atuação positiva e ativa dos Estados, posto que “a visibilidade e a publicidade das violações trazem o risco do constrangimento político e moral do Estado violador, que será compelido a apresentar justificativas da sua prática no fórum da opinião pública internacional” (PIOVESAN, 2017, p. 310)³⁹. Sendo condenado, o Estado parte poderá ser condenado internacionalmente em razão de afronta aos direitos fundamentais assegurados às mulheres no plano internacional, cabendo medidas que garantem a não repetição de atos atentatórios aos direitos do grupo.

A Convenção, ainda, preocupa-se com a violência contra o gênero no local de trabalho, assumindo que a opressão contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica como o assédio sexual no local de trabalho. O documento entende que a violência contra a mulher impede e anula o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (OEA, 1994)⁴⁰.

Para a adoção de medidas, os Estados devem atentar-se ao artigo nono da Convenção, que enfatiza a necessidade de considerar a

³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção De Belém Do Pará. 1994. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/belemdopara.asp>>. Acesso em: 28 jun 2022.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. 1994. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/belemdopara.asp>>. Acesso em: 28 jun 2022.

situação da mulher vulnerável, seja em razão da sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada ou, ainda, gestantes, deficientes, menores, idosas ou em situação sócio-econômica desfavorável, afetadas por situações de conflito armado ou de privação da liberdade (OEA, 1994)⁴¹.

Assim, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher) cooperam para combater a violência contra o gênero mulher, promovendo a eficácia do direito à igualdade e não discriminação, que repercute efeitos diretos no contexto trabalhista.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se que, em que pese a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não ter sido concebida para proteger os direitos sociais, como o direito ao trabalho, mas sim para atuar como uma carta de direitos civis e políticos, a proteção trabalhista vem amparada pelo Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana, que buscou proteger, intrinsecamente, direitos sociais, econômicos e culturais.

A atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos cooperam para a proteção dos direitos trabalhistas, notadamente das mulheres, em razão das discriminações decorrentes do gênero, promovendo uma atuação ampla gradativa e adotando uma perspectiva de gênero para analisar casos e interpretar normas.

Destaca-se que a adoção de uma perspectiva de gênero corresponde ao reconhecimento do contexto histórico das mulheres, marcado por desigualdades e opressões, que desestabilizam a igualdade material no ambiente de trabalho, relacionando isto ao papel da mulher na esfera pública e privada.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. 1994 Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/belemdopara.asp>>. Acesso em: 28 jun 2022.

Do mesmo modo, a criação de Convenções que protegem exclusivamente os direitos das mulheres, com a finalidade de tornar eficaz o princípio da igualdade e não discriminação coopera para o combate à violência contra o gênero no ambiente laboral, já que incumbem aos Estados signatários uma atuação ativa, na promoção de medidas eficientes e políticas públicas suficientes para proteger as mulheres.

Nesse sentido, os referidos documentos oferecem subsídios para a garantia de proteção dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito trabalhista e, especialmente, das mulheres que, historicamente, são objeto de diferentes formas de discriminação e de violação de direitos. A partir do conteúdo desses documentos, bem como da atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível extrair fundamentos tanto para a elaboração de políticas públicas que assegurem a igualdade de gênero, quanto para embasar decisões do Judiciário trabalhista no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito ao princípio da igualdade e da não discriminação.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, Chile, v. 84, p. 13-43, 2016. Disponível em: <<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43057/44992>>. Acesso em: 30 abr 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá**. Sentença de 28 de novembro de 2003. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva OC-27/21**. Sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mai 2022.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Os Direitos Sociais no âmbito do Sistema Internacional de Normas de Proteção dos Direitos Humanos e seu Impacto no Sistema Brasileiro: Problemas e Perspectivas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, n. 49, v. 1, jan/jun, p. 73-100, 2011.

LEAL, Mônia Hennig. Derechos de los grupos em situación de vulnerabilidad. In: LANDA ARROYO, César. **Derechos fundamentales**. Actas de las III Jornadas Nacionales de Drechos Fundamentales. Lima: Palestra Editores, 2018.

LEAL, Mônia Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da opinião consultiva 24/2017. **Revista Ius Et Veritas**, n. 61, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 2 jun 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – **Convenção De Belém Do Pará**. 1994. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/belemdopara.asp>>. Acesso em: 28 jun 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **O que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos?** 1889. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 13 abr 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2022.

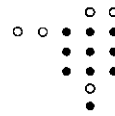
ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. São José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr 2020.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v.3, n.1, jan/jun 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio da não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). **A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

VIEIRA, Manuela do Corral. Mulheres e discriminação: Estudo sobre a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 18 n. 116 out 2016. jan, p. 583-602. 2017.



PERDA AUDITIVA INDUZIDA POR RUÍDO: PARTICIPAÇÃO DO FONOAUDIÓLOGO EM PROCESSOS TRABALHISTAS INDENIZATÓRIOS

*Thayrine Morgan de Souza¹
Débora Lüders²*

Resumo: O trabalhador exposto ao ruído pode desenvolver, com o passar dos anos, efeitos auditivos e não auditivos, especialmente a perda auditiva induzida por ruído (PAIR). Por isso, o empregado, respaldado pela Lei, muitas vezes processa seu empregador. O juiz trabalhista, no decorrer do processo judicial, nomeia um perito para dar seu parecer e identificar eventual nexos causal entre a doença e o labor realizado. O fonoaudiólogo é um dos profissionais habilitados para atuar como perito em ações judiciais. Deste modo, o presente estudo buscou analisar a participação do fonoaudiólogo nas sentenças judiciais de processos trabalhistas que possuam pedidos indenizatórios por PAIR.

319

Palavras-chave: Perda Auditiva Induzida por Ruído. Trabalhadores. Indenização. Legislação Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

O ruído é definido como “som indesejado” que faz parte do cotidiano das pessoas e, por isso, está presente nas atividades recreativas e no local de trabalho (BASNER *et al.*, 2017). Por ser um tipo de poluição sonora, há muitos anos o ruído vem sendo motivo de preocupação global (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2009). O último relatório

¹ Fonoaudióloga, Especialista em Audiologia, Mestranda em Distúrbios da Comunicação pela Universidade Tuiuti do Paraná. <<https://orcid.org/0000-0002-6436-0895>>. ID Lattes 4603368952452568.

² Fonoaudióloga, Especialista em Audiologia, Mestre em Comunicação Humana e Doutora em Distúrbios da Comunicação pela Universidade Tuiuti do Paraná. Professora adjunta do curso de graduação em Fonoaudiologia e do Programa de Mestrado e Doutorado em Distúrbios da Comunicação.

mundial sobre audição lançado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) tratou da exposição a sons elevados/ruídos como um dos múltiplos fatores causadores de perda auditiva e estimou que aproximadamente 16% da perda auditiva encontrada em adultos resulta da exposição ao ruído excessivo no local de trabalho (OMS, 2021). Este mesmo relatório revela ainda, que mais de 1,5 bilhão de pessoas ao redor do mundo apresentam algum grau de perda auditiva, que pode impactar significativamente suas vidas (OMS, 2021).

Quando exposto ao ruído em seu local de trabalho, o trabalhador pode desenvolver a perda auditiva induzida por ruído (PAIR), que é a doença ocupacional de maior prevalência nos ambientes de trabalho conforme demonstrado nos estudos científicos e epidemiológicos sobre o tema (LIE *et al.*, 2016; GOLMOHAMMADI; DARVISHI, 2019). Mas apesar de ser uma das condições ocupacionais mais prevalentes, ocorrer em um amplo espectro de locais de trabalho e representar uma das principais doenças relacionadas ao labor no mundo, ainda assim a PAIR pode ser evitada (MIRZA *et al.*, 2018; OMS, 2021).

A PAIR é uma diminuição gradual da acuidade auditiva, resultado da exposição contínua a elevados níveis de pressão sonora (CID 10 – H 83.3). Tem como características principais a irreversibilidade e a já citada progressão gradual conforme o tempo de exposição ao ruído; é sempre sensorineural, afetando principalmente as células ciliadas da cóclea na orelha interna; é tipicamente bilateral, uma vez que a maioria das exposições ao ruído afetam ambas as orelhas de forma simétrica e seu primeiro sinal é um “entalhe acústico” no audiograma nas frequências de 3.000, 4.000 ou 6.000 Hz, com recuperação em 8.000 Hz (MCBRIDE; WILLIAMS, 2001). Além dos efeitos auditivos, a exposição ao ruído causa também efeitos não auditivos, que incluem interferência na comunicação, distúrbios do sono, transtornos cardiovasculares, neurológicos, vestibulares, digestivos e hormonais; causa também efeitos psicológicos e comportamentais, que resultam no aumento do risco de acidentes (GOLMOHAMMADI; DARVISHI, 2019).

Essencial salientar que, dependendo do local de trabalho, muitos trabalhadores são expostos simultaneamente a vários estressores, que

incluem uma variedade de agentes físicos, químicos e biológicos (BOZZA; LOPES, 2016; LACERDA *et al.*, 2019). A exposição desses trabalhadores à combinação de fatores prejudiciais pode agredir diretamente o órgão auditivo e influenciar no desenvolvimento da perda auditiva por meio da interação com os níveis de pressão sonora (BASNER *et al.*, 2015). No entanto, a avaliação da exposição ocupacional, combinada a diversos fatores de risco, como também de seus efeitos de interação, é muito complexa. Desta forma, um efeito combinado pode ser sinérgico, aditivo, potencializador ou antagonista (MORATA, LACERDA, 2013; LIE *et al.*, 2016).

Embora os trabalhadores enfrentem muitos riscos em relação à saúde e segurança no ambiente de trabalho, existe no Brasil uma ampla proteção legal tanto do trabalho quanto do trabalhador, garantida desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entre estas garantias, está o direito dos trabalhadores em pleitear junto à justiça, neste caso a especializada Justiça do Trabalho, a defesa dos seus direitos legalmente garantidos.

Consequência disso é o perceptível elevado número de ações trabalhistas voltadas não apenas à garantia e à preservação desses direitos, mas também ao ressarcimento de danos causados à saúde dos trabalhadores. Estas demandas, crescentes até 2017 (CNJ, 2019), passaram por uma drástica revisão a partir de discussões legais e jurídicas ocorridas no Brasil com a reforma da legislação trabalhista por meio da Lei Federal nº 13.467 (BRASIL, 2017). Um dos efeitos imediatos desta alteração legal foi a imensa divulgação, pela imprensa, de notícias sobre a grande queda no número de ações trabalhistas perante a Justiça do Trabalho brasileira.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021) mostram que o número de ações trabalhistas no Brasil caiu significativamente desde a reforma. Em 2020, foram ajuizadas 2,3 milhões de novas ações trabalhistas em todo país, sendo que, em 2016 já havia alcançado 3,8 milhões de novos processos.

Não obstante, o decréscimo no número geral de novas ações trabalhistas, o que a Justiça em Números revela é a manutenção no número de ações indenizatórias que discutem acidentes e doenças do trabalho (CNJ, 2020), ou seja, processos que envolvem pedidos indenizatórios

de empregados em face de seus empregadores ou ex-empregadores. Portanto, apesar da flexibilização de uma série de direitos com a reforma trabalhista de 2017, as demandas de natureza indenizatória não foram representativamente impactadas.

Consequência deste cenário foi a procura por perícias judiciais vinculadas às demandas trabalhistas, exigindo um número maior e mais especializado de peritos judiciais. De acordo com o artigo 145, §1º e §2º, do Código de Processo Civil Brasileiro (2015), peritos são aqueles “profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente”, os quais “comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar” e que servem aos Juízes na interpretação de provas técnicas, chamadas de provas periciais. Assim, pode-se dizer que qualquer profissional com conhecimento técnico e/ou científico especializado do tema questionado pelas partes, reflexo do objeto da ação judicial, está apto a realizar perícias e auxiliar a justiça no papel de jurisperito.

322

Na área da Fonoaudiologia também há a possibilidade de se atuar profissionalmente no objetivo de auxiliar o Poder Judiciário: através da Fonoaudiologia Forense. Tal especialidade visa a interação entre a lei e a ciência da comunicação humana, utilizando-se, dentro de um processo legal, de práticas técnicas científicas que abrangem todas as questões relacionadas à comunicação nas áreas da linguagem, voz, audição, motricidade orofacial, disfagia, saúde coletiva e fonoaudiologia educacional (CARDOSO, ABREU; 2014).

Dentro dessas possibilidades de atuação de assistência estão as perícias em audiologia voltadas à saúde auditiva do trabalhador e cuja atuação está, inclusive, regulamentada pelo Conselho Federal de Fonoaudiologia através da Resolução CFFa nº 428 (2013). Nela há o reconhecimento da competência do fonoaudiólogo para a emissão de laudos sobre os agravos relacionados com o trabalho, ou limitações dele resultantes, que afetem as habilidades do trabalhador na área da comunicação, a fim de estabelecer o nexo saúde-trabalho-doença entre os transtornos fonoaudiológicos e as atividades do trabalhador.

Ademais, o artigo 3º, parágrafo V da Resolução CFFa nº 493 (2016) reafirma a competência profissional do fonoaudiólogo no papel de jurisperito, considerando a realização de avaliação da função auditiva, para

o estabelecimento do nexo causal entre o agravo e o ambiente ou o agravo e o processo de trabalho. Assim, o fonoaudiólogo pode atuar como perito na análise da perda auditiva dos trabalhadores.

No entanto, a ocorrência de estudos que abordam essa temática é escassa, principalmente nas demandas trabalhistas, área especializada da Justiça e intrinsecamente ligada à promoção da saúde auditiva neste importante ciclo de vida, que é a vida profissional. Esta é a percepção de um estudo que concluiu que o papel do fonoaudiólogo como perito judicial ainda é pouco conhecido pelos juízes, que nomeiam médicos do trabalho e otorrinolaringologistas para atuarem como peritos em causas que envolvem a perda auditiva ocupacional (ANDRADE *et al.*, 2014).

Desta forma, o objetivo da pesquisa é analisar a participação do fonoaudiólogo nas sentenças judiciais de processos trabalhistas que possuam pedidos indenizatórios por perda auditiva induzida por ruído.

2 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa documental, com abordagem qualitativa, na qual, foram analisadas as sentenças proferidas por magistrados de primeiro grau dos Tribunais Regionais do Trabalho em processos judiciais digitais e públicos no portal Processo Judicial Eletrônico (PJe). Foram incluídas na pesquisa, ações trabalhistas que julgaram pedidos de indenização por perda auditiva induzida por ruído no período compreendido entre janeiro de 2015 e dezembro de 2020.

Para localizar essas sentenças foi necessário estabelecer um critério de pesquisa que respeitasse a publicidade dos processos judiciais, permitindo assim a sua consulta pública. Dessa forma, buscou-se percorrer o caminho inverso no trâmite dos processos judiciais, ou seja, pesquisar em cada *website* dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, decisões em Recursos Ordinários que tiveram como discussão principal pedidos de indenização por PAIR.

Para a localização desses julgados, se estabeleceu um procedimento comum de consulta aos bancos de decisões em cada Tribunal, geralmente disponíveis em *links* como “Jurisprudência”. Assim, ao acessar o sítio e o *link* do banco de decisões de cada TRT, pesquisou-se por decisões que incluíssem

em sua ementa as palavras “PAIR” e “Perda Auditiva”, delimitando-as, porém, ao período proposto nesta pesquisa.

Com a realização desta consulta, foi possível identificar de forma pública e sem exposição de empregados e empregadores, em cada Tribunal, os processos que julgaram com relevância, pois destacados na ementa dos julgados, pedidos de indenização por PAIR.

A partir desse procedimento de consulta pública, foi possível acessar a integralidade do processo desde a sua distribuição, o que permitiu ao presente estudo acessar e baixar as sentenças de primeiro grau, ou seja, as decisões dos magistrados que julgaram na origem esses pedidos indenizatórios.

3 RESULTADOS

324

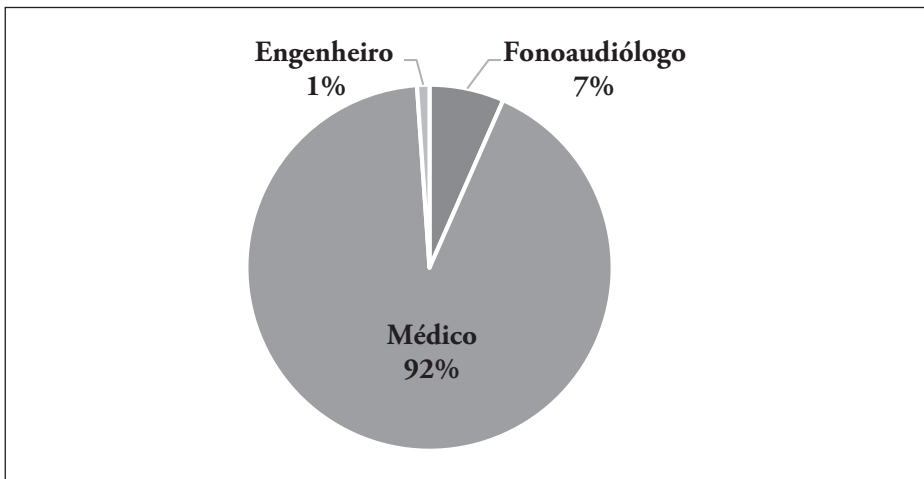
Dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) existentes no Brasil, foi possível encontrar processos em 20 TRTs. O estado do Rio Grande do Sul apresentou elevado número (1.123) de ementas tratando sobre o tema PAIR, destacando-se consideravelmente dos demais Tribunais. Porém, optou-se por excluir este Tribunal da pesquisa, sem refletir sobre as razões de tantas demandas terem sido identificadas pelo procedimento de pesquisa jurisprudencial.

Nos Tribunais do Distrito Federal/Tocantins, do Piauí e do Mato Grosso, a consulta apenas das expressões “PAIR” e “Perda Auditiva” na ementa não apresentaram resultado, enquanto o TRT 15, correspondente ao interior de São Paulo, não permitiu consultar as decisões a partir de sua ementa, sendo então desconsiderado da pesquisa. Por fim, no caso do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, apesar da pesquisa de ementa apresentar três processos, foi possível alcançar a sentença de primeiro grau de apenas dois desses processos. Isso ocorreu porque, ao se realizar a pesquisa da íntegra do processo no primeiro grau, percebeu-se que a tramitação na origem ocorreu por meio de processo físico, de papel, posteriormente digitalizado para a sua tramitação no Tribunal. Sendo assim, e principalmente porque a sentença não estava publicamente disponível, optou a pesquisa pela sua desconsideração ante o processo de exclusão proposto.

Também com a análise do processo, especialmente das atas de audiência que indicavam a nomeação do perito, buscou-se identificar os profissionais que realizaram as perícias produzidas nos respectivos processos.

Notadamente em relação à participação do fonoaudiólogo nos processos judiciais, a Figura 1, a seguir, mostra uma baixa nomeação, representado por apenas 7% dos casos. O profissional mais requisitado foi o médico, sendo nomeado em 84 processos, sendo que um engenheiro foi nomeado uma única vez:

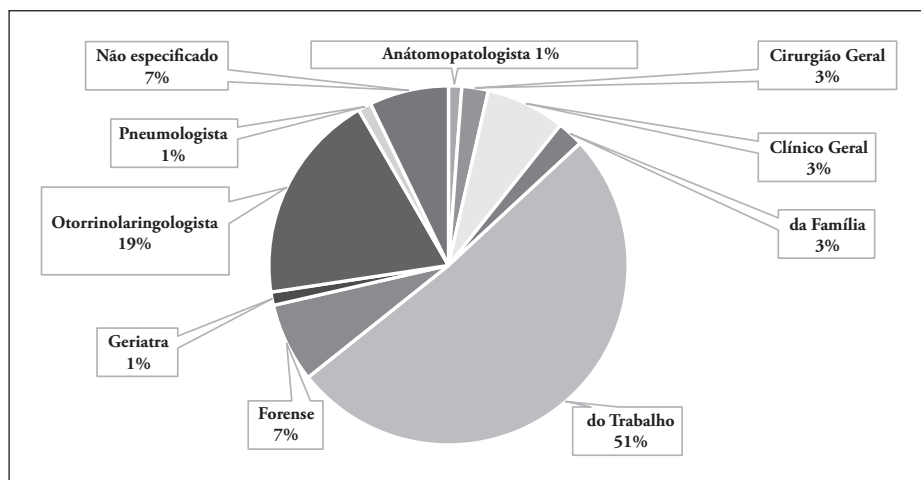
Figura 1. Demonstrativo do resultado de participação do fonoaudiólogo nos processos (N = 91).



Fonte: Elaborado pela autora, 2021

Conforme apresentado, o médico foi o profissional por mais vezes nomeado nos processos. Desta forma, buscou-se saber a especialidade destes profissionais. A informação foi retirada do próprio processo ou, quando não possível, por meio de pesquisa pública pelo nome do perito no *website* do Conselho Federal de Medicina, que identifica a sua especialidade. Em 51% dos processos, o médico nomeado foi o médico do trabalho, representando a especialidade mais requisitada pelos Juízes do Trabalho, seguido pelo médico otorrinolaringologista. O que chama a atenção, porém, é que médicos com outras especialidades – por vezes sem muita relação com objeto da perícia, como anatomopatologista, geriatra e pneumologista – também foram nomeados (uma vez cada) para realizar as perícias relacionadas à PAIR, como mostra a Figura 2:

Figura 2. Distribuição das especialidades médicas nomeadas nos processos (N = 91).



Fonte: Elaborado pela autora, 2021

Dos 20 Tribunais Regionais avaliados, percebe-se que apenas cinco nomearam fonoaudiólogos para realização de perícia. Os estados que nomearam foram: Minas Gerais, Ceará, Sergipe, Rio Grande do Norte e Alagoas (este último em dois processos distintos).

4 DISCUSSÃO

Como visto, o presente estudo analisou 91 sentenças judiciais que julgaram pedidos indenizatórios por PAIR. Este número se mostrou relativamente baixo quando comparado à elevada quantidade de processos apontada pelo *website* da Justiça em Números no seu último levantamento (CNJ, 2021). Isso talvez se justifique pelo destaque dado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao verificar os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho dos últimos cinco anos. Segundo dados do TST, ações relacionadas ao pagamento de aviso prévio, da multa pelo atrasado no pagamento das verbas rescisórias garantida pelo artigo 477 da CLT e de saque do FGTS, ocupam o *ranking* das três principais posições (TST, 2021).

Não obstante a isso, o que se percebe é que mesmo com a queda geral no número de novas ações (CNJ, 2021), temas relacionados ao adicional de insalubridade e aos pedidos de indenização por danos morais

e materiais, afetos à análise da PAIR, continuam entre os 20 assuntos mais recorrentes, embora sem grande destaque na representação geral das demandas (TST, 2021).

Estes dados estatísticos oficiais confirmam as considerações de Lopes *et al.* (2012) de que embora a perda auditiva seja considerada uma doença de alta prevalência, a sua ocorrência não é a principal motivação que leva os trabalhadores a recorrer à Justiça do Trabalho. Uma das hipóteses é que, para o Ministério da Previdência Social (1998), na maioria das vezes, a PAIR não causa incapacidade laborativa, e ainda que traga prejuízos à comunicação, não impede a atividade profissional. Embora esta hipótese não trate diretamente de casos judiciais, mas sim faça referência à legislação previdenciária, sua relação com o tema PAIR parece considerável na medida em que os magistrados se reportam a esta comparação em determinadas decisões.

Com relação à participação do fonoaudiólogo nos processos trabalhistas, os resultados mostraram que apenas cinco fonoaudiólogos foram nomeados para desempenhar a função de perito judicial, não sendo possível nas análises compreender as exatas razões dessa baixa nomeação. Contudo, e considerando que em 51% das nomeações o Médico do Trabalho foi o escolhido, uma possibilidade está na interpretação dos magistrados ao disposto no artigo 195 da CLT, o qual claramente indica que para a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, necessária a realização “de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho” (BRASIL, 1943).

É bem verdade que essa cultura de nomeação de médicos do trabalho não é absoluta, como mostra a nomeação de outras especialidades na presente pesquisa, o que se justifica talvez pela redação do artigo 145, §1º e §2º, do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, e que, conforme visto, ao serem aplicados de forma subsidiária aos processos trabalhistas, permitem legalmente a nomeação de outros profissionais, desde que de nível universitário, com inscrição em seu órgão de classe competente e mediante comprovação de “sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar” (BRASIL, 2015).

Contudo, essas possibilidades não podem ser aqui mais aprofundadas pela escassez de trabalhos publicados na área, restando assim

defender a possibilidade de nomeação de fonoaudiólogos como peritos a partir do disposto na Resolução CFFa nº 493, de 2016, que regulamenta a perícia fonoaudiológica:

Artigo 3º, parágrafo V. Análise da função auditiva: consiste da realização de avaliação da função auditiva, para o estabelecimento do nexos causal entre o agravo e o ambiente ou o agravo e o processo de trabalho; (...) VII. Análise documental: consiste na realização de análise de documentos relacionados com o campo e as áreas de atuação fonoaudiológica, a fim de avaliar diagnósticos, prognósticos e condutas que suscitem dúvidas. (...)

Art. 9º O fonoaudiólogo, na função de perito, tem o direito de acessar toda a documentação necessária, podendo, caso se aplique, examinar o periciado.

O que se tem de concreto, portanto, é que embora a participação de fonoaudiólogos nas perícias judiciais seja comprovadamente baixa, tanto a legislação processual brasileira quanto as normas de regência da fonoaudiologia dão o devido respaldo normativo para tal atuação dos fonoaudiólogos como peritos do juízo e, conseqüentemente, como assistentes técnicos das partes litigantes. E para além dessa autorização legal, para Batista (2021), a atuação do fonoaudiólogo é fundamental para o interesse social ante o seu dever de promover as habilidades fundamentais em favor da vida e interações sociais, o que também pode ser conquistado pelo auxílio da justiça na busca de direitos que eventualmente reparem as fragilidades e vulnerabilidades dos trabalhadores.

Apesar disso, importante mais uma vez avaliar os profissionais nomeados nos processos analisados, confirmando análises de pesquisas anteriores. Em um dos estudos que buscou compreender a percepção dos magistrados sobre a participação dos fonoaudiológicos em perícias judiciais no estado de Santa Catarina, 88% dos 33 juízes entrevistados afirmaram nomear médicos do trabalho para a realização de perícias audiológicas. Ademais, a não nomeação de fonoaudiólogos como peritos naquela pesquisa, teve como fundamental razão o desconhecimento dos magistrados sobre a atuação deste profissional, levando à convocação não só médicos do trabalho, como visto, mas também de otorrinolaringologistas (SOUZA; GRESELE, ROGGIA, 2017). Essa tendência claramente se repetiu no presente estudo, em nível nacional.

Esta constatação também pode ser observada ainda em estudos que envolvem outras profissões da área da saúde. Para Costa e Junior (2020), a Fisioterapia do Trabalho na área da perícia judicial é recente e promissora, ainda que muitos magistrados desconheçam a possível atuação desse profissional em perícias judiciais.

Neste mesmo sentido, em estudo realizado por Maeno (2018), de 83 laudos periciais de processos judiciais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo), referentes a ações judiciais trabalhistas que envolveram pedidos indenizatórios fundamentados na ocorrência de Lesão por Esforço Repetitivo ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/Dort), 56 foram elaborados por médicos do trabalho, sendo que em apenas um dos casos a elaboração esteve sob o encargo de fisioterapeuta. Confirma-se, portanto, que ao se tratar de doenças ocupacionais, o médico do trabalho é o profissional essencialmente nomeado.

5 CONCLUSÃO

A Perícia Fonoaudiológica parece ainda pouco difundida no Poder Público, o que inclui o Poder Judiciário, consequência também de uma aparente baixa de mobilização dos próprios fonoaudiólogos que, ao não se habilitarem para as diversas atividades periciais possíveis, não defendem também a sua competência normativa, fundamental para as nomeações.

Ainda que a pesquisa não se preocupe, até diante do seu objetivo geral e do recorte metodológico proposto, em analisar a efetiva inscrição de fonoaudiólogos na lista de peritos habilitados nos respectivos TRTs, parece claro que essa escassez na nomeação não é fruto do não reconhecimento das competências profissionais do fonoaudiólogo. Ela aparenta ser consequência da falta de divulgação dessas competências ao Poder Judiciário, tanto pelos Conselhos Regionais como pelos próprios profissionais que não se habilitam nos respectivos cadastros de peritos existentes no Poder Judiciário, não divulgando a sua competência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Wagner Teobaldo Lopes *et al.* Audiologia Forense: o conhecimento de juízes trabalhistas a respeito da atuação do fonoaudiólogo como perito judicial Anais. 29º Encontro Internacional de Audiologia (EIA); 13 – 16 abril 2014; Florianópolis/SC.

BASNER, Mathias *et al.* Aviation Noise Impacts: State of the Science. **Noise & Health**, Filadélfia, v. 19, n. 87, p. 41-50, abr 2017. 50.

BATISTA, Quissila Renata. Possibilidades da Fonoaudiologia Forense na identificação humana. Revista Discente Uniflu., v. 2, n.2, jul/dez 2021.

BOZZA, Amanda; LOPES, Andrea. Efeito sinérgico da exposição do ruído e agentes químicos no sistema auditivo de trabalhadores de um posto de abastecimento de combustível. **Revista Portuguesa de Saúde Ocupacional**, p. 52-60, 30 jun 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 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. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: em 6 jul 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>

CARDOSO, Carla; ABREU, Thaís Titonel. A fonoaudiologia da Bahia: uma história recente. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Salvador, v. 28, n. 1, p. 96, 12 ago 2014. Secretaria da Saúde do Estado da Bahia. <<http://dx.doi.org/10.22278/2318-2660.2004.v28.n1.a1163>>.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça 2019. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_emnumeros20190919.pdf> Acesso em: 7 jan 2021

CNJ – Conselho Nacional de Justiça 2020. **Justiça em Números**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em: 20 jun 2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça 2021. **Justiça em Números**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em: 9 jan 2022

CONSELHO FEDERAL DE FONOAUDIOLOGIA. Resolução CFFa nº 428, de 2 de março de 2013. Dispõe sobre a atuação do fonoaudiólogo na saúde do trabalhador e dá outras providências. Disponível em: <https://www.fonoaudiologia.org.br/resolucoes/resolucoes_html/CFFa_N_428_13.htm>. Acesso em: 27 jan 2021.

CONSELHO FEDERAL DE FONOAUDIOLOGIA. Resolução CFFa nº 493, de 07 de abril de 2016. Dispõe sobre perícia em Fonoaudiologia e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=31906>>. Acesso em: 13 mai 2021.

COSTA, Carlos Henrique Nunes da; JUNIOR, José Ronaldo Veronesi. Fisioterapeuta do trabalho: profissional habilitado para realizar perícia junto a justiça do trabalho. **Fisioterapia Brasil**, Vitória, v.21, n.1, p.19-23, 13 jan 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/OFISIOTERAPEUTADOTRABALHOCOMOPERITOJUDICIAL.pdf>>. Acesso em: 8 nov 2021.

GOLMOHAMMADI, Rostam; DARVISHI, Ebrahim. The Combined Effects of Occupational Exposure to Noise and Other Risk Factors – A Systematic Review. **Noise Health**, v. 21, n. 101, p. 125-141, jul 2019.

LACERDA, Adriana Bender Moreira *et al.* Avaliação audiológica para trabalhadores expostos a agentes químicos com ênfase nos pesticidas In: Fonoaudiologia e saúde auditiva do trabalhador.1, 2019, v.1, p. 133-160.

LIE, Arve *et al.* Occupational noise exposure and hearing: a systematic review. **International Archives of Occupational and Environmental Health**, v. 89, n. 3, p. 351-372, 7 ago 2016. Springer Science and Business Media LLC. <<http://dx.doi.org/10.1007/s00420-015-1083-5>>.

LOPES, Andréa Cintra *et al.* Prevalence of noiseinduced hearing loss in drivers. **Int Arch Otorhinolaryngol**. 2012;16(4):509-14. <<http://dx.doi.org/10.7162/S1809-97772012000400013>>. PMID:25991981>.

MAENO, Maria. Laudos da Justiça do Trabalho sobre LER/Dort. 400 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/117b/3d1c5f94f9b3d2d52006a057ace510b1ff9e.pdf>>. Acesso em: 20 out 2021.

MCBRIDE, D I; WILLIAMS, S. Audiometric notch as a sign of noise induced hearing loss. **Occupational and Environmental Medicine**, v. 58, n. 1, p. 46-51, 1 jan 2001. BMJ. <<http://dx.doi.org/10.1136/oem.58.1.46>>.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Norma Técnica para Revisão de Deficiência – PAIR, 05 de agosto de 1998 . Aprova Norma Técnica sobre perda auditiva neurossensorial por exposição contínua a altos níveis de pressão sonora. Ordem de Serviço INSS/DSS nº 608, Brasília – DF; 1998.

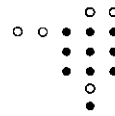
MIRZA, Raúl *et al.* Occupational Noise-Induced Hearing Loss. Occupational Noise-Induced Hearing Loss. **Journal of Occupational & Environmental Medicine**, v. 60, n. 9, p. 498-501, set 2018. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). <<http://dx.doi.org/10.1097/jom.0000000000001423>>.

MORATA, Thais Catalani, LACERDA, Adriana Bender Moreira. Saúde auditiva. In: ZEIGELBOIM, B.S., JURKIEWICZ, A.L. Multidisciplinaridade na Otoneurologia (pp. 386-399). São Paulo: Roca, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS) – World Health Organization. World Report on Hearing. Geneva: World Health Organization; 2021.

SOUZA, Thayrine Morgan de; ROGGIA, Simone Mariotti; GRESELE, Amanda Dal Piva. A participação do fonoaudiólogo nas perícias judiciais em audiologia de um Tribunal Regional do Trabalho. Anais. 32º Encontro Internacional de Audiologia (EIA); 20 – 22 abril 2017; Gramado/RS.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relatório estatístico de 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias//asset_publisher/89Dk/content/tst-julgou-em-2019-3-5-processos-a-mais-que-em-2018>. Acesso em: 14 mar 2021.



O NOVO PEDE O VELHO: A IMBRICAÇÃO DA GAMIFICAÇÃO COM O SALÁRIO POR PEÇA

Viviane Vidigal¹

Resumo: A gestão por plataformas ao automatizar o controle, permite a proliferação do trabalho por peça. Esmiuçaremos argumentos que visam compreender como os aspectos gerenciais são internalizados pelos(as) trabalhadores(as) plataformizados(as), na imbricação da gamificação com o salário por peça. Para construir os argumentos, serão apresentados dados empíricos de duas pesquisas, recolhidos de entrevistas semiestruturadas, realizadas com trabalhadores(as) plataformizadas, atuantes nas cidades de Campinas-SP e São Paulo-SP.

Palavras-chave: Plataformas. Gamificação. Salário por Peça. Trabalho.

333

1 INTRODUÇÃO

O modelo remuneratório adotado pela gestão do trabalho plataformizado reedita uma forma antiga de pagamento: o salário por peça que, a despeito de não ser hegemônico na sociedade contemporânea, seguiu existindo em alguns ramos produtivos em coexistência com o salário por tempo. A hipótese sustentada neste artigo, é a de que a gestão por plataformas, ao automatizar o controle, permite a proliferação do trabalho por peça. Esmiuçaremos argumentos que visam compreender como os aspectos gerenciais são internalizados pelos(as) trabalhadores(as) plataformizados(as), na imbricação da gamificação com o salário por peça.

O artigo está estruturado, para além da introdução, da seguinte forma: na primeira parte, será apresentada a gestão gamificada do trabalho e as expressões concretas do trabalho gamificado, tomando como exemplos

¹ Doutoranda e Mestra em Sociologia pela UNICAMP (SP, Brasil), orientada pelo professor Dr. Ricardo Antunes. Integrante do grupo Grupo de Pesquisa Mundo do Trabalho e suas Metamorfoses (GPMT). Docente universitária e pesquisadora. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-237>>.

as práticas dos(as) trabalhadores(as). Na segunda parte, problematizaremos qual é a novidade desse modelo de gestão do trabalho. Na terceira parte, será abordado como o novo pede o velho, expondo o salário por peça e sua imbricação com a gamificação. A última parte estabelece considerações finais.

Os dados aqui apresentados são fruto de duas pesquisas: uma concluída e outra em andamento. A primeira, intitulada *As ilusões da uberização: um estudo à luz da experiência de motoristas Uber*, foi realizada entre março de 2017 e dezembro de 2019 e contou com entrevistas semi-estruturadas de 22 pessoas: 19 homens e três mulheres, motoristas de UberX² nas cidades de Campinas (SP) e São Paulo (SP). A segunda, intitulada *Profissão Aplicativo: a plataformização do trabalho feminino*, foi iniciada em março de 2020. As entrevistas estão em andamento e o estudo tem como objeto motoristas da Uber, motoristas da Lady Driver³, entregadores(as) de comida do iFood e manicures da Singu⁴, nas cidades de Campinas (SP) e São Paulo (SP). Para este artigo, contaremos com excertos das entrevistas realizadas na pesquisa concluída. Os nomes apresentados são fictícios e seguem o acordo de anonimato firmado entre entrevistados(as) e a pesquisadora. Também contaremos com a netnografia realizada em grupos de Facebook e Whatsapp, na segunda pesquisa. O artigo destaca e se aprofunda no caso dos(as) motoristas de transportes Uber, ressaltando ser necessário o avanço na análise da gamificação para outras categorias, que trataremos de forma apendicular.

334

2 GESTÃO GAMIFICADA DO TRABALHO

A gamificação – incorporação de elementos e técnicas de jogos para outros fins (Deterding, 2011) – pode ser entendida como uma tentativa do capitalismo de integrar, ao âmbito do trabalho, uma dimensão afetiva,

² A principal e mais usada opção da Uber, o UberX oferece viagens com preços acessíveis em carros compactos de quatro portas e ar-condicionado. Presente em todas as cidades brasileiras onde a Uber opera. Informação disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/categorias-da-uber/>>.

³ Aplicativo de transporte que conecta passageiras e motoristas mulheres. <<https://ladydriver.com.br/>>.

⁴ Empresa aplicativo de profissionais da beleza. Cerca de 200.000 clientes cadastrados. Mais de 3.000 profissionais. <<https://singu.com.br/>>.

que concerne o fator da diversão para um apagamento do sofrimento no trabalho, e uma dimensão material, pois ao completar os desafios, os trabalhadores aumentam os seus rendimentos. Como consequências da gamificação existem ganhos simbólicos e materiais, positivos ou negativos, destinados aos(as) trabalhadores(as) (Vidigal, 2021).

Para compreendermos como se opera a gestão gamificada do trabalho, demonstraremos como o trabalho se organiza por plataformas, entrelaçado à ausência de uma rede de proteção trabalhista e social. Os(as) trabalhadores(as) estão vinculados às empresas plataformizadas por contrato de adesão.

É possível compreender o trabalho plataformizado como um ecossistema envolvendo um conjunto de actantes, ou seja, atores humanos e não humanos, empresas, plataformas, usuários/consumidores, Estado, algoritmo, programas de rastreamento, banco de dados, entre outros dispositivos. As plataformas “são infraestruturas digitais que possibilitam a interação entre dois ou mais grupos” (Srniczek, 2017, p. 43).

A tecnologia da informação e comunicação permite às plataformas terem acesso a um grande contingente de trabalhadores, sem a necessidade de contato direto, determinando as regras do negócio e verificando o desempenho do trabalho pelas notas dadas pelos usuários. O algoritmo, a partir de todas as informações que lhe são apresentadas, é capaz de organizar toda a atividade (Reis; Corassa, 2017).

O gerenciamento algorítmico é prática gerencial fundamental na implementação da gamificação desse trabalho, podendo ser definido como supervisão, governança e práticas de controle conduzidas por algoritmos de software sobre trabalhadores (Möhlmann; Zalmanson, 2017). No modelo trabalhista plataformizado, o controle e avaliação da atividade laboral se dá em duas esferas que atuam de forma conjunta e simultânea, compondo o sistema gerencial: o algoritmo e a multidão de gerentes invisíveis⁵ (Vidigal, 2020).

Na proposta deste artigo, é essencial observarmos o fato de que o trabalho plataformizado está associado ao(a) trabalhador(a) integralmente

⁵ “Gerentes invisíveis” são os(as) consumidores(as), que dão nota ao serviço prestado.

disponível⁶ para o trabalho, à conformação do(a) trabalhador(a) *just-in-time*⁷, isto é, um(a) trabalhador(a) sob demanda (Abílio, 2020). A exigência de performance atendendo aos interesses do capital cujo propósito natural é o de funcionar como impulso para mais acumulação produz um(a) trabalhador(a) ideal que não para nunca: aquele(a) sempre disposto(a) e disponível (Vidigal, 2021).

Para compreender as jornadas intensas e extensas desses(as) trabalhadores(as), devemos considerar a gamificação pela qual as empresas buscam mantê-los(as) conectados(as) pelo maior tempo possível, sobretudo nos locais, dias e horários que eles(as) têm mais interesse, ou seja, quando há diminuição de trabalhadores(as) disponíveis: feriados, finais de semana, dias chuvosos, horários noturnos (Cardoso, 2020)⁸.

A empresa, como técnica, procura encorajar os(as) motoristas a se dirigirem às áreas de escassez (Scheiber, 2017). Uma dessas técnicas é o “preço dinâmico”, descrito pela empresa como “um algoritmo que calcula automaticamente a oferta e a demanda por carros, para determinar o valor mais adequado para equilibrar a balança. Dessa forma, os motoristas parceiros não podem induzir o preço dinâmico ficando online ou offline” (Uber, 2020, online). Seguindo regras de um mercado liberal, “o que move o preço dinâmico é o equilíbrio entre a oferta de motoristas e a demanda de usuários pelo serviço” (Uber, 2020, online).

A análise realizada por Diakopoulos (2015), indica que a tarifa dinâmica não faz um maior número de motoristas ficarem *online*, mas uma redistribuição dos(as) que já estavam trabalhando pelas ruas das cidades, diminuindo o tempo de espera em algumas regiões e aumentando em outras.

⁶ Richard Sennett (2003) já se referia à ideia de disponibilidade integral em *A corrosão do caráter*, ao relatar a história de Rico, um trabalhador que atuava em contrato flexível, fazendo contraposição ao taylorista-fordista.

⁷ Pode ser traduzido livremente como “na hora certa” ou “no momento exato”. Concebido no Japão, em oposição ao *just-in-case* fordista. “*Just-in-time* significa que, em um processo de fluxo, as partes corretas necessárias à montagem alcançam a linha de montagem no momento em que são necessárias e somente na quantidade necessária. Uma empresa que estabeleça esse fluxo integralmente pode chegar ao estoque zero” (OHNO, 1997, p. 26).

⁸ Entrevista Ana Claudia Moreira Cardoso. <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/como-articular-um-breque-a-dominacao-dos-apps/>>

Dessa forma, este mecanismo não atua como mero equilibrador entre oferta e demanda, como quer fazer crer a empresa, mas como uma ação visando o direcionamento dos(as) motoristas, levando-os(as) a trabalharem nos locais indicados por ela (Moda, 2020).

Para além do preço dinâmico, verificamos na gestão gamificada a presença de bonificações, promoções e desafios. Os ex-empregados da empresa Uber, em Inquérito Civil do Ministério Público do Trabalho (MPT)⁹, quando questionados sobre premiações, responderam que existe o bônus para indicações de novos motoristas e “tanto o motorista Uber que indicou quanto o ativado ganhavam um ‘bônus’ em dinheiro; que essa promoção era recorrente” (Saadi Alves de Aquino, coordenador de operações, Brasil, 2016, p. 170). Confirmando a política de incentivos mediante o próprio algoritmo – sistema que mostra os ganhos atuais e projeta quais seriam os futuros –, explicou o ex-gerente de operações que tais mecanismos incentivam o(a) motorista a não desligar o aplicativo. Em suas palavras, tais incentivos podem parecer “bobos”, mas “funcionam realmente, acaba virando um cassino” (BRASIL, 2016, p. 171) e os(as) motoristas ficam cada vez mais tentados a ficar mais horas trabalhando (LEME, 2020, p. 143).

Tais mensagens possuem a intenção de explorar a preocupação das pessoas com os objetivos, induzindo os(as) motoristas a dirigirem por mais tempo. Chelsea Howe (apud Scheiber, 2017, *online*) argumenta que “a motivação internalizada é o tipo mais poderoso”. Scheiber (2017) afirma que a estratégia de estabelecer metas de lucro tem como base um algoritmo semelhante ao recurso da Netflix, que reproduz o próximo episódio de forma automática. Dessa forma, o motorista recebe a próxima oportunidade antes mesmo de terminar sua corrida atual.

⁹ Em 14 de março de 2016, o Ministério Público do Trabalho da 1ª Região recebeu denúncia sigilosa contendo a seguinte notícia de fato: “os mais de mil motoristas da Uber estão sem amparo jurídico, a empresa não cumpre a lei”. Tendo em vista que a falta de registro de motoristas por empresa que fornece transporte individual de passageiros ofende a ordem jurídica e constitucional, foi instaurado o Inquérito Civil n. 001417.2016.01.000/6.55. No curso da investigação, o Ministério Público do Trabalho, por meio da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, intimou alguns ex-empregados da Uber do Brasil Tecnologia Ltda., a fim de instruir o procedimento investigatório e averiguar possíveis ilícitos trabalhistas praticados no território brasileiro.

Mesmo que, às vezes, construídas como metas quase inatingíveis, o(a) trabalhador(a) segue conectado(a) e ligado(a) no seu *game*/labor. Eli Solomon, motorista norte americano veterano da Uber, ao entrevistador Scheiber, disse que, ocasionalmente, teve que lutar contra o impulso de trabalhar depois de dar uma olhada em seus dados. Observou Scheiber (2017) que, em suas mensagens para os motoristas, a Uber incluía um gráfico de um indicador de motor com uma agulha que se aproximava tentadoramente de um sinal de dólar. Todas essas métricas podem estimular os impulsos competitivos que incitam ao jogo compulsivo (LEME, 2020, p. 149).

As cores e o princípio cromático, de acordo com Leme (2020), também teriam o seu papel na construção de realidades sedutoras aos(as) trabalhadores(as). Possuindo aptidão para gerar efeitos psicológicos nas pessoas, influenciando o psiquismo humano com sua eficiência no domínio estético. A autora relembra a afirmação de Goethe que a cor ocupa lugar destacado entre os “fenômenos naturais primários”, pois cada uma produz “um efeito específico sobre o homem, revelando assim sua presença tanto na retina como na alma” (Goethe, 1810 apud Leme, 2020). Pode-se deduzir que “a cor pode ser usada para determinados fins sensíveis, morais estéticos” (Pedrosa, 1982 apud Leme, 2020). As cores das propagandas, da logomarca e do aplicativo são escolhidas para seduzir. O azul, por exemplo, foi a cor originalmente escolhida para ser a logomarca da Uber, além de representar o ícone da tecnologia. Esse azul representaria a “tranquilidade” (LEME, 2020).

Por conseguinte, a empresa Uber se utiliza técnicas do Neuromarketing, da ciência comportamental, da teoria das cores e dos princípios cromáticos para capturar a subjetividade, a fim de atrair, de maneira sutil, uma multidão de trabalhadores(as) (Leme, 2020).

As entrevistas a seguir demonstram a estratégia de engajar subjetivamente os(as) trabalhadores(as) através da gamificação e como os aspectos gerenciais são internalizados por eles(as):

Tem vez que já estou cansado, mas se recebo uma promoção, é uma boa oportunidade. Não penso muito no cansaço. Simplesmente vou (Danilo, 27 de abril de 2018).

A gente sempre acha que pode ganhar um pouco a mais. E continua mais um pouquinho (Lucas, 27 de abril de 2018).

Quando o valor é baixo, não vale a pena. Quando o valor é maior, aí vale a pena continuar (Olavo, 27 de abril de 2018).

Verificamos que a liberdade de simplesmente parar o trabalho, é objeto de manipulação psíquica pela Uber, demonstrando uma espécie de “subordinação psíquica” ou “subordinação psicológica”. O excerto de entrevista abaixo traz uma importante revelação sobre a subjetividade que é tocada:

V.V.C.: — E subordinação? Existe?

Bernardo: — Não, não existe um chefe mandando, eu não respondo para ninguém, tenho controle do meu horário. Não devo satisfação.

V.V.C.: — Então você entende subordinação como dar satisfações a alguém e não ter controle?

Bernardo: — Isso. Graças a Deus tenho autonomia e liberdade total (Bernardo, 25 de abril de 2018).

O entrevistado louva a Deus por ter “autonomia e liberdade total”. O ato de jogar traz, como referencial principal, a sensação de liberdade (Huizinga, 1949). Ao encontro do “novo espírito do capitalismo”¹⁰, o modelo de gestão gamificada opera por uma lógica sugestiva e sedutora. A subjetividade do(a) trabalhador(a) é capturada, na medida em que este(a) se vê como se fizesse parte de um jogo de videogame, impulsionado por imagens, sons, cores, frases, incentivos gráficos luminosos, brilhantes e coloridos, a continuar apertando o botão e aceitando as corridas, sem ter sequer o tempo de analisar o custo *versus* o benefício daquele trabalho (Leme, 2020). “**A coisa toda é como um videogame**”, disse o entrevistado Eli Solomon.

339

3 O QUE HÁ DE NOVO NA GESTÃO GAMIFICADA DO TRABALHO?

A gestão gamificada não se reduz às tarifas dinâmicas, bônus, prêmios, mas inclui ainda as formas de punição e sanção. Nas oitivas do Inquérito Civil do MPT, os ex-empregados da Uber fizeram revelações sobre a empresa como a utilização da antiga técnica de gestão chamada *carrots and sticks*, consistente em premiar e, ao mesmo tempo punir. A

¹⁰ Boltanski e Chiapello (2005) mencionam haver um “novo espírito do capitalismo”, que incorpora o trabalho como atrativo e divertido, calcado na autonomia individual dos participantes.

expressão *carrot and stick*, em tradução literal, “cenoura e vara (porrete)” é usada para descrever uma situação em que, para fazer alguém trabalhar mais, são oferecidas recompensas e premiações – e, ao mesmo tempo, são feitas ameaças de punições. Nesta metáfora, a cenoura seria a recompensa, e a vara (o porrete) a ameaça de punição. Por essa técnica, portanto, os que seguissem a programação receberiam premiações ou bonificações; aqueles(as) que não seguissem os comandos e objetivos seriam punidos (suspensos, bloqueados, expulsos) (Vidigal, 2021).

Referida técnica foi objeto de estudos e publicações que remontam aos anos 1800. Autores escreveram em referência a um desenho da época que retratava uma corrida entre cavaleiros de burros, com o jóquei perdedor usando a estratégia de bater em seu animal com galhos para impulsioná-lo para frente, enquanto o vencedor da corrida usava a tática de segurar uma vara com uma isca, para atrair o animal. No ano de 1948, após a 2ª Guerra Mundial, a tática ligava-se à ideia de estimular a produtividade. Há relatos de uso também do *carrots and sticks* como método stalinista durante a Guerra Fria (LEME, 2020, p. 96).

340

Para além da técnica *carrots and sticks* utilizada pela Uber, encontramos entre os(as) entregadores(as) o chamado “Bloqueio Branco”. Paulo Galo, líder dos “Entregadores Antifascistas”, assim o explicou em uma entrevista: “o cadastro fica ativo, você fica online, mas não recebe nenhum pedido, nada chega para você. E nem importa onde esteja, pode ficar circulando que a empresa não vai te passar nenhuma entrega” (apud Sinposba, 2020, *online*). Trata-se de espécie de castigo tácito que é aplicado aos(as) trabalhadores(as) que se organizam politicamente enquanto classe, ou que demonstram publicamente contrariedade aos termos estabelecidos pelas empresas. Nessa modalidade de bloqueio, o(a) entregador(a) não é notificado(a) da punição, deixando de receber pedidos de entrega em um intervalo de tempo.

As empresas plataformas mesclam metas que são alcançáveis pelos(as) trabalhadores(as), motivando-os(as) a seguirem trabalhando, com metas impossíveis, que também não são uma novidade no capitalismo. Essa tática já era adotada por empresas não plataformizadas que estabeleciam metas impossíveis de serem atingidas, forçando a intensificação do trabalho e o aumento da produção.

A vivência dos(as) trabalhadores(as), hoje, nos revela a existência de táticas das empresas que impedem o recebimento do prêmio, apesar do esforço a mais empreendido. Os relatos dos(as) trabalhadores(as) nos grupos de Facebook nos mostram, por exemplo, que se o recebimento da bonificação define a necessidade de realização de 50 corridas em um determinado período de tempo, quando o(a) trabalhador(a) se aproxima da meta estabelecida, há uma redução do número de chamadas, causando um sentimento nos(as) trabalhadores(as) de frustração, decepção, revolta, entre outros sentimentos desagradáveis (Vidigal, 2021).

As novas tecnologias não só potencializam a gestão gamificada do trabalho, como também permitem que as plataformas, que são “alimentadas por dados, automatizadas e organizadas por meio de algoritmos” (Van Dijck; Poell, T.; De Waal, 2018, p. 9), não sejam responsabilizadas por esses eventos que, na verdade, são decisões. O gerenciamento algorítmico é caracterizado pela implementação automática de decisões algorítmicas (Möhlmann; Zalmanson, 2017). O(a) trabalhador(a) culpa o algoritmo¹¹ pelos acontecimentos, por compreendê-lo como neutro, a despeito de serem criados pelas empresas que determinam unilateralmente as regras (Vidigal, 2020).

Mazzotti (2017) alerta que o algoritmo está integrado em diversos aspectos do cotidiano das pessoas, passando a ser encarado como um elemento natural, tornando-se uma caixa preta e sendo invisível ao público. Dessa forma, a percepção de que se está sendo controlado é muito sutil, o que gera dificuldade de se reconhecer o controle. Portanto, é necessário o exercício de ressaltar que o algoritmo de neutro não tem nada para afastar o que Taina Bucher (2017) chama de imaginário algorítmico de neutralidade e objetividade.

Os algoritmos, como qualquer outra tecnologia, são produzidos a partir do trabalho humano para empresas de tecnologia e ao mesmo tempo, “também são resultados das interações das pessoas comuns com

¹¹ Segundo Kleinberg “pode-se pensar informalmente um algoritmo como um passo a passo, um conjunto de instruções, expressado em uma linguagem estilizada, para a resolução de um problema” (KLEINBERG, 2008. p. 1). Ele transforma “dados em resultados desejados” (GILLESPIE, 2018).

esses algoritmos” (Grohmann, 2020, p. 97). Na verdade, trata-se de opinião embutida em matemática, escreveu Cathy O’Neil (2016), afirmando que todo algoritmo, em alguma medida, carrega em si os valores e as opiniões de quem o construiu, em um processo de reprodução de certos comportamentos.

Ao desenvolver o conceito de capitalismo de vigilância, Shoshana Zuboff (2018) aborda a combinação entre vigilância, perda da privacidade e controle. Nos ambientes gamificados os acessos e as ações realizadas são registradas com frequência. O ciberespaço, frequentemente visto como um espaço de liberdade, talvez seja, conforme mencionado por Santos e Ferreira (2008), “o espaço mais controlado que o ser humano já construiu”. A coleta de dados é surpreendente e, a esse despeito, não há controle trabalhista sobre a questão (Scheiber, 2017). Estes dados são utilizados de forma obscura e as regras do “jogo” não são acordadas com os(as) trabalhadores(as).

Verificamos, portanto, que nas práticas de gerenciamento algorítmico, os trabalhadores interagem com um “sistema” em vez de humanos. Em muitos casos, o sistema tem menos transparência e os trabalhadores não têm conhecimento do conjunto de regras que governam os algoritmos (Möhlmann; Zalmanson, 2017). O algoritmo aparece como executor da vontade e valores da empresa, um intermediário entre a plataforma e os(as) trabalhadores(as). Em tempos de arquitetura da informação¹² (e o controle está aí, na maneira como a informação é produzida e manipulada pela empresa), principalmente aquele que está sendo controlado, não enxerga a pessoa do controlador, podendo portanto, compreender a técnica como neutra. Nesse sentido, há uma novidade em relação aos moldes fordistas que contava com a presença de um chefe físico gerenciando o trabalho, cujas ordens eram facilmente identificáveis (Vidigal, 2021).

342

4 O NOVO PEDE O VELHO: A IMBRICAÇÃO DA GAMIFICAÇÃO COM O SALÁRIO POR PEÇA

Os(as) trabalhadores(as) recebem remuneração por cada entrega/corrida realizada. Trata-se do “salário” por unidade de obra. Retendo o que

¹² Saul Wurman (1997) definiu Arquitetura da Informação como sendo a ciência e a arte de criar instruções para espaços organizados.

denomina “taxa de serviço” sobre o preço das corridas, a Uber utiliza-se do mais tradicional modo capitalista de produção e reprodução de riqueza – a extração do excedente da força de trabalho. A taxa cobrada é calculada pelo próprio aplicativo e leva em consideração a quilometragem percorrida e o tempo permanecido dentro do automóvel¹³.

A empresa, no mês de julho de 2018, implementou um modelo pelo qual o passageiro paga pela estimativa da viagem, calculada antes de o trajeto ser percorrido. No entanto, o(a) motorista é remunerado(a) pela distância e tempo reais do percurso – não em porcentagem (Negrão, 2018). Até então, motoristas do UberX e UberSelect tinham que pagar taxa fixa de 25%, enquanto a UberBlack cobrava 20%. No novo sistema de cobrança, a apelidada “taxa flutuante” pelos motoristas, vem causando discórdia, conforme narra o entrevistado: “Hoje com a taxa flutuante pode ser cobrada do motorista de 25% a 50%. Parece zueira, mas não é, daqui a pouco a gente vai tá pagando pra trabalhar” (Bruno, 10 de agosto de 2018).

O cálculo da remuneração líquida percebida pelos(as) trabalhadores(as) é realizado pelo desconto automático dessa taxa. Ainda, são obrigados(as) a descontar, da parcela sobre o valor que recebem, os gastos relacionado à atividade, como combustível, manutenção, seguro, taxas, impostos sobre os veículos/motocicletas e licenciamentos, além dos gastos com sua automanutenção, como alimentação, saúde e seguro de vida (Vidigal, 2020). Na pandemia, o fato de os(as) trabalhadores(as), na maioria das vezes, terem de custear as medidas e proteção acabou por reduzir ainda mais a sua remuneração (Abilio *et al.*, 2020).

Esse modelo remuneratório reedita uma forma antiga de pagamento: o salário por peça que, a despeito de não ser hegemônico na sociedade contemporânea, seguiu existindo em alguns ramos produtivos em coexistência com o salário por tempo. A gestão por plataformas ao automatizar o controle, permite a proliferação do trabalho por peça.

Em “O Capital” pode-se encontrar pistas preciosas para entender tanto a dialética do trabalho, quanto a problematização do salário por peça: a remuneração do trabalhador depende não de sua jornada, mas de sua

¹³ A empresa não fornece a exata metodologia utilizada para a fixação dos valores do serviço, não apontado as variáveis utilizadas e o funcionamento de seu algoritmo.

produção. No século XIX, Marx (2013) já assinalava a tendência a uma opacidade ainda maior da relação entre capital e trabalho quando mediada pela remuneração por peça.

A passagem da medida do salário por tempo de trabalho para o salário por peça, materializa uma transferência do controle sobre o tempo e a produtividade do trabalho para o próprio trabalhador. Marx (2013) explica que ao remunerar não pelo tempo, mas pela quantidade produzida, se favorece um aumento tanto da extensão do tempo de trabalho como de sua intensidade:

Dado o salário por peça, é naturalmente do interesse pessoal do trabalhador aplicar sua força de trabalho o mais intensamente possível, o que facilita ao capitalista elevar o grau normal de intensidade. Do mesmo modo, é interesse pessoal do trabalhador prolongar a jornada de trabalho, pois com isso sobe seu salário diário ou semanal (Marx, 2013, p. 141).

344

Dessa forma, a intensificação do trabalho, objetivo de toda gestão capitalista, seria obtida através do salário por peça. O salário por peça permite ao capitalista maior ganho de produtividade. No trabalho plataformizado, a exigência de produtividade pode ser cumprida através de metas disfarçadas de gamificação. A partir das entrevistas realizadas nas pesquisas, conseguimos verificar que trabalham por metas individuais pré-definidas e só param quando a alcançam. Em seu bojo está a terceirização de parte do gerenciamento do trabalho para o(a) próprio(a) trabalhador(a).

Callum Cant (2019), em consonância com o apresentado por Marx, destaca que o salário por peça força o(a) trabalhador(a) a autogerenciar sua produtividade. O autor, recorrendo à sua própria experiência de ciclista entregador, descreve como esse autogerenciamento e a consequente autointensificação do trabalho ocorriam na prática. Dada a imprevisibilidade na demanda e nos pedidos que cada entregador(a) irá receber, nos horários notoriamente de pico de demanda o(a) entregador(a) tende a acelerar e a não fazer pausas, de modo a realizar o máximo de entregas possível nesse horário, tentando compensar o período de baixa demanda e consequente remuneração (Cant, 2019).

Trata-se, portanto, de uma espécie de internalização do controle da jornada de trabalho, que se efetiva nessa indistinção entre tempo de trabalho

e de não-trabalho, ou no caso desses(as) trabalhadores(as), no “tornar todo tempo potencial tempo de trabalho” (Abílio, 2011). Na definição de plenitude do trabalho abstrato, Oliveira (2013) refere-se aos ganhos da constante “luta do capital para reduzir a porosidade¹⁴ do trabalho”. O mundo do trabalho passa por uma intensificação generalizada e problematizá-la traz a exploração ao debate. Como pontua Dal Rosso (2008, p. 71), a exploração do trabalho passa a ser cada vez mais intensa: “o tempo livre, o tempo de não-trabalho, passa a ser engolido pelo trabalho”. A fronteira entre tempo de vida e o tempo dedicado a atividades de trabalho vem se tornando cada vez mais tênue e embaçada.

Conclui-se que esse modelo de organização e gestão acaba por autorizar os(as) trabalhadores(as) a naturalizar o seu cotidiano de excesso de trabalho, trabalhar para uma plataforma digital, para a maioria deles(as), é sinônimo de jornadas de trabalho estendidas.

Cant (2019) também destaca que o salário por peça pode ser um obstáculo à solidariedade coletiva, uma vez que os(as) entregadores(as) de certa forma passam a competir pelos pedidos. Marx (2013) já indicava que o salário por peça favorece a concorrência entre os trabalhadores e de uns contra os outros. O salário por peça cria a competição permanente entre os trabalhadores. No excerto abaixo, podemos verificar a competição entre eles e de uns contra os outros, em moldes atuais, na imbricação da gamificação com o salário por peça:

Danilo: — Eu e uns parceiros apostamos quem bate a meta mais rápido.

VVC: — Vocês apostam entre vocês? Apostam dinheiro?

Danilo: — Sim, mas não é muita coisa. Um trocado, senão fica puxado para quem perde.

VVC: — E como vocês combinam tudo?

Danilo: — Pelo Whats. A gente pega o mesmo desafio e ganha quem completa primeiro. No feriado passado, rolou um.

¹⁴ Com relação à porosidade, Dal Rosso estabelece que “a jornada compreende em seu interior duas realidades: momento de trabalho e de não-trabalho. Dentro da jornada, estes últimos formam aquilo que Marx chama de ‘porosidade’ do trabalho. Durante os tempos mortos, os ‘porosos’, o trabalhador não trabalha e não produz valor. Como o trabalho assalariado é heterônomo, o empregado procura aumentar os tempos de não-trabalho e assim diminuir seu próprio desgaste.” (DAL ROSSO, 2008, p. 47).

VVC: — Você ganhou?

Danilo: — Perdi! (Danilo, 27 de abril de 2018)

Marx (2013) ainda destacava que o salário por peça favorece o desenvolvimento da individualidade, do sentimento de liberdade, de autonomia e de autodeterminação dos trabalhadores. Nesse sentido, Callum Cant (2019) apresenta o salário por peça como parte constituinte e fundamental do sistema de controle do trabalho, pois este permitiria que as empresas plataformizadas prescindissem de um sistema de disciplina do trabalho com supervisores humanos. Para o autor, essa forma de salário favorece que os(as) trabalhadores(as) se vejam como seus próprios patrões, conforme é do interesse dos capitalistas que explorem esse trabalho e a classificação dos trabalhadores como autônomos não seria meramente uma forma de evasão dos direitos trabalhistas e de seus respectivos custos por parte do capitalista. O status de trabalhador(a) autônomo(a)¹⁵ seria fundamental para permitir o sistema de salário por peça, sem nenhum salário fixo e sem necessidade do pagamento de um salário mínimo, sendo assim um fundamento necessário ao próprio sistema de controle e gestão do trabalho.

346

De acordo com Cant (2019), o sistema de controle das empresas plataformizadas, baseado no salário por peça, força os(as) trabalhadores(as) a assumirem cada vez mais riscos para aumentarem sua remuneração. Intensificação do trabalho essa, como alerta, que pode ser fatal, uma vez que isso resulta em entregas mais rápidas. As pesquisas demonstram que premiar e estimular a velocidade no atendimento dos motoristas/motoboys é um fator associado aos acidentes de trânsito (Rodrigues; Amancio, 2021).

A netnografia realizada por nossa pesquisa nos grupos de Whatsapp aponta que a palavra “promo” é uma das mais constantes nas conversas entre os(as) entregadores(as). É comum perguntarem uns(umas) aos(às) outros(as) se está vigendo alguma promoção. Foi percebido pelo(a)

¹⁵ Não se descarta que a qualificação jurídica desses(as) trabalhadores(as) é objeto de disputa na Justiça do Trabalho, e da existência de decisões que concederam o vínculo empregatício aos(às) plataformizados(as), a esse despeito, a atual classificação difundida majoritariamente em nosso ordenamento é de trabalhadores(as) autônomos(as).

trabalhador(a) quais são os períodos frequentes que as promoções existem: “Feriado é sempre bom, Dia das Mães, Dia dos Namorados. Sempre promoção”. São frequentes as promoções de R\$ 2,00 (dois reais), por rota das 19:30 às 21:59, em dias chuvosos, que é outro fator associado aos acidentes de trânsito (Vidigal, 2021).

Uma das consequências de sofrer um acidente é não poder trabalhar, e nesse modelo laboral, se não trabalhar, não ganha. Há relatos, ainda, de trabalhadores(as) acidentados(as) que foram suspensos(as) e desligados(as) das plataformas. A pausa forçada no “jogo”, então escancara a realidade: trata-se de um trabalho altamente explorado, no qual os(as) trabalhadores(as) desprotegidos(as) de direitos trabalhistas e sociais “jogam” pela sobrevivência (Vidigal, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma regulação protetiva eficaz só pode vir do entendimento do que é e de como se opera a gestão gamificada. A gestão gamificada é realizada a partir da imbricação de lógicas antigas como o pagamento por trabalho feito – o salário por peça –, a técnica de gestão *carrots and sticks*, com as novas tecnologias, os algoritmos, as técnicas de design virtuais, entre outras (Vidigal, 2021).

No contexto do trabalho plataformizado, o uso da gamificação se vincula com a estratégia capitalista de incorporar o tempo de vida como tempo de produção, intensificando e estendendo o tempo de trabalho. O que podemos observar é que a gestão gamificada e o gerenciamento algorítmico atendem aos anseios do capital e do capitalista, cujo objetivo é o lucro (Vidigal, 2021).

“Tenho muito azar mesmo” (Danilo, 27 de abril de 2018), se lamentou um dos entrevistados da pesquisa, se referindo ao fato de que quando estava chegando perto da meta estabelecida, não ter tido a “sorte” de ter recebido mais chamadas para conseguir a bonificação. Sorte ou azar não se combatem e talvez não se possa resistir ao que é aleatório na vida. Entretanto, a gestão gamificada do trabalho não é um jogo de sorte ou azar. O algoritmo não é aleatório, neutro ou etéreo. Trata-se de um jogo

com regras predeterminadas, definidas de forma unilateral pelas empresas-plataformas tendo como objetivo estimular os(as) trabalhadores(as) a ficarem disponíveis para o trabalho, o máximo de tempo. Um jogo com regras de cartas marcadas para o capitalista vencer e o trabalhador perder. Enquanto o “jogo” continua desregulado, os(as) trabalhadores(as) desempenham suas atividades sem parar, desprotegidos(as), sendo interrompidos(as) apenas por doenças laborais e acidentes de trabalho – que por vezes, ceifam suas vidas. O *game over*: sem vida, não há jogo (Vidigal, 2021).

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, p. 1-21, 2020.

348

ALVES, Giovanni. Trabalho, subjetividade e capitalismo manipulatório: o novo metabolismo social do trabalho e a precarização do homem que trabalha. **Revista Eletrônica da RET** – Rede de Estudos do Trabalho, Marília, ano IV, n. 8, p. 1-31, 2011.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho uberizado e capitalismo virótico: entrevista com Ricardo Antunes. **Digilabour**, 2020. Disponível em: <<https://digilabour.com.br/2020/06/14/trabalho-uberizado-e-capitalismo-virotico-entrevista-com-ricardo-antunes>>. Acesso em: 20 out 2020.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUCHER, T. The Algorithmic Imaginary: exploring the ordinary affects of Facebook algorithms. **Information, Communication & Society**, v. 20, n. 1, p. 30-44, 2017.

BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região. Inquérito Civil n. 001417.2016.01.000-6. 22 de março de 2016.

CANT, Callum. **Riding for Deliveroo: Resistance in the New Economy**. Cambridge: Polity Press, 2019.

CASTRO, Viviane Vidigal. **As ilusões da uberização: um estudo à luz da experiência de motoristas Uber**. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual de Campinas-Campinas/SP, 2020. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/343227/1/Castro_VivianeVidigalDe_M.pdf>

DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho: a intensificação do labor na sociedade contemporânea**. São Paulo: Boitempo, 2008.

DETERDING, S.; Dixon, D; Khaled, R; Nacke, L. From game design elements to gamefulness: defining gamification. Proceedings of the 15th International Academic MindTrek Conference: Envisioning Future Media Environments. ACM, 2011.

DIAKOPOULOS, N. How Uber surge pricing really works. **The Washington Post**, 2015. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/04/17/how-uber-surge-pricing-really-works/?noredirect=on&utm_term=.6f682adc2568>. Acesso em: 10 jun 2019.

FERRARA, J. Games for persuasion argumentation, procedurality, and the lie of gamification. **Games and Culture**, v. 8, n. 4, p. 289-304, 2013.

DUJARIER, Marie-Anne, **Le management désincarné**, Paris, La Découverte, 2015, p. 218

GILLESPIE, T. A relevância dos algoritmos. **Parágrafo**, v. 6, n. 1, p. 97, jan/abr 2018

GROHMANN, R. Plataformização do trabalho: características e alternativas. In: **Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0**, Ricardo Antunes (org.). São Paulo: Boitempo, 2020.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Barcelona: Herder, 2015

HUIZINGA, J. **Homo Ludens**, v. 3, 1949.

HUOTARI, K., & HAMARI, J. (2012). “Gamification” From the Perspective of Service Marketing. Proceedings of the 2011 annual conference extended abstracts on Human factors in computing systems -CHI EA’11(pp. 11–15).

KAPP, K. M. **The gamification of learning and instruction: game-based methods and strategies for training and education**. Pfeiffer, 2012.

KIRKPATRICK, G. Ludefaction: fracking of the radical imaginary. **Games and Culture**, p. 1-18, 2015.

KLEINBERG, Jon. The Mathematics of Algorithm Design. Princeton Companion to Mathematics, **Princeton Univ. Press**, 2008.p.1. Disponível em:<<https://www.cs.cornell.edu/home/kleinber/pcm.pdf>>. Acesso em: 8 nov 2017.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. Neuromarketing e sedução dos trabalhadores: o caso Uber. In: **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade / organização**: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca – Brasília: ESMPU, 2020.472 p.

MALABY, Thomas. 2007. Beyond Play: A New Approach to Games. **Games and Culture**. (2) (April): 95 – 113.

MARX, K. **O capital: crítica da economia política**. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MAZZOTTI, Massimo. Algorithmic life. In: PRIDMORE-BROWN, Michele; CROCKETT, Julien. **The digital revolution: debating the promises and perils of the Internet, automation, and algorithmic lives in the last years of the Obama Administration**. Los Angeles: Los Angeles Review of Books: 2017, p. 34-35.

MODA, Felipe Bruner. **TRABALHO POR APLICATIVO: As práticas gerenciais e as condições de trabalho dos motoristas da Uber**. Dissertação (mestrado em ciências sociais) – efch-Unifesp, Guarulhos, 2020.

MÖHLMANN, M. and ZALMANSON, L. (2017): Hands on the wheel: Navigating algorithmic management and Uber drivers' autonomy, proceedings of the International Conference on Information Systems (ICIS 2017), December 10-13, Seoul, South Korea.

NEGRÃO, Heloísa. Uber extingue taxa fixa cobrada de motoristas. **Folha de São Paulo**, 2 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/uber-extingue-taxa-fixa-cobrada-de-motoristas.shtml>>. Acesso em: 3 jul 2018.

OHNO, Taiichi. **O Sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala**. Porto Alegre: Bookman, 1997.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista/O Ornitórrinco**. São Paulo: Boitempo, 2013.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. Crown Books, 2016.

PEREIRA, Felipe. Entregadores protestam contra redução de valor pago por aplicativos em SP. **UOL**, São Paulo, 17 abr 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/17/motoboys-de-sp-protestam-contrabaixospagamentos-de-aplicativos-de-entrega.htm>>. Acesso em: 25 mai 2020

REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. *In*: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017. p. 157-165.

Relatório Parcial de Pesquisa. ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a COVID-19. São Paulo: **REMIR**, 2020. 11 p

RIBEIRO, Gabriel. Motoristas de apps como Uber perdem até 90% das corridas e querem taxa zero. **UOL**, São Paulo, 31 mar 2020. Informação disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/31/motoristas-de-apps-como-uber-perdem-ate-90-das-corridas-e-querem-taxa-zero.htm>>. Acesso em: 30 mar 2021.

RODRIGUES; AMANCIO. Com explosão de apps e fiscalização falha acidentes caem menos entre motociclistas em São Paulo. **UOL**, São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/02/com-explosao-de-apps-e-fiscalizacao-falha-acidentes-caem-menos-entre-motociclistas-em-sp.shtml>>. Acesso em: 20 mar de 2021.

RYAN, R.; RIGBY, C.; PRZYBYLSKI, A. Motivational pull of video games: a self-determination theory approach. **Motivation and Emotion**, v. 30, n. 4, p. 344-60, 2006.

SALEN, K. **Rules of play: Game design fundamentals**. The MIT Press, 2004.

SANTOS, L. G.; FERREIRA, P. P. “A regra do jogo: desejo, servidão e controle”. In VILARES, F. (org.). **Novas mídias digitais: impactos políticos, econômicos e sociais**. Rio de Janeiro: E-papers, 2008.

SAVIGNAC, Emmanuelle. La gamification du travail. L'ordre du jeu, Londres, ISTE éditions, col. « **Innovation, entrepreneuriat et gestion** », 2017, 176 p.

SCHEIBER, N. How Uber uses psychological tricks to push its drivers' buttons. **New York Times**, 2 de abril de 2017. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2017/04/02/technology/uber-drivers-psychological-tricks.html>>. Acesso em: 20 jan 2018.

SCHMALTZ, Eric. Carrots and Sticks... and Demonstrations: Yuri Andropov's failed autonomy plan for soviet Kahakhstan's Germans, 1976-1980. **Journal of the American Historical Society of Germans from Russia**. Lincoln, Nebraska, vol. 39, n. 3, p. 1-21, 2016.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoas do trabalho no novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SINPOSBA. ‘É greve.’ Entregadores iniciam luta por direitos e querem carteira assinada. **Notícias**. Disponível em: <<https://www.sinposba.org.br/index.php/2020/06/17/e-greve-entregadores-iniciam-luta-por-direitos-e-querem-carteira-assinada/>>. Acesso em: 9 jun 2021.

STARK, Luke. “Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers”. **International Journal of Communication**, v. 10, 2016, pp. 3.758-84.

UBER, 2020. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/campinas/perguntas-e-respostas-sobre-o-preco-dinamico/>>. Acesso em: 20 jan 2021.

VAN DIJCK, J.; POELL, T.; DE WAAL, M. **The Platform Society**. New York: Oxford, 2018, p.9.

VIDIGAL, V. DELIVERY VIRAL: entre a virtualidade do pedido e a concretude da entrega. In: Castro, Bárbara.. (Org.). **COVID-19 e Sociedade: ensaios sobre a experiência social da pandemia**. 1ed.Campinas: IFCH, 2020.

VIDIGAL, Viviane. Game Over: a gestão gamificada do trabalho. **Movimentação**, [S.l.], v. 8, n. 14, p. 44-64, ago 2021. ISSN 2358-9205. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/movimentacao/article/view/15018>>. Acesso em: 20 ago 2021. doi: <<https://doi.org/10.30612/mvt.v8i14.15018>>.

WERBACH, K. (2016). Curso: “Gamification”. Disponível em: <<https://www.coursera.org/course/gamification>>. Acesso em: 20 mar 2021.

WERBACH, K.; HUNTER, D. **For the win: how game thinking can revolutionize your Business**. Wharton Digital Press, 2012.

WURMAN, R. S. **Information architects**. 2.ed. Lakewood: Watson-Guptill Pubns, 1997.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: Bruno, Fernanda *et al.* (orgs.). **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018.

