



Benizete Ramos de Medeiros
Valena Jacob
(Orgs.)



Os grandes líderes são aqueles que se despem de si para ir em direção ao outro, á coletividade, porque o coletivo nos humaniza e ao nos humanizar conseguimos estabelecer uma relação de absoluto desprezo com a vaidade, com a necessidade de protagonizar, com o egoísmo, com a ambição desmedida, com ganância que nos fatiou em cores para facilitar o nosso aniquilamento, porque fatiados somos mais vulneráveis, indefesos e mais destrutíveis. Os movimentos atuais estão nos convidando a atuações cada vez mais coletivas e menos individuais. O mundo nos convoca a agirmos como seres humanos civilizados que caminham para a evolução e que deve deixar de lado qualquer espécie de vaidade ou necessidade de protagonismo, para uma atuação cada vez mais conjunta e ampla. É absolutamente necessário, urgente e primordial a interseccionalidade de pautas. O conglobamento e a inclusão de temas relacionados ao mundo do trabalho em todos os espaços, porque o trabalho está na centralidade da Constituição Federal e é através dele que homens e mulheres adquirem dignidade, independência, autonomia e como conseqüência a diminuição da desigualdade social. Diminuir a desigualdade social é romper com as barreiras do preconceito, fortalecendo cada vez a nossa voz e a nossa participação democrática na sociedade. O direito do trabalho vem sendo degradado, fissurado, rompido em sua espinha dorsal, que é o sistema protetivo. Nesta degradação, são inúmeras as tentativas de corroer a Justiça do Trabalho e de exterminá-la. Uma pauta que nos preocupa e que merece a nossa atenção. Acabar com a Justiça do Trabalho aprimora o intento de fomento ainda maior ás desigualdades sociais, que são o alicerce para a continuidade do autoritarismo e o silêncio das vozes que reclamam. É preciso resgatar a obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais. É preciso estabelecer debates sobre a importância do valor da liberdade, uma conquista da humanidade. Aquela liberdade como meio de exercer as potencialidades da pessoa humana. Aquela liberdade que resgata o ser e que o coloca no seio social em situação de igualdade de condições, de vozes, de direitos e não só da igualdade de morte. Aquela liberdade que nos coloca de frente com a vida.

Alessandra Camarano Martins ■



Ver o peso das reformas



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS TRABALHISTAS - ABRAT

DIRETORIA DA ABRAT (BIÊNIO 2018-2020)

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente:

Alessandra Camarano Martins

Vice-presidente:

Arlete Mesquita

Secretário Geral:

Vítor Martins Noé

Secretário Adjunto:

Emerson Ferreira Mangabeira

Diretor Financeiro:

Marco Antonio Oliveira Freitas

Vice Presidente Região Norte:

Paulo Dias Gomes

Vice Presidente da Região Nordeste:

Jorge Otávio de Oliveira Lima

Vice Presidente da Região Centro Oeste:

Diego Augusto Granzotto de Pinho

Vice Presidente da Região Sudeste:

Thais Cremasco

Vice Presidente da Região Sul:

Denis Rodrigues Einloft

Vice Presidente do Distrito Federal:

Elise Ramos Correia

Comunicação:

Alexandre Henrique Nunes Gurgel

Assuntos Legislativos:

Florany Maria dos Santos Mota

Procedimentos Judiciais Eletrônicos:

Clovis Teixeira Lopes

Assuntos Estratégicos:

Téssio da Silva Torres

Eventos: Sandro Valongueiro Alves

Relações Institucionais:

Rafael Coimbra Jacon

Diretor de Convênios: Gerson Fastovsky

Diretor de Relações entre Associações:

Mary Lucia do Carmo Xavier Cohen

Diretor de Direito Sindical:

Humberto Marcial Fonseca

Diretor da Escola Judicial:

Karlla Patrícia de Souza e Otávio Pinto e Silva

Presidente do Colégio de Presidentes:

Aline Silva Correa

Conselho Fiscal: Sílvia Marina Ribeira de Miranda Mourão, Marcondes Sávio dos Santos e Maria Madalena Melo Martins Carvelo

Suplente: Newton Cesar da Silva Lopes

Comissão Relações entre Associações Internacionais: Magnus Farkat e Jocelino Pereira Silva

Conselho Consultivo Técnico:

Direito Individual: Daniela Muradas, Claudio Santos, Jesus Augusto de Matos e Paulo Leal

Direito Coletivo: Eymard Loguercio, Alex Santana, Antonio Alves Filho e Denise Aparecida Rodrigues

Ver o peso das reformas

41º Congresso Brasileiro de Advogados Trabalhistas – CONAT - 2019

Organizadores

Benizete Ramos de Medeiros
Valena Jacob

Comissão Científica dos Grupos de Trabalhos

Profa Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira
Profa Dra. Karla Patrícia Souza
Prof. Dr. Otávio Pinto e Silva
Profa Dra. Silvia Tavares



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

Fotografia/imagem de Capa: ngupakarti

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

JACOB, Valena; MEDEIROS, Benizete Ramos de (Org.)

Ver o peso das reformas: 41º Congresso Brasileiro de Advogados Trabalhistas – CONAT - 2019 [recurso eletrônico] / Benizete Ramos de Medeiros; Valena Jacob (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

281 p.

ISBN - 978-65-5917-344-0

DOI - 10.22350/9786559173440

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Congresso; 2. Direito Trabalhista; 3. Reformas; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação

13

Alessandra Camarano Martins

Grupo de Trabalho 01 O controle de convencionalidade e constitucionalidade frente a reforma trabalhista

1

19

Dano moral tarifado como discriminação laboral: uma análise à luz das normas internacionais de direitos humanos e do controle de convencionalidade

Anna Marcella Mendes Garcia

Robson Heleno da Silva

RESUMO: Estudo cujo objetivo é identificar em que medida o dano moral tarifado, instituído a partir da reforma trabalhista, viola as normas de direito internacional sobre direitos humanos, de modo a ser alvo do controle de convencionalidade. Trata-se de pesquisa teórico-normativa em que se analisará a tarifação do dano extrapatrimonial à luz das normas internacionais de direitos humanos, em particular a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, com vistas a identificar se os dispositivos celetistas sobre o tema podem ser alvo do controle de convencionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista, Dano moral tarifado, Controle de convencionalidade.

2

37

A crise de identidade institucional e a representatividade do trabalhador brasileiro

Diogo Baptista Simões

Tainara carvalho Garcia Miranda Filgueiras

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma revisão da literatura sobre a representatividade do trabalhador diante da crise institucional brasileira. Pretende-se elucidar a responsabilidade civil e, em paralelo, a quem recorrer, apresentando as condições a que estão expostos os trabalhadores que necessitam de amparo jurídico, desde a fiscalização das condições de trabalho até a sua representação perante o judiciário trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: identidade, fiscalização, representatividade.

3

54

Limites da negociação coletiva: análise da validade jurídica de instrumentos coletivos de trabalho que retiram funções da base de cálculo da cota de aprendizagem profissional

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

RESUMO: A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) promoveu abertura à negociação coletiva, quanto a dispositivos então resguardados da flexibilização. Inseriu-se na CLT o artigo 611-A (lista aberta de possibilidades de a contratação coletiva sobrepujar a lei) e o artigo 611-B (tópicos que constituem objeto ilícito de instrumento coletivo de trabalho), mencionando no inciso XXIV as medidas de proteção legal de crianças e adolescentes. A pesquisa bibliográfica e documental adota o método dedutivo para analisar e concluir serem ilegais, inconstitucionais e inconvenientes cláusulas de instrumento coletivo que reduzem o alcance de normas destinadas à concretização do direito dos adolescentes e jovens à profissionalização.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista, Negociação Coletiva, Aprendizagem Profissional.

4

75

A resistência do sindicalismo de Estado no Brasil após a lei nº 13.467/2017: uma crítica às inconstitucionais teses de restrição dos efeitos da negociação coletiva apenas a trabalhadores sindicalizados adotadas em dois casos pelo ministério público do trabalho

Guilherme Bezerra Barbosa

Lidiane Uchôa do Nascimento

RESUMO: O presente estudo pretende analisar criticamente entendimentos jurídicos fortalecidos após a vigência da lei nº 13.467/2017, no que diz respeito à restrição da normatividade de acordos e convenções coletivas de trabalho apenas a trabalhadores sindicalizados. Analisa-se, nesse contexto, se é possível, de um ponto de vista jurídico, afirmar que a alteração do regime jurídico da contribuição sindical gerou mudança suficiente na estrutura sindical brasileira, ao ponto de ser possível conferir plausibilidade jurídica à tese da restrição dos efeitos das negociações coletivas apenas a trabalhadores sindicalizados.

PALAVRAS-CHAVE: sindicalismo de estado; contribuição sindical; normatividade da negociação coletiva.

5

96

O Compliance trabalhista como estratégia de prevenção à violação dos direitos humanos do trabalho: o caráter supralegal do decreto 9.571/18 e a prevalência das normas internacionais no ambiente laboral e no judiciário

Jéssica Adriane Ferreira de Sousa

RESUMO: O decreto n. 9.571/18 trouxe regras de cumprimento e fiscalização da lei, tornando-se uma ferramenta essencial no combate à precarização do trabalho humano, bem como, à efetivação dos direitos sociais. É necessário fixar seu caráter supralegal, bem como aplicar a legislação internacional de direitos humanos, em especial referente ao direito e processo do trabalho, e relacioná-las em um contexto de análise social para o real cumprimento da moral e da ética no ambiente laboral, trazendo à empresa o conceito de responsabilidade social, possibilitando a concretização de seus direitos e obrigações, bem como o respeito aos direitos fundamentais do(a) trabalhador(a).

PALAVRAS-CHAVE: Compliance, Reforma Trabalhista, Direitos Humanos.

6

111

A flagrante inconstitucionalidade da cobrança de custas processuais do trabalhador beneficiário da gratuidade judicial

Larissa Matos

Tiago Alves da Silva

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar a flagrante inconstitucionalidade do art. 844, §§ 2º e 3º, CLT, por afronta direta e literal ao art. 5º, incisos, XXXV e LXXIV, CF/88. Para tanto, se analisará o tema frente ao princípio do acesso à justiça, bem como diante dos pactos internacionais que devem ser observados pelo país, em respeito à interpretação sistêmica do direito e ao papel do processo do trabalho, sem olvidar o posicionamento atual da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Justiça gratuita. Custas.

Lei n. 13.467/17 e a flexibilização do limite de jornada de trabalho

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas Ferreira

RESUMO: A Lei nº 13.467/17, denominada de reforma trabalhista, estabeleceu várias possibilidades de flexibilização do limite diário de trabalho, desconsiderando períodos que anteriormente eram computados na jornada de trabalho e eliminando o pagamento de horas *in itinere*. O presente foi realizado com o objetivo de analisar a viabilidade de tais mudanças a partir dos limites constitucionais estabelecidos e dos compromissos firmados pelo Brasil através das Convenções Internacionais assinadas junto à OIT. Os resultados da pesquisa evidenciaram o retrocesso em matéria de direitos sociais além de prejuízos para a saúde do empregado e ao meio ambiente do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista, Flexibilização da jornada de trabalho, Prejuízos decorrentes.

Possíveis aplicações da teoria do diálogo institucional no debate jurídico sobre o índice de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas

Manuela Cristina Fernandes Leite

RESUMO: O presente artigo tem por proposta trazer alguns dos problemas recentes colocados na tensão entre constitucionalismo e democracia, em especial sobre a necessidade de ressignificação da noção de separação dos Poderes sob a ótica da institucionalização do controle judicial de constitucionalidade. Partindo de um caso concreto (o debate jurídico sobre o índice de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas), propõe-se uma série de pontos de atenção que devem ser considerados pela Justiça do Trabalho para aprimoramento e internalização da teoria do diálogo institucional.

PALAVRAS-CHAVE: diálogo institucional, Justiça do Trabalho, correção monetária.

O acesso à justiça e a reforma trabalhista: da inconveniência à inconvenionalidade

Matheus Mendes Pinto

RESUMO: A Lei nº 13.467/2017 trouxe consigo a promessa de modernização das relações de trabalho e geração de empregos. Entretanto, passados quase dois anos desde sua vigência, as estatísticas mostram que tal promessa não logrou êxito. Dentre as inovações legais, destacam-se, sobremaneira, aquelas relacionadas ao acesso à justiça, garantia fundamental que restou fragilizada com a inclusão de previsões inconstitucionais e inconvencionais. Sob tal enfoque, o presente artigo analisa a reforma trabalhista e seus traços de inconstitucionalidade e inconvenionalidade, valendo-se, também, do marco doutrinário dos movimentos renovatórios do acesso à justiça propostos nos estudos de Capelletti e Garth.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista, acesso à justiça, inconvenionalidade.

Breves considerações sobre o mercado de trabalho e os impactos das tecnologias digitais nos direitos sociais e humanos

Noélia Castro de Sampaio

Renata Vérica de Sousa Silva

RESUMO: O presente artigo discutirá tecnologia, as novas formas de trabalho a serem desenvolvidas por diversos profissionais e áreas, bem como as peculiaridades no desenvolvimento de algumas atividades. Analisará as diversidades de ambientes de trabalho e as mudanças que tem sofrido o mercado de trabalho, nos últimos anos, assim como a necessidade de trabalhadores e empregadores se adaptarem para sobreviver a essa era da tecnologia digital.

PALAVRAS-CHAVE: trabalho, tecnologias, impactos.

Notas sobre resistência à lei n.º 13.467/2017 a partir da contribuição da OIT ao paradigma de trabalho decente

Pedro Henrique Felix Lima

RESUMO: O presente artigo científico foi produzido com base em revisão bibliográfica do grupo de pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania", na Pós-Graduação em Direito da UnB. Compreende formulação teórica a respeito de instrumentos jurídicos internacionais disponíveis a que o aplicador do direito do trabalho no Brasil possa fazer uma leitura crítica da Lei n.º 13.467/2017 à luz do paradigma de trabalho decente da OIT. Procurou-se demonstrar a importância da Declaração da Filadélfia, mediante a qual a OIT afirmou que a paz universal é umbilicalmente conectada à ideia de justiça social, esta que se encontra hoje ameaçada pelas "inovações" legislativas do país.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista, Declaração da Filadélfia, OIT.

Controle jurisdicional de constitucionalidade e a Reforma Trabalhista: o caso da contribuição sindical

Priscila Kuhl Zoghbi

RESUMO: A Lei 13.467/2017, comumente conhecida como Reforma Trabalhista gerou uma série de profundas alterações no ordenamento brasileiro. No entanto, como todos os outros atos legislativos, estas alterações devem ser analisadas de acordo com a ordem constitucional. Uma das formas de analisar a compatibilidade entre essas mudanças e a Constituição consiste no controle jurisdicional de constitucionalidade. Este, geralmente, é exercido por um juiz ou por órgão integrante do Poder Judiciário. Este trabalho consiste em uma análise da constitucionalidade da Reforma Trabalhista no caso da contribuição sindical.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Contribuição Sindical.

O conceito de danos existenciais e sua positivação com a reforma trabalhista

Rejane Pessoa de Lima

Andrea Bassalo Vilhena Gomes

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a contribuição do conceito de dano existencial dentro da seara trabalhista. Assim como, demonstrar que as modificações trazidas pela chamada reforma trabalhista, que inseriu na legislação obreira a previsão dos danos existenciais, apesar de ter suprido uma lacuna no contexto laboral, trouxe interpretações divergentes para um conceito que já estava consolidado na jurisprudência trabalhista quanto a reparação de danos ao projeto de vida e à vida de relações. Fato que vem inibindo os profissionais do direito em buscar indenizações neste sentido nas Reclamações Trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial, Reforma Trabalhista, Jurisprudência.

A precarização do trabalho: a realidade do trabalho escravo contemporâneo e os desafios latentes para a concretização de direitos humanos e sociais

Thássia Gomes Borrallho

RESUMO: O artigo enfatiza a dura realidade do trabalhado escravo contemporâneo e suas facetas, esclarecendo que a partir da Organização dos Estados Americanos já existe um conceito de trabalho escravo, muito embora no Brasil ainda não haja uma definição uniforme na sua legislação. Verificando isto, se esclarece o atual caminho traçado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto e quais as formas de trabalho escravo contemporâneo enfrentadas por esta Corte. Este estudo ainda avaliará práticas que podem se assemelhar a exaustiva rotina do trabalhador que vem ocorrendo de maneira velada, encontrando esteio nas lacunas e possibilidades na chamada reforma trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, escravidão contemporânea, precarização.

Grupo de Trabalho 02

A invasão da inteligência artificial no mercado de trabalho do advogado

15

259

Breves considerações sobre o mercado de trabalho e os impactos das tecnologias digitais nos direitos sociais e humanos

Noélia Castro de Sampaio

Renata Vérica de Sousa Silva

RESUMO: O presente artigo discutirá tecnologia, as novas formas de trabalho a serem desenvolvidas por diversos profissionais e áreas, bem como as peculiaridades no desenvolvimento de algumas atividades. Analisará as diversidades de ambientes de trabalho e as mudanças que tem sofrido o mercado de trabalho, nos últimos anos, assim como a necessidade de trabalhadores e empregadores se adaptarem para sobreviver a essa era da tecnologia digital.

PALAVRAS-CHAVE: trabalho, tecnologias, impactos.

Carta de Belém/Pará

274

Apresentação

Alessandra Camarano Martins

Discurso de abertura do CONAT realizado pela presidenta da ABRAT Marielle Franco; Anderson Gomes; Homens e Mulheres mortos no crime ambiental de Brumadinho; meninos do Centro de Treinamento do Flamengo; Agatha Felix; Capoeirista Moa do Katendê; Paulo Guajajara.

Não pedirei um minuto de silêncio pelo assassinato de todos vocês, porque não queremos o silêncio. Queremos que ecoe ao universo o grito abafado pela morte de seus corpos, por causa da ganância da humanidade que a serviço do poder, do dinheiro e do egoísmo, banalizam a vida e não se intimidam em espalhar o ódio.

Em respeito às suas almas, em solidariedade aos seus familiares que permanecem sem respostas e em cobrança às autoridades competentes, eu cumprimento os presentes, em uma inversão protocolar que nos é exigida nessa quadra em que o TER é maior que o SER e em que as relações líquidas escorrem pela sociedade em forma de dor, ódio, desprezo e desrespeito às instituições, ao estado democrático de direito, ao sistema de justiça e ao ser humano.

Á mesa, composta por lideranças já nominadas pelo cerimonial, eu peço licença e cumprimento nas pessoas de inominados e inominadas.

Homens e Mulheres que voluntariamente se banham no óleo tóxico derramado nas praias do Nordeste, na ânsia de salvar o meio ambiente e a vida, naquela perspectiva inerente do “mais que humano em nós.”

Verdadeiros líderes. Líderes em sua essência profunda. Líderes em suas entranhas.

Os grandes líderes são aqueles que se despem de si para ir em direção ao outro, à coletividade, porque o coletivo nos humaniza e ao nos humanizar conseguimos estabelecer uma relação de absoluto desprezo com a vaidade, com a necessidade de protagonizar, com o egoísmo, com a ambição desmedida, com ganância que nos fatiou em cores para facilitar o nosso aniquilamento, porque fatiados somos mais vulneráveis, indefesos e mais destrutíveis.

Os movimentos atuais estão nos convidando a atuações cada vez mais coletivas e menos individuais. O mundo nos convoca a agir como seres humanos civilizados que caminham para a evolução e que deve deixar de lado qualquer espécie de vaidade ou necessidade de protagonismo, para uma atuação cada vez mais conjunta e ampla.

É absolutamente necessário, urgente e primordial a interseccionalidade de pautas. O conglobamento e a inclusão de temas relacionados ao mundo do trabalho em todos os espaços, porque o trabalho está na centralidade da Constituição Federal e é através dele que homens e mulheres adquirem dignidade, independência, autonomia e como consequência a diminuição da desigualdade social.

Diminuir a desigualdade social é romper com as barreiras do preconceito, fortalecendo cada vez a nossa voz e a nossa participação democrática na sociedade.

O direito do trabalho vem sendo degradado, fissurado, rompido em sua espinha dorsal, que é o sistema protetivo.

Nesta degradação, são inúmeras as tentativas de corroer a Justiça do Trabalho e de exterminá-la. Uma pauta que nos preocupa e que merece a nossa atenção.

Acabar com a Justiça do Trabalho aprimora o intento de fomento ainda maior às desigualdades sociais, que são o alicerce para a continuidade do autoritarismo e o silêncio das vozes que reclamam.

É preciso resgatar a obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais.

É preciso estabelecer debates sobre a importância do valor da liberdade, uma conquista da humanidade.

Aquela liberdade como meio de exercer as potencialidades da pessoa humana. Aquela liberdade que resgata o ser e que o coloca no seio social em situação de igualdade de condições, de vozes, de direitos e não só da igualdade de morte.

Aquela liberdade que nos coloca de frente com a vida.

Segundo Ângela Davis “A liberdade é uma luta constante”

Que sejamos livres!

Livres de preconceito; livres de vaidades; livres de autoritarismo; livres de ódio; livres de divisão e absolutamente livres no pensar e no agir.

Encerro com Simone de Beauvoir: “Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja nossa própria substância, já que viver é ser livre, porque alguém disse e eu concordo que o tempo cura, que a mágoa passa, que decepção não mata. E que a vida sempre, sempre continua. ”

Um excelente CONAT a todos e todas!

Declaro aberto o 41. Congresso Nacional da Advocacia Trabalhista.

Belém, 07 de novembro de 2019.

GRUPO DE TRABALHO 01

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E
CONSTITUCIONALIDADE FRENTE A
REFORMA TRABALHISTA**

Coordenadora:

Profª. Dra Eliana Maria de Souza Franco Teixeira (PA).

Debatedora:

Profª Drª. Silvia Tavares (PA).

41º Congresso Nacional de Advogados Trabalhistas

CONAT (2. 2019. Belém, PA)

Dano moral tarifado como discriminação laboral: uma análise à luz das normas internacionais de direitos humanos e do controle de convencionalidade

*Anna Marcella Mendes Garcia*¹
*Robson Heleno da Silva*²

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, amplamente conhecida como Reforma Trabalhista, provocou diversas mudanças na legislação laboral brasileira. Sob o escopo de promover a adequação das normas às novas relações de trabalho, foram instituídas significativas alterações no Decreto-Lei nº 5.452/1943 (a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT), através da criação e/ou revogação de mais de cem de seus artigos, afetando direitos historicamente assegurados aos trabalhadores.

A propagação da modernização normativa teve como principais características a flexibilização e a desregulamentação de direitos. Houve, em verdade, uma diminuição no âmbito de proteção aos trabalhadores, de modo que garantias acabaram por ser suprimidas. Consubstanciando uma visão claramente neoliberal, o que se buscou foi a redução da atuação protetiva do Estado, vista como onerosa e impeditiva do crescimento econômico, logo, incompatível com a atual conjuntura de um mercado “mundializado” (OLIVEIRA, 2008, p. 54-55).

¹ Mestra em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA) com auxílio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de financiamento 001. Especialista em Direito Processual. Advogada.

² Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Advogado.

Seja em virtude dos interesses a que parece ter sido direcionada, seja pela rapidez com que foi aprovada³, sem que houvesse tempo para que as proposições fossem efetivamente debatidas, o fato é que as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 já ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro suscitando controvérsias; isto fez com que diversos de seus dispositivos fossem objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), com vistas à declaração de sua inconstitucionalidade.

Dentre as disposições que têm sido objeto de questionamento destaca-se a criação da tarifação do dano moral na esfera trabalhista, isto é, a predeterminação de valores a serem arbitrados em sentenças condenatórias, a depender de alguns quesitos específicos, que têm por base um critério claramente discriminatório.

A referida tarifação foi inserida no ordenamento jurídico trabalhista por meio da inclusão, pela Lei nº 13.467/2017, do Título II-A no texto da CLT. A matéria é tratada dos artigos 223-A ao 223-G, os quais dispõem acerca do dano extrapatrimonial. Dentre estes, sobreleva importância o artigo 223-G, visto que, em seu §1º, estabelece critérios para a fixação da indenização, cujo valor deve variar de acordo com a natureza da ofensa.

Ocorre que o outro critério de fixação do *quantum* indenizatório estabelecido pelo citado diploma legal é o valor do salário do ofendido, o que permite que, na prática, haja a fixação de indenizações em quantias distintas para situações e danos equivalentes, caso exista diferença salarial entre os obreiros, em uma nítida violação ao princípio constitucional da isonomia.

Diante desse cenário, o presente trabalho busca identificar em que medida a previsão inovadora de tarifação do dano moral atenta contra as

³ O Projeto de Lei nº 6.787/2016, originário da Lei nº 13.467/2017, foi aprovado após tramitar por pouco mais de seis meses, tendo em vista que sua apresentação perante o plenário da Câmara dos Deputados se deu em 23/12/2016, e sua conversão em lei ocorreu em 14/07/2017.

normas internacionais de Direito do Trabalho, podendo, também, ser alvo de controle de convencionalidade. Trata-se de pesquisa bibliográfica teórico-normativa, fundamentada, essencialmente, na Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, tendo em vista que, a *priori*, nota-se a clara violação ao princípio da isonomia em razão de um dos critérios elencados pela Lei nº 13.467/2017 ser o salário do ofendido, o que acarreta no tratamento diferenciado dos trabalhadores baseado em critério estritamente econômico.

O trabalho dividir-se-á em três seções. A primeira delas trata acerca da conceituação do dano extrapatrimonial e sua utilização na seara juslaboral antes da reforma trabalhista. A seção posterior se dedica à análise da tarifação do dano extrapatrimonial, instituída a partir da Lei nº 13.467/2017. Por fim, a última seção compreende estudo acerca da citada inovação legislativa à luz das normas internacionais sobre o tema, com vistas a identificar se a referida previsão pode ser alvo do controle de convencionalidade, respondendo ao problema de pesquisa.

2 O DANO MORAL NA SEARA TRABALHISTA

O instituto do dano extrapatrimonial⁴, em particular o dano moral, objeto central deste estudo, encontra previsão, inicialmente, na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos V e X, onde se assegura o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem em caso de violações.

O Código Civil dispõe acerca do tema de maneira explícita em seus artigos 186⁵ e 927⁶, cuja interpretação conjunta permite afirmar que

⁴ O dano extrapatrimonial é gênero, dos quais são espécies o dano moral, o dano estético e o dano existencial. Somente o primeiro é objeto de análise deste estudo.

⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

constitui ato ilícito aquele que causa dano moral, seja por meio de ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência, gerando a obrigação de reparação.

Ao comentar o supramencionado artigo 927, Costa Machado e Chinellato (2017, p. 727) esclarecem que:

Todo ato ilícito implica obrigação de indenizar. Constituem elementos indispensáveis à caracterização do ato ilícito: o fato lesivo voluntário; a ocorrência de um dano (lesão de um direito que causa prejuízo a determinada pessoa); e nexó de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. A base da responsabilidade subjetiva está destacada neste caput, tida como cláusula geral de responsabilidade subjetiva (assim como o art. 186 do CC), em que toda pessoa que causar dano a outra pessoa tem o dever de reparar ou indenizar a lesada, quer seja por dano material, quer seja por dano moral.

Acerca do dano moral, convém acrescentar que diz respeito à lesão de natureza não pecuniária, que atinge o indivíduo em sua esfera personalíssima, ofendendo, assim, direitos de personalidade, como a honra e a imagem, e que, por conta do prejuízo nesta esfera, em que pese não provoque um prejuízo financeiro, é passível de indenização monetária (Stolze; Pamplona Filho, 2013, p. 105).

Os citados diplomas legais garantem o direito à reparação do dano, ainda que intangível, conferindo ao indivíduo o direito de ação, o que constituiu, à época, grande marco na tutela dos direitos de personalidade.

O dano moral pode ser classificado como direto, indireto ou reflexo (por ricochete). Sinteticamente, o primeiro é o dano principal advindo de uma conduta; o segundo pode ser compreendido como um dano secundário, decorrente de um dano principal; e o último é o dano que atinge terceiros, além da vítima direta.

Por tratar-se de um dano imaterial, intangível, impossível é retornar ao *status quo ante*, de modo que, para não deixar a violação ao direito impune, estabeleceu-se a indenização em pecúnia.

A liquidação da indenização por dano extrapatrimonial é tarefa de grande dificuldade, dado seu elevado grau de subjetividade, pois não há, efetivamente, como quantificar de maneira fiel o sofrimento vivenciado por um indivíduo e convertê-lo em pecúnia. Deve-se, portanto, considerar fatores que aproximem ao máximo o valor da indenização de um ideal de justiça, como os valores já concedidos a casos similares, as circunstâncias do caso concreto, dentre outros.

No que tange à esfera trabalhista, até o advento da Lei nº 13.467/2017, não havia na CLT um título dedicado a disposições relativas ao dano extrapatrimonial, mormente o dano moral. Assim, por força do disposto no artigo 8º, da CLT, aplicavam-se as disposições do Direito Civil, relativas à matéria, não como fonte subsidiária, mas como fonte direta (TARTUCE, 2017, p. 63).

Embora existissem disposições tratando acerca do tema, estas o faziam de modo indireto. Neste sentido, destacam-se: o artigo 480, que assegura ao empregado o direito de cobrar um ressarcimento por eventuais prejuízos oriundos do rompimento antecipado do contrato a termo; o artigo 482, “k”, que assegura ao empregador a resolução do contrato de trabalho do empregado, por atos lesivos à sua honra; e o artigo 483, “e”, que destaca a lesão à honra e à boa fama do empregado ou de pessoa de sua família como causa para a rescisão indireta do contrato (LEITE, 2019, p. 83).

Nenhum destes dispositivos, no entanto, tratava diretamente acerca do dano moral (extrapatrimonial). É preciso ter em mente que, no âmbito trabalhista, o dano moral costuma decorrer de ofensas ao patrimônio imaterial do trabalhador, em que a responsabilidade imputada ao

empregador decorre de condutas praticadas por este ou por seus prepostos, comumente relacionadas à prática de atos discriminatórios, ofensas à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, ou mesmo a lesões acidentárias (ROMAR, 2018, s/p.).

A inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017, portanto, teve por finalidade trazer para a legislação trabalhista previsões específicas, diretas, que dispusessem acerca dos danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, de modo a prescindir da aplicação das normas de Direito Civil. A seção a seguir tratará acerca das disposições incluídas pela reforma trabalhista.

3 A tarifação do dano moral advinda da reforma trabalhista

O legislador brasileiro reformista, em atenção ao elevado grau de subjetividade que circundava a quantificação do dano moral, gerando, conseqüentemente, insegurança jurídica, optou por sua tarifação, elencando critérios rígidos de liquidação e delimitando quais são os bens jurídicos tutelados em se tratando desta matéria.

A Lei nº 13.467/2017 inseriu no texto celetista o título II-A, destinado a regulamentar de maneira exclusiva o dano extrapatrimonial, afastando, ao menos em tese, a utilização subsidiária da lei civil nesta temática. Definiu as ações e omissões ensejadoras do dano e os titulares do direito à reparação (artigo 223-B), bem como os bens jurídicos tutelados (artigo 223-C)⁷.

Especificamente sobre a tarifação do dano moral, o artigo 223-G, *caput*, da CLT, dispõe sobre os requisitos a serem observados pelo magistrado para definir a gravidade do dano ocorrido. Verificados estes critérios é possível caracterizar a lesão como de natureza leve, média,

⁷ Para uma análise crítica sobre os primeiros artigos do título II-A, sugerimos a leitura de: RODRIGUES, Deusmar José (coord.). **Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo**. São Paulo: JH Mizuno, 2018, p. 101-116.

grave ou gravíssima, passando-se, então, a liquidar a indenização do seguinte modo:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I- ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Os critérios listados para guiar o magistrado na análise da gravidade do dano já eram vislumbrados na doutrina e na jurisprudência antes mesmo da edição da Lei nº 13.467/2017, portanto, não são objeto de tanta controvérsia, tampouco serão o foco deste estudo. A problemática advinda da reforma trabalhista reside mais especificamente na tarifação do dano moral a partir do salário contratual do ofendido, o que gera flagrante quebra ao princípio da isonomia, pois permite que danos idênticos ensejem indenizações distintas a depender do salário do ofendido.

Estatuir no ordenamento jurídico um critério exclusivamente econômico para tarifar o dano moral é dar ares de legalidade para a discriminação em razão de sua posição no mercado de trabalho, ofendendo não somente a Constituição da República, em seus princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, mas também normas de direito internacional, conforme se verá adiante.

Um caso que bem ilustra a problemática envolvendo a tarifação do dano moral foi o ocorrido com o rompimento da barragem de

Brumadinho/MG⁸, em janeiro de 2019, que resultou em 134 pessoas mortas e 199 desaparecidas, entre moradores da região e funcionários da Vale, empresa responsável pela manutenção desse instrumento de contenção de dejetos oriundos da extração de minério.

Como a Lei nº 13.467/2017 já estava em vigor quando do ocorrido, as indenizações devidas às famílias dos trabalhadores vitimados ou desaparecidos (cuja morte foi presumida), pleiteadas a título de dano moral por ricochete, foram fixadas respeitando os limites previstos no artigo 223-G, *caput*, da CLT, isto é, de acordo com o salário contratual dos trabalhadores. Desta feita, por exemplo, familiares de engenheiros do alto escalão e de técnicos vitimados pela tragédia receberam montantes muito distintos a título de indenização — lembrando, decorrentes do mesmo fato gerador, o dano advindo da morte de um familiar em razão do acidente de trabalho (rompimento da barragem), considerado de natureza gravíssima — a depender dos salários das vítimas.

A viabilização da concessão de indenizações em patamares tão distintos trazida pela reforma trabalhista demonstra uma vinculação excessiva ao aspecto econômico, em uma espécie de monetização da vida totalmente dissonante dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção integral, tanto é que deu origem a, pelo menos, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁹, questionando-se, ainda, a adequação dos dispositivos legais aos instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, conforme se verá adiante.

⁸ Para uma análise mais detida sobre o caso, sugerimos a leitura de: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Solidariedade e respeito às vítimas da Vale em Brumadinho**. Blog. Disponível em:

<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/solidariedade-e-respeito-as-vitimas-da-vale-em-brumadinho>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁹ São elas: ADI 5870; 6050; 6069 e 6082.

4 Dano moral tarifado, violação de normas internacionais de direitos humanos e controle de convencionalidade

Conforme desenvolvido na seção anterior, a Lei nº 13.467/2017 inseriu dispositivos relativos ao dano extrapatrimonial no seio da legislação trabalhista, os quais contém previsões que têm sido alvo de ADIs, ante a clara violação ao princípio da isonomia instituída pela tarifação do dano moral.

No que diz respeito aos dispositivos relativos ao dano moral tarifado, especificamente, destaca-se a existência das ADI nº 5870, bem como das ADIs de nº 6050, 6069 e 6082, as quais foram apensadas à primeira. Ante a profusão de ações objetivando a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos, alegando que os mesmos contrariam a norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro, não se torna difícil imaginar que haja, também, ofensas às normas de Direito Internacional.

Neste sentido, ao cotejar as previsões com o texto da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), tem-se que resta violado o seu artigo VII, que dispõe que:

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Tal violação fica evidente na medida em que se considera que, conforme exposto anteriormente, o dano moral tarifado viola a igualdade entre os trabalhadores, na medida em que institui um critério discriminatório para a concessão das indenizações. Insta destacar que a Declaração Universal, embora tenha sido aprovada pelo Brasil, jamais

passou pelo processo de votação e ratificação, visto não ser considerada um tratado internacional¹⁰.

Passando para os documentos de Direito Internacional aprovados e ratificados, destaca-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), bem como seu Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador (promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999), que também dispõem acerca da igualdade e do combate a discriminação, em seus artigos 24 e 3, respectivamente:

Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Artigo 3 - Obrigação de não discriminação

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A criação do dano moral tarifado pela reforma trabalhista, portanto, contraria não só a Constituição da República, como também tratados internacionais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. Tais tratados, no entanto, possuem disposições gerais, não voltadas especificamente ao campo do trabalho.

¹⁰ Não ignoramos a existência de debate em torno da natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como sobre sua força vinculante. No entanto, para os fins ora propostos, e dados os limites do presente trabalho, tal discussão não será enfrentada, porquanto descabida.

Em virtude disso, convém analisar o dano moral tarifado à luz da Convenção nº 111, da OIT, que trata sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Trata-se de tratado internacional em vigor no Brasil desde 1968, ano em que foi promulgado pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

Analisando as disposições contidas no texto da Convenção nº 111, é possível destacar de pronto que o dano tarifado moral atenta contra os artigos 2º e 3º, “b”, senão vejamos:

ARTIGO 2º - Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

ARTIGO 3º - Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às circunstâncias e os usos nacionais:
b) Promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

Conforme se observa, a criação do dano moral tarifado contrariou os ditames relativos à formulação e aplicação de uma política que objetiva eliminar a discriminação em matéria trabalhista. Logo, trata-se de inovação legislativa que atenta, também, contra normas jurídicas internacionais que se encontram em pleno vigor no país.

Assim, é possível afirmar que os dispositivos relativos ao dano moral tarifado podem ser questionados por meio do controle de convencionalidade, a fim de que seja declarada a incompatibilidade desta inovação trazida pela reforma trabalhista.

Nesse ponto, se mostra pertinente destacar que o controle de convencionalidade é o meio através do qual se busca assegurar a aplicabilidade interna das convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o país é signatário, com efetividade de direitos, prevenindo normas internas incompatíveis com o ordenamento jurídico.

O controle de convencionalidade surgiu a partir da necessidade de que fossem criados mecanismos e instituições aptos a dar exequibilidade ao conteúdo positivado nas cartas internacionais, de modo a fazer frente à mentalidade de que a vontade estatal deve prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana (CHAVES; SOUSA, 2016, pp. 89-90). Assim, as cortes judiciais (nacionais e internacionais) passaram a atuar ativamente na defesa dos direitos humanos, uma vez que a jurisdição se mostrou eficaz na tutela de direitos e garantias fundamentais, figurando o controle de convencionalidade como uma ferramenta para compatibilizar o direito interno e os tratados internacionais.

No que tange à realidade brasileira, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do RE 466.343/SP, onde houve o reconhecimento de que os tratados de Direitos Humanos que não forem aprovados nos termos do artigo 5º, § 3º¹¹, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com valor supralegal. Ou seja, são normas inferiores à Constituição Federal, mas que prevalecem sobre a legislação ordinária vigente no país.

Em virtude disso, entende-se que as leis vigentes no Brasil, além de compatíveis com aquilo que dispõe a Constituição Federal, deverão também estar de acordo com os tratados de Direitos Humanos que estiverem em vigor no país, sob pena de invalidade. Isto é corroborado na

¹¹ Art. 5º - § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

medida em que se considera que o próprio § 2º, do artigo 5º dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Existe discussão teórica acerca da real possibilidade de haver controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais internos dos países (jurisdição nacional), uma vez que os próprios tratados e convenções internacionais tratam acerca da criação e funcionamento de tribunais internacionais (jurisdição transnacional), voltadas a aplicação dos direitos por elas previstos. Porém, conforme afirmam Chaves e Sousa (2016, pp. 96-97), o controle de convencionalidade pode (e deve) ser realizado pelas cortes transnacionais e pelos juízes e tribunais nacionais, sem que haja qualquer incompatibilidade.

Assim, é possível apontar que as modificações que foram descritas e analisadas nas seções anteriores podem ter sua validade impugnada pela via do controle de convencionalidade, porquanto violadoras das previsões contidas nos tratados internacionais mencionados anteriormente.

Importante acentuar que deve existir o controle de convencionalidade em caráter complementar ao controle de constitucionalidade das normas, nunca devendo ser considerado meramente subsidiário. Não obstante, é preciso ter em mente que ele visa compatibilizar as leis vigentes no país com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional, não se confundindo com o controle de suprallegalidade, que trata da compatibilização em relação aos tratados internacionais comuns, que possuem status suprallegal. (MAZZUOLI, 2011, p. 132).

Tal distinção se mostra interessante para a presente pesquisa, uma vez que, conforme apontado na seção anterior, nem todos os documentos internacionais violados foram efetivamente ratificados e promulgados no

ordenamento jurídico. Neste sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos pode ser destacada, uma vez que a existência de força vinculante desse documento é objeto de questionamento desde sua aprovação (PEREIRA; FREITAS, 2018, p. 198).

Logo, se considerados os tratados internacionais destacados anteriormente, observa-se que as disposições relativas ao dano moral tarifado, incluídas pela reforma trabalhista, podem ser alvo de controle de suprallegalidade em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não obstante, poderão ser objeto de controle de convencionalidade a partir do que estabelecem a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, o "Protocolo de San Salvador", bem como à Convenção nº 111, da OIT.

Portanto, é possível afirmar que, tendo como base os tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, que contém disposições relativas ao combate à discriminação e à busca pela igualdade em matéria trabalhista, mostra-se perfeitamente cabível a incidência de controle de convencionalidade do texto reforma trabalhista e suas modificações, que criaram a possibilidade de que o dano moral seja tarifado, gerando evidente discriminação entre os trabalhadores.

Conclusão

Em vista do estudo desenvolvido nas seções anteriores, torna-se possível afirmar que a regulamentação do dano extrapatrimonial trazida pela reforma trabalhista, a Lei nº 13.467/2017, trouxe para o arcabouço legal laboral disposições inovadoras, tornando-se prescindível a aplicação subsidiária das normas do Direito Civil, outrora aplicáveis às situações oriundas do contrato de trabalho, dada a ausência de normativa específica.

No entanto, dentre as disposições relativas ao dano extrapatrimonial, foi incluída a previsão da tarifação do dano moral, contida no artigo 223-

G, § 1º, que condiciona o valor a ser recebido, a título de reparação, ao último salário percebido pelo trabalhador. Neste sentido, a norma passou a prever a possibilidade de discriminação entre os trabalhadores, permitindo que situações que geram danos equivalentes sejam tratadas e indenizadas de modo diverso.

Isto fica evidente na medida em que se considera a existência de diversas ADIs em trâmite, questionando justamente esse aspecto discriminatório instituído pela norma, que se opõe diretamente aos ditames da Constituição Federal. Não obstante, a análise identificou que tal previsão atenta, também, contra os tratados de Direito Internacional dos quais o Brasil é signatário.

Neste sentido, destacaram-se as previsões contidas em tratados que dispõem acerca do tema de modo geral, a saber a Convenção Americana de Direitos Humanos, e seu protocolo adicional, o Protocolo de San Salvador. Ademais, verificou-se que o dano moral tarifado atenta diretamente contra as previsões específicas da Convenção nº 111, da OIT, que trata sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

Em vista destas violações, é possível afirmar que as disposições relativas ao dano extrapatrimonial, não obstante estarem passíveis de sofrer controle de constitucionalidade, podem também ser alvo de controle de convencionalidade, devendo ser analisadas à luz daquilo que dispõem os tratados de Direito Internacional ratificados pelo Brasil, que encontram-se em pleno vigor no ordenamento jurídico pátrio, tornando, portanto, imperioso o cumprimento de suas determinações.

Referências

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.787/2016**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 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: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 de jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 04 out. 2019.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. In: **Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia- OAB/PR**. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/a-reforma-trabalhista-e-a-inconstitucionalidade-da-tarifacao-do-dano-moral-com-base-no-salario-do-empregado/>. Acesso em: 24 set. 2019.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 1, p. 87 - 113, abr. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787>. Acesso em: 20 set. 2019.

COSTA MACHADO, A. C (Org.); CHINELLATO, S. J (Coord.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10.ed. Barueri: Manoie, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. 3. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, V. de O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, M. R. H. T. de. **A flexibilização dos direitos do trabalho e os interesses do capital**. 2008. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2008.

PEREIRA, Luciano Meneguetti; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. Reflexões sobre a natureza jurídica e a força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos aos 70 (1948-2018). Monções: **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v. 7, n. 14, p. 180-217, dez. 2018. ISSN 2316-8323. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/9111/4790>. Acesso em: 11 out. 2019.

QUEIROZ, Carlos Márcio de Melo; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A lei 13.467/2017: o fim legítimo da discricionariedade judicial no arbitramento do dano moral trabalhista? In: PEREIRA, Emília de Fátima da Silva Farinha; MENDES, Felipe Prata (org.). **Direito do trabalho brasileiro: inovações e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RODRIGUES, Deusmar José (coord.). **Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo**. São Paulo: JH Mizuno, 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba/PR**, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/116283>. Acesso em: 24 set. 2019.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

A crise de identidade institucional e a representatividade do trabalhador brasileiro

*Diogo Baptista Simões*¹

*Tainara carvalho Garcia Miranda Filgueiras*²

1 Introdução

O sistema capitalista do século XXI apresentou como consequência do seu desenvolvimento inúmeros reflexos que privilegiam uma parte da população em detrimento da outra, acarretando disparidades econômicas e desigualdades que estão na essência desse novo modelo (ANTUNES & DRUCK, 2015). Esse fato, juntamente com o processo de globalização e o avanço tecnológico ocasionaram impactos na vida dos trabalhadores dos diversos setores, entre as quais o aumento do desemprego, maior número de acidentes trabalhistas e a menor oferta de recursos disponíveis (ANTUNES & PRAUN, 2015).

Nas últimas décadas, diante da realidade supracitada, foi necessário rever a responsabilidade dos danos ocasionados ao trabalhador no exercício do labor, visto que o mesmo ficava desamparado diante de dificuldades, não raro impossibilidade, de provar a culpa do patrão (DALLEGRAVE NETO, 2010), exigindo uma revisão dos fundamentos da responsabilidade civil que amparasse juridicamente esse trabalhador nas novas relações trabalhistas.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará – UFPA.

² Bacharel em direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Especializanda em Direito do Trabalho Material e Processual do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará – UFPA.

Nesse contexto, diante da leitura jurídica, quando do surgimento ou acontecimento de um infortúnio no local de trabalho, ou em razão dele, surge a responsabilidade civil sobre este fato, cabendo ao Direito, mediante suas leis e entendimentos, consubstanciados em jurisprudências, elucidar a questão e imputar a devida responsabilidade àquele que causou os danos ao trabalhador.

Entretanto, no cenário nacional torna-se cada vez mais difícil o acesso do trabalhador a justiça visto que quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável o conhecimento de seus direitos, sendo maior a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a de seus representantes legais (SANTOS, 1985). Essa situação contribui para o distanciamento de grande parcela das pessoas em relação às instituições judiciárias e as resoluções de conflitos.

Contudo, formalmente, a igualdade perante a Justiça, no que diz respeito a sua acessibilidade, está assegurada pela Constituição (art. 5º, XXXV). Nesse momento, cabe destacar a brilhante reflexão feita por Sebastião Geraldo de Oliveira (2009, pg. 120), quando afirma que é “louvável a proteção conferida ao que pode consumir, mas é imperioso amparar também aquele que precisa sobreviver, após perder a capacidade de trabalho, a saúde e muitas vezes até o direito de ter esperança”.

Para melhor compreensão do papel das instituições nas relações trabalhistas envolvidas no processo é necessário sistematizar informações que possam contribuir com assunto em questão.

Assim sendo, este artigo tem como objetivo fazer uma revisão da literatura sobre a representatividade do trabalhador diante da crise institucional brasileira.

2 Responsabilidade civil no direito do trabalho

Para o Direito do Trabalho, reconhece no seu artigo 2º da CLT a teoria da responsabilidade civil, afirmando que o empregado não pode sofrer qualquer dano em razão da execução do contrato. Os riscos têm que ser suportados pelo empregador. Neste sentido, diversos são os conceitos sobre responsabilidade civil, nomenclatura está para diferenciar da responsabilidade criminal ou penal.

Destaca-se, primeiramente, o conceito dado por Maria Helena Diniz (2010), a qual entende que “a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (DINIZ, 2010, p.34).

Igualmente, importante, também, é a leitura feita por Sebastião Geraldo de Oliveira (2009), quando afirma que:

Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar (OLIVEIRA, 2009, p. 73).

Pelo exposto, buscam-se, ao mesmo tempo, a reparação do dano e uma possível prevenção ou, caso já ocorrido, que seja possível alcançar a amplitude do dano causado. Ocorre que, nos acidentes de trabalho na construção civil, majoritariamente, os danos são de difícil ou impossível

reparação material, como exemplo, a perda de um membro, paralisia dos movimentos, ou até mesmo a morte.

A responsabilidade civil está disciplinada no Código Civil Brasileiro, especificamente nos artigos 186, 187 e 927. No artigo 186, percebem-se, explicitamente, os elementos da responsabilidade civil, o qual dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Assim, serão exigidos, para que configure a responsabilidade civil, o dano, a culpa, o nexo de causalidade e a conduta. Ressalta-se que o elemento culpa só será requisito, quando da análise da responsabilidade subjetiva, não sendo exigido para configurar a responsabilidade objetiva, como disciplina o artigo 927 do Código Civil, onde “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Quanto à conduta, deve-se constatar a violação de um dever jurídico preexistente, mediante um ato omissivo ou comissivo. Ato omissivo é aquele no qual o agente possui a obrigação de agir, porém não o faz. Ato comissivo, por sua vez, é aquele no qual o agente visa e tem como objetivo o dano, atuando de forma efetiva para executá-lo. No tocante ao nexo de causalidade, a preocupação reside no que ocasionou o dano, constituindo assim a ligação entre causa e efeito.

Ressalta-se a aplicação, por exemplo, na construção civil, na ocasião de um acidente de trabalho, podendo o empregador ser responsabilizado civilmente, tanto por uma conduta omissiva, como por uma comissiva, seja quando não efetuou os devidos reparos no maquinário utilizado pelo trabalhador ou quando incorre diretamente em dano ao operário, obrigando-o a desempenhar atividades durante uma longa jornada de trabalho.

Entretanto, embora exista o entendimento dos tribunais sobre a responsabilidade do empregador em relação às doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, o trabalhador não tem o devido acesso a justiça, seja por não conhecer seus direitos ou por não possuir condições financeiras para o pleito. Somado a essa questão, cabe destacar, a ausência da atuação dos auditores fiscais do trabalho, visto que o órgão vem sofrendo o sucateamento da sua estrutura. Assim, o trabalhador encontra-se solitário em meio às suas demandas, pois devido contribuições facultativas, crises de identidade e influência política, até mesmo os sindicatos perderam sua força.

3 A responsabilidade civil e a irresponsabilidade institucional

Uma vez causado o dano, alguém deve responder pelo prejuízo, ressarcindo-se o prejudicado. Tal prejuízo decorre da infringência de um dever jurídico, seja ele contratual, quando o fato gerador do dano foi a violação a um termo acordado entre duas partes, ou extracontratual (ou aquiliana), quando constatada a violação a dispositivo jurídico ou comprovada falha no dever de cautela.

No caso dos acidentes de trabalho na construção civil, por exemplo, majoritariamente, adota-se a responsabilidade extracontratual, pois se remete às atitudes do empregador, seja por ato comissivo ou omissivo, violando os deveres jurídicos concernentes à saúde e à segurança do trabalhador, bem como ao ambiente de trabalho.

Diz-se não ser contratual, de acordo com o entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira (2009), “porque não há cláusula do contrato de trabalho prevendo a garantia de integridade psicobiofísica do empregado ou da sua incolumidade”.

Ocorre que, a classificação mais importante para a seara trabalhista corresponde à natureza da responsabilidade: objetiva ou subjetiva. Trata-

se, de uma forma geral, de responsabilidade subjetiva, quando se observa o comportamento do empregador: se suas atitudes deram causa ao dano, se houve dolo ou culpa.

Em contrapartida, na responsabilidade objetiva, não há a aferição de culpa, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade para que seja devida a indenização ao trabalhador. Percebe-se na, responsabilidade objetiva, a presença da teoria do risco, pois, ao ignorar a comprovação de culpa do empregador, entende-se devida a indenização a algum dano ou prejuízo sofrido pelo trabalhador, com base no risco da atividade à qual está submetido.

A responsabilidade mais presente nas sentenças trabalhistas é, notavelmente, a subjetiva, pois o juiz busca a comprovação da culpa para o deferimento da indenização. Entretanto, constata-se uma atual mobilização pela socialização do dano, com o objetivo de centralizar o estudo na vítima, no atendimento, ressarcimento ou reparo do dano, ao invés da comprovação do comportamento doloso ou culposo do empregador.

A responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, tem levado vários doutrinadores ao debate da exigibilidade da culpa para deferimento da indenização, pois, muitas vezes, o trabalhador não tem como provar, bem como a defesa pela inversão do ônus da prova, devendo o empregador demonstrar que o dano não foi causado por sua ação ou omissão, estando quite com todas as normas de segurança no ambiente de trabalho.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2009) registra, ainda, a possibilidade da utilização da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, com base no artigo 50 do Código Civil, bem como no artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, reforçando a responsabilização do beneficiário dos serviços.

Seguindo este princípio da segurança do empregado, associada à primazia da realidade e à teoria da *disregardof legal entity*, destaca-se a louvável abordagem feita pela Desembargadora Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (2011, pg. 157):

O Direito do trabalho, que tem como princípio básico o pro operário, tutelando, primordialmente, o trabalhador a fim de compensar, com a superioridade jurídica, a sua inferioridade econômica, não poderia consagrar a autonomia das empresas integrantes de grupos, coibindo, através da aplicação da *DisregardDoctrine*, a utilização indevida do “véu” da personalidade jurídica pelas empresas agrupadas para lesarem os empregados em seus direitos.

A discussão sobre a responsabilidade subjetiva ou objetiva levZu ao surgimento de duas correntes doutrinárias. De um lado, há os que defendem a aplicação do parágrafo único, do artigo 927 do Código Civil e do outro lado, os que se baseiam no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, amparando-se na supremacia da constituição (teoria Kelseniana).

Notadamente para o Código Civil de 2002, a responsabilidade subjetiva é um princípio norteador, porém, o que se tem presenciado, atualmente, é a evolução e sedimentação da teoria da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, como demonstram os recentes julgados, leis especiais e jurisprudências, e a interpretação dada ao parágrafo único do artigo 927 do CC/2002.

O autor Sebastião Geraldo de Oliveira (2009), quando comenta o artigo 927, entende que ele representa a maioria da corrente brasileira pela responsabilidade objetiva, passando a uma convivência no mesmo patamar de importância e generalidade da teoria da responsabilidade subjetiva.

Para demonstrar um possível futuro da responsabilidade civil aplicada aos acidentes de trabalho, faz-se necessária a transcrição de alguns doutrinadores, dentre eles Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 267), segundo o qual afirma que “dentro deste movimento, cada vez maior e mais absorvente, foi que se esboçou e tomou corpo a teoria da responsabilidade sem culpa”, o mesmo autor ainda dispõe que “a jurisprudência, e com ela a doutrina, convenceu-se de que a responsabilidade civil fundada na culpa tradicional não satisfaz para a solução de numerosos casos”. Prossegue, defendendo que “a exigência de provar a vítima o erro de conduta do agente deixa o lesado sem reparação, em grande número de casos”. Deste modo, entende que “pouco a pouco, a responsabilidade civil marcha a passos largos para a doutrina objetiva, que encontra maior supedâneo na doutrina do risco”.

No mesmo foco da responsabilidade civil, importante a leitura de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 509-510), quando expõe:

Os novos rumos da responsabilidade civil, no entanto, caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco criado, cabendo a estes somente a prova do dano e do nexa causal.

Há ainda quem defenda a aplicação da equidade pelo juiz na aplicação da indenização, como exemplo, Silvio Rodrigues (2002, p. 162), ao destacar:

Muito aplauso merece o legislador de 2002 pela inovação por ele consagrada. Em conclusão, poder-se-ia dizer que o preceito do novo Código representa um passo à frente na legislação sobre a responsabilidade civil, pois abre uma porta para ampliar os casos de responsabilidade civil, confiando ao prudente arbítrio do Poder Judiciário o exame do caso concreto, para decidi-lo não só de acordo com o direito estrito, mas também, indiretamente, por equidade.

Constata-se que a aplicação da responsabilidade civil objetiva é uma questão de tempo, pois a aceitação da teoria do risco, associada à preocupação com a vítima, bem como à reparação dos prejuízos causados, tem levado vários julgados à utilização da teoria objetiva.

Nesse sentido, de forma bem didática, e utilizando-se da evolução doutrinária e jurisprudencial, é possível uma perspectiva do futuro da responsabilidade civil. Onde antes se buscava a punição do culpado, através de uma sanção por sua negligência, imperícia ou imprudência, agora se busca a indenização, pelo fato de o réu ter criado uma situação de risco ao trabalhador e, por consequência, visar-se-á à proteção e ao amparo da vítima. Assim, o que antes seria um juízo compensatório passará a um juízo baseado na equidade; a responsabilidade subjetiva será substituída pela objetiva, bem como o que se entendia como responsabilidade civil, aplicar-se-á como o direito dos danos.

Ocorre que, fala-se, até esse ponto, em análise jurídica do caso, mas como proteger e amparar o trabalhador na prática?

4 A crise de identidade institucional: a quem recorrer?

Juridicamente o “direito dos danos” parece soar harmonioso aos ouvidos de qualquer operador do direito ou ao trabalhador mais esclarecido, porém, e ao trabalhador que não possui sequer ensino fundamental? Ou àquele que inclusive já perdeu a audição em razão do não fornecimento de EPI necessário?

A responsabilidade civil, mediante intensos estudos doutrinários e jurisprudenciais, tem avançado, com as devidas ressalvas, na garantia e proteção aos trabalhadores, mas de que adianta uma “letra morta” ou algo que não se tem acesso?

A maioria da população não sabe sequer que existe Defensoria Pública, e, mais ainda, não sabe que existe Defensoria Pública Estadual e Defensoria Pública da União.

Nesse sentido, a Defensoria Pública Estadual, por exemplo, não tem competência para atuar na seara trabalhista (salvo previsão expressa em sentido contrário).

Sendo assim, existindo um dano, a quem o trabalhador poderá recorrer de forma gratuita?

Em tese, à Defensoria Pública da União, pois possui competência para atuação na justiça do trabalho.

Ocorre que a “DPU” (Defensoria Pública da União) sofre de uma intensa crise institucional, na qual, recentemente, por exemplo, quase teve que fechar suas unidades no interior do Pará em razão de crise orçamentária e “pedido do governo” de devolução de servidores.

Dessa forma, imagine um trabalhador do interior, local onde mais se presenciam irregularidades trabalhistas, almejando reclamar perante a justiça seus direitos, e sendo a sua possível defensora (DPU) ausente em sua região.

Vejamos o que dispõe o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

A carta magna brasileira prevê assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovam sua insuficiência de recursos!

Nesse cenário, recorda-se dos ensinamentos de Mauro Cappelletti (1988) em sua obra “Acesso à justiça” e outras, o qual nos traz a evolução histórica da assistência e representação dos menos favorecidos ao judiciário, passando desde a ideia de advogados “heróis”, bons samaritanos e ao projeto inicial que hoje consideramos com defensoria pública.

Assim, inexistindo um “defensor público trabalhista”, a quem recorrer sem a necessidade do pagamento de honorários?

Assim dispõe o artigo 791 da CLT:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Sendo assim, o trabalhador poderá reclamar pessoalmente perante a justiça do trabalho, sem a necessidade de advogado, por meio do instituto denominado de “*jus postulandi*”, onde poderá “postular justiça” de forma gratuita.

Ocorre que tal previsão só cabe até o segundo grau, ou seja, a possibilidade de postular/recorrer até a fase de recurso ordinário, tendo que, caso necessite permanecer no processo, recorrer a profissional habilitado, no caso advogado particular ou defensor público (conforme súmula 425 do TST).

Não bastando a possibilidade processual minorada, de imediato constata-se a insuficiência técnica, vez que o trabalhador que está postulando sem o devido acompanhamento profissional, não sabe se expressar corretamente, não sabe de todos os seus direitos (adicionais de insalubridade, periculosidade, horas extras, entre outros), bem como não saberá apresentar ao processo as provas necessárias e capazes de satisfazer seu direito, seja no momento da instrução processual, vez que

não sabe nem o que é uma testemunha, ou com a apresentação de documentos.

Diante do exposto, constata-se que o trabalhador, na prática, não possui a assistência judiciária gratuita de forma eficiente, tendo, assim, que recorrer a advogados particulares, ou estará fadado ao insucesso, ou, mais ainda, ao pagamento de honorários de sucumbência caso a reclamação seja improcedente, conforme dispõe a nova Lei 13.467/2017, concebida como reforma trabalhista.

Há quem possa então questionar: mas tais problemas no ambiente de trabalho não poderiam ser resolvidos mediante uma fiscalização efetiva, uma atuação preventiva?

Outro grande problema institucional.

O órgão responsável pela fiscalização encontra-se, atualmente, sucateado, sem estrutura e quadro de servidores mínimos para desempenharem suas atividades.

Não bastante, no atual governo houve o fim do Ministério do Trabalho, sendo suas atribuições divididas entre o Ministério da Economia e o Ministério da Justiça. E, surpreendentemente, a Auditoria Fiscal do Trabalho foi atribuída ao Ministério da Economia – que contradição.

Como se falar em economia na fiscalização? Resta claro que, quanto menor a fiscalização, maiores serão os danos, piores condições de trabalho e, conseqüentemente, o distanciamento do trabalho decente.

Aproveitando-se dos ensinamentos de Gidi (2007), constatamos que a representatividade adequada não é legislada, é questão de ordem pública, prática.

Não adianta um aparato jurídico sem ter o necessário aparato prático.

Outra possibilidade seriam os sindicatos, mas como recorrer a um instituto que gradativamente perde sua força e sua essência. Contribuições reduzidas e até facultadas, ausência de transparência e publicidade,

pensamentos políticos e não mais operários, ou seja, sindicatos fracos e sem o ideal de “união faz a força” (seja até em razão da quantidade de sindicatos).

Constata-se, assim, que os valores públicos (dentre eles a moral) tendem a terminar sempre com a palavra “justiça”. Mas será que está ocorrendo justiça com o trabalhador brasileiro que não possui recursos para acionar o judiciário de forma efetiva? Seria um exemplo de exclusão coletiva?

Cabe refletir se Owen Fiss, Marshall, Diele, Sales, não conceberiam como uma necessidade coletiva (ou individual com projeção coletiva), sob a ótica do processo coletivo substancial, e não somente sobre procedimentos e pressupostos, mas sim uma reforma estrutural, vez que o judiciário é apenas uma das forças.

Nesse espeque, constata-se uma crise de identidade social, estrutural e dos sujeitos. Presencia-se uma projeção histórica, problemas ambientais, um verdadeiro desencaixe, segundo Anthony Giddens.

Não se pode esperar a consequência, é necessário estruturar a defesa dos direitos trabalhistas de todos os trabalhadores, sem exceção. Tem que haver a projeção do “eu” (Giddens, 2002, p. 26), a identidade, o sentido de sucessão para alguém excluído:

Reflexividade institucional: o uso regularizado de conhecimento sobre as circunstâncias da vida social como elemento constitutivo de sua organização e transformação.

Nesse cenário, surge a dúvida se o Brasil teria então um modelo de representatividade adequada. Resposta essa que Rodrigo Araújo (2013) acredita que tenha, mas não da forma adequada.

Quanto à forma, uma possível reflexão seria o funcionalismo (Luhmann e sua teoria dos sistemas como exemplo), com a técnica de

decisões e um pragmatismo, presença da técnica (sintaxe), dominação (semântica) e decisão (pragmática).

O fato é que a prática se faz necessária e urgente. É preciso o pensar na numerosidade, nas questões de fato, na tipicidade, na representação adequada, na publicidade e transparência, ou, ainda, como diria Chayes, nas “*policies*” (políticas públicas).

Como dito anteriormente, avanços doutrinários e jurisprudenciais são louváveis no âmbito da responsabilidade civil, mas de que adianta sem a necessária efetividade?

Brilhante o ensinamento de Alexandre Bonna (2015) sobre os “punitivedamages” (danos em massa sendo punidos e coibidos), mas como adequá-los as amarras e paralisações dos legitimados?

O trabalhador encontra-se engessado, desamparado, no qual a crise institucional brasileira lhe afeta.

Presenciamos o inverso do ideal da tutela coletiva: o individual com projeção coletiva visa a melhoria social, mas o que constatamos, atualmente, é que o institucional, com sua crise de identidade, sucateamento, atomização, tem projetado à coletividade, mas não para assegurar direitos e sim para, pouco a pouco, enfraquecer-se e perder representatividade.

Considerações finais

Com o presente artigo, busca-se contribuir para um olhar sobre a importância da humanização e flexibilização do processo, sobretudo pela atuação dos órgãos institucionais responsáveis, e a consequente melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores e acesso à justiça, seja com a garantia mínima de direitos fundamentais e princípios constitucionais, como a assistência judiciária gratuita, e, por fim, a análise em conjunto com a aplicação e efetividade de políticas públicas.

Assim, estima-se, uma estrutura mínima para tutela de direitos individuais e coletivos, respeitando e garantindo os direitos dos trabalhadores, de forma efetiva e gratuita, não somente do canteiro de obras, mas também quando necessária a sua defesa perante o judiciário, de modo que seja extinto, gradativamente, condições análogas a de escravo e em situações insalubres e degradantes, com maior participação dos órgãos públicos fiscalizadores, como exemplo, SRTE e em conjunto com DPU, MPT, TRT e demais profissionais (devendo ser incluída a sociedade em geral, vez que todos devem ter um foco humanizado).

Por fim, deve ser almejado um olhar coletivo, uma visão humana e garantidora de direitos àquele trabalhador-cidadão-humano e, mais ainda, assegurar acesso à justiça de forma digna e garantia contínua de suas condições de trabalho, bem como a devida estrutura mínima às instituições.

Referências

ANTUNES, R. ; DRUCK, Maria da Graça. A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra. **O Social em Questão**. v. 18, p. 19-40, 2015.

ANTUNES, R. ; PRAUN, L. D. . A sociedade dos adoecimentos no trabalho. **Serviço Social & Sociedade**. v. 1, p. 407-427, 2015.

ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013. (Processo coletivo, comparado e internacional).

BONNA, Alexandre Pereira. **Punitivedamages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://goo.gl/fZJIW3>. Acesso em: 20.jun. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHAYES, Abram. *“The role of the judge in public law litigation.”* Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, may 1976.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina Medeiros Rós, Cord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. (esp. p. 233-249. “Teoria política das ações coletivas”).

G1. PA. **Defensoria Pública da União poderá fechar as portas das unidades Santarém e Altamira em julho | Santarém e Região**. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/santarem-regiao/noticia/2019/07/09/defensoria-publica-da-uniao-podera-fechar-as-portas-das-unidades-santarem-e-altamira-em-julho.ghtml> Acesso em: 18 de julho de 2019.

GIDI, Antonio. **A ClassAction como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. esp. 361-390.

GIDI, Antonio. **A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2003, n. 108.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a violência**: segundo volume de uma crítica ao materialismo histórico. São Paulo: Edusp, 2008,

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10^a edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da classaction for damages à ação de classe brasileira**: os requisitos de admissibilidade. In: Ação civil pública: lei 7347/1985-15 anos, coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2001.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregarddoctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. In: Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984. 3^a. Série.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 5^a edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: LTr, 2009;

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público**. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003.p. 39-77.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. Revista de Processo. v. 37, p. 121-139, 1985.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 17, n. 67, p. 15-25, jul. / set. 1992.

Limites da negociação coletiva: análise da validade jurídica de instrumentos coletivos de trabalho que retiram funções da base de cálculo da cota de aprendizagem profissional

*Emerson Victor Hugo Costa de Sá*¹

Introdução

A aprovação da Reforma Trabalhista, consubstanciada na Lei 13.467/2017, ocorreu em virtude de um momento histórico, no qual se verificou o avanço de setores conservadores no cenário político brasileiro, e incidiu sobre normas conquistadas a partir de lutas que consagraram a observância ao princípio protetivo no Direito do Trabalho. Houve um conjunto de alterações questionáveis, notadamente em razão da grande quantidade de normas modificadas em um curto e insuficiente espaço de tempo para discussão e participação dos setores da sociedade impactados.

Nesse contexto, surgiram novas modalidades contratuais, flexibilização de regras de duração do trabalho, enrijecimento do sistema processual para o empregado reclamante, reducionismo de disposições relacionadas ao ambiente laboral, fragilização do sistema sindical e, no que toca ao objeto desta pesquisa, maior abertura à negociação coletiva, o que serviu de pano de fundo para ataques a dispositivos então resguardados da flexibilização.

¹Auditor Fiscal do Trabalho. Professor de graduação e especialização. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito do Estado pela Anhanguera-UNIDERP. Doutorando do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará - UFPA. e-mail: emersonvictor.sa@gmail.com.

Essa gama de alterações na legislação tem sido objeto de questionamentos judiciais. São mais de duas dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade movidas contra dispositivos da Lei 13.467/2017. Ademais, o Brasil passou a figurar na lista dos países sob observação do Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em razão do possível descumprimento da Convenção 98, que trata do direito de sindicalização e negociação coletiva.

A respeito na negociação coletiva de trabalho, inseriu-se na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o artigo 611-A, o qual estabelece uma lista aberta de possibilidades de a contratação coletiva sobrepujar os termos da lei. Paralelamente, o art. 611-B relaciona de modo restrito os tópicos que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, mencionando expressamente a supressão ou a redução de direitos que envolvam *medidas de proteção legal de crianças e adolescentes* (inciso XXIV).

Diante desse contexto, pergunta-se: Diante do direito fundamental à qualificação profissional de adolescentes e jovens, consideram-se legais, convencionais e constitucionais as cláusulas que flexibilizam a cota mínima de aprendizes ou retiram funções da base de cálculo?

Considerando a clareza da redação do dispositivo em destaque e não fossem as variadas previsões nesse sentido, seria dispensável *ver o peso* da Reforma quanto a cláusulas que flexibilizam a cota mínima de aprendizes ou retiram da base de cálculo funções que resultam em prejuízo ao direito à qualificação profissional garantido constitucionalmente aos adolescentes e jovens na redação do caput do art. 227 da Constituição da República de 1988.

Todavia, a insistência de entidades sindicais quanto à manutenção de cláusulas restritivas e reductionistas exige o estudo aprofundado da doutrina e jurisprudência sobre tal espécie de cláusula de norma coletiva.

O art. 227 da Constituição da República consagra a tutela dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, a partir de uma visão coerente com a proteção integral e a prioridade absoluta, em harmonia com o ECA e com o acordo internacional de direitos humanos mais vastamente ratificado em toda a história, consistente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas. Tratam-se de direitos humanos fundamentais garantidos em rol especificamente destinado ao público em questão.

Em síntese, a pesquisa tem como escopo desvendar as possibilidades de negociação coletiva, especificamente no tocante às normas relativas à proteção do adolescente e do jovem, e à percepção da aprendizagem como instrumento de concretização do direito à qualificação profissional. Para tanto, esta pesquisa bibliográfica e documental adota o método dedutivo, considerando como parâmetro normas internas e internacionais a respeito da temática.

2 Reforma trabalhista: controle de convencionalidade

Nos oito anos de social-liberalismo (2003-2010), observou-se relativo sucesso na promoção da melhoria nas condições gerais de vida da população e, concomitantemente, no exponencial incremento dos lucros do capital financeiro. Embora engendrada por uma sigla tradicionalmente trabalhista, tal fórmula primordialmente conciliadora mantinha, em grande medida, a cartilha neoliberal ditada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), já posta em prática pelos governos anteriores (ANTUNES, 2018, p. 5959).

No período, não houve avanço na proteção social proporcional às expectativas geradas por um governo trabalhista economicamente

próspero². Houve, sim, uma tímida contenção do avanço neoliberal observado na década de 1990, como informa Alves (2017, p. 102):

Enfim, incapaz de confrontar o bloco neoliberal no poder, construindo um Estado brasileiro capaz de garantir a eficácia dos ideais constitucionais de 1988, Lula apenas paralisou um processo histórico, sem revertê-lo no sentido de abolir a nova ordem da precariedade salarial. Nos governos neodesenvolvimentistas, o choque de capitalismo deu-se sob um mundo de trabalho precário por conta da nova ordem de regulação flexível instaurada na década neoliberal. O lulismo apenas adaptou-se à nova dinâmica da acumulação do capital, buscando paralisar processos de precarização laboral que corroíam a base do sindicalismo organizado.

O sucesso da fórmula não se repetiu no governo seguinte (2011-2016). Diante de reflexos internos da recessão global de 2008, faltou habilidade para manter a conciliação política anteriormente praticada, gerando a repulsa de grupos que exigiam ajustes fiscais mais radicais, o que culminou no processo de *impeachment* político.

Uma vez que o então vice assumiu a Presidência da República, os setores mais conservadores encontraram um ambiente político favorável à implementação das reformas tendentes à proteção das taxas de lucratividade, por meio da desvalorização dos custos da força de trabalho e da blindagem do orçamento público em conformidade com interesses rentistas. Esse conjunto de reformas abrange o Teto dos Gastos Públicos, a terceirização irrestrita, a Reforma Trabalhista e a buscada Reforma Previdenciária (ALVES, 2017, p. 106).

Propagou-se, então, nos meios de comunicação massificados, o tendencioso discurso da liberdade do empreendedor e do trabalhador, a

² Em 2006, ano em que se observou maior aumento real do salário mínimo à época (13,04%), o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2018) recomendava salário mínimo de R\$ 1.536,96 contra os R\$ 350,00 efetivamente estabelecidos.

qual estaria sendo tolhida pela amplitude da proteção promovida pelas leis trabalhistas consideradas defasadas. Nesse sentido, a respeito da prevalência dos discursos desfavoráveis aos direitos sociais, Neuner (2009, p. 19) adverte:

A dimensão social dos direitos humanos é frequentemente ofuscada e, com isso, acentuada pura e simplesmente a sua função jurídico-defensiva liberal. Também sob a crescente pressão da globalização econômica, os direitos humanos sociais passam cada vez mais para um plano secundário. Para o cidadão singular, a globalização econômica pode conduzir a uma parcial privação de direitos, ao mesmo tempo em que encerra, do ponto de vista internacional, o latente perigo de muitos Estados constitucionais acabarem se transformando em uma espécie de Estado neocolonial.

Também pesa sobre a Reforma Trabalhista a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade, em razão da incompatibilidade vertical com as Convenções 144 e 154 da OIT, respectivamente por ausência de consulta tripartite e por falta de consulta prévia às organizações sindicais profissionais. Adicionalmente, há ofensa aos verbetes 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, relativos à discriminação antossindical e à representatividade e legitimidade sindical. São nesses termos o Enunciado 1, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada nos dias 9 e 10 de outubro de 2017.

Ressalta-se que o Enunciado 9 evidencia a existência de negociação "in pejus" e de inconveniência do art. 611-A da CLT, contexto gerador de efeito paralisante da eficácia normativa do dispositivo em comento. A Comissão de Expertos em Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (CEACR), no contexto de sua observação de 2017 sobre a aplicação, pelo Brasil, da Convenção 98 da OIT, reiterou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 consiste na promoção da negociação coletiva

como instrumento para encontrar acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam mais favoráveis que a legislação.

Segundo a CEACR, um dispositivo legal que autoriza a derogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva é contrário ao objetivo da promoção da negociação coletiva livre e voluntária. O artigo 611-A da CLT "reformada" mostra-se verticalmente incompatível com a Convenção 98 da OIT, circunstância que impede a sua aplicação, em virtude da eficácia paralisante irradiada pelos documentos internacionais.

Com efeito, o controle de convencionalidade corresponde a uma formulação segundo a qual os Estados, em sua produção legislativa, têm a obrigação de adequar a sua produção legislativa às obrigações internacionais pertinentes à proteção dos direitos humanos das quais sejam signatários, sob pena de responsabilidade internacional. Nesse caso, “o paradigma de controle não é a constituição nacional, mas o texto das convenções internacionais a que o Estado se obrigou a cumprir, no que diz respeito à garantia dos direitos humanos” (LEITE, 2013).

Frisa-se que a convencionalidade é uma espécie diversa do controle de constitucionalidade das leis, em razão do caráter subsidiário do Direito Internacional e do “princípio pro homine, pelo qual as convenções sobre o tema somente têm aplicação quando a proteção do Estado nacional é insuficiente e, ainda assim, no que forem mais benéficas à proteção individual” (LEITE, 2013). A lei será inconveniente quando, apesar de válida perante o texto constitucional, possuir vício de invalidade por incompatibilidade com os compromissos internacionais do país relativos à proteção dos direitos humanos.

O controle de convencionalidade deriva do entendimento de que a produção de leis é um dos muitos instrumentos estatais que podem servir tanto para promover e proteger os direitos humanos, quanto para afrontá-

los. Nessa perspectiva, “o ato nacional de legislar apresenta-se, para os órgãos internacionais, como um fato (ato do Estado) que deve ser analisado, como qualquer outro, à luz das normas internacionais de direitos humanos” (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 235). Os Estados não podem descumprir esses documentos sob a alegação de incompatibilidade com normas, Constituição ou princípios de direito interno, sobretudo porque inúmeras convenções já preveem a obrigação estatal de adequar a legislação interna ao compromisso internacional (art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Exemplo disso é o caso brasileiro da Lei 6.693/79 (Lei de Anistia), objeto da ADPF 153 e do caso “Gomes Lund e Outros vs. Brasil”, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A ADPF pretendeu conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º daquela lei, para excluir do benefício da anistia os agentes do regime militar que tenham praticado crime à época da ditadura. O STF, por maioria de votos, entendeu que os agentes foram abarcados pelo beneplácito legal. Já a Corte Interamericana “sufragou posicionamento já firmado em outros casos, declarando, entre os fundamentos de sua sentença, a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com as normas interamericanas de direitos humanos aplicáveis ao Brasil” (BELTRAMELLI NETO, 2014, p. 236).

Veja-se que o controle de convencionalidade pode ser interno, caso exercido pelas autoridades pátrias, ou externo, a cargo de organizações internacionais de que o Brasil seja parte e perante as quais tenha assumido soberanamente o compromisso de atender aos documentos internalizados, especialmente no tocante aos tratados de direitos humanos.

Em conformidade com o posicionamento preponderante no STF, a afronta da legislação ordinária aos tratados sobre direitos humanos não incorporados como norma constitucional é passível de manifestação

concreta (difusa) por qualquer magistrado no bojo de um processo, independentemente de provocação. Por outro lado, caso a lei contrarie tratado de direitos humanos inserido no ordenamento interno pelo regime do § 3º do art. 5º, haverá uma situação de inconstitucionalidade e o combate pode ocorrer mediante os sistemas difuso e concentrado, nesse caso mediante as ações constitucionais próprias (art. 102 e 103 da CR/88).

Portanto, a Reforma Trabalhista consiste em fruto de um projeto de retomada das políticas francamente neoliberais em sucessão a uma linha de governo social-liberal, mensagem que, no tocante à alardeada preponderância do negociado sobre o legislado, levou a excessos incompatíveis com o ordenamento jurídico e com o próprio teor do texto da CLT reformada. Além disso, demanda o exercício controle de convencionalidade, relativamente à consolidação da cultura jurídica em favor da efetividade dos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, no tocante aos direitos humanos.

3 Direito à profissionalização: a cota de aprendizagem

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 incorporou a Doutrina da Proteção Integral no art. 227³, segundo a qual os menores de dezoito anos, a despeito de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, são entendidos como cidadãos plenos, sujeitos de direitos e obrigações a quem Estado, família e sociedade devem prioridade. Passam de meros objetos de ações assistencialistas e ao papel de protagonistas.

O direito à profissionalização tornou-se prioritário, viabilizando-se no art. 7º, XXXIII, do texto constitucional a possibilidade de trabalho na

³ CRFB/1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

modalidade de aprendizagem, observada a idade mínima de 14 e máxima de 24 anos de idade, considerando a redação atual. O instituto da aprendizagem foi concebido como instrumento de inserção de adolescentes e jovens no mercado de trabalho, atendendo ao disposto no art. 227 e ao art. 170, III e VIII, da CRFB/1988 (função social da propriedade e pleno emprego como princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa). A Emenda Constitucional 20 de 1998 fixou a idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, permitindo a profissionalização a partir dos quatorze, o que confere relevância a essa garantia constante nos art. 6º e seguintes do ECA.

Dentro deste espírito, a Lei 10.097/2000, ao alterar a CLT, ampliou o alcance da aprendizagem, conceituada pelo art. 428. Posteriormente, coube à Lei 11.180/2005 alterar a faixa etária da aprendizagem, que anteriormente era restrita aos adolescentes de 14 a 18 anos, passando a contemplar os jovens de 14 a 24 anos incompletos, conforme art. 428 e 429 da CLT.

Resta evidenciada, assim, a obrigação legal de empregar e matricular aprendizes, com idades entre 14 e 24 anos, em número equivalente ao mínimo de 5% e máximo 15% dos trabalhadores cujas funções demandem formação profissional, por meio de contrato especial escrito com prazo determinado, propiciando-lhes formação técnico-profissional, obrigatoriedade reforçada pelo art. 51 do Decreto 9.579/2018, que regulamenta a contratação de aprendizes. As frações de unidade darão lugar à admissão de um aprendiz.

A contratação de aprendizes consiste em matéria afeta a atuação legislativa, cuja norma estabelecida passa a ter caráter cogente, de observância obrigatória por todas as empresas, sendo, portanto, indisponível. A aprendizagem visa, sobremaneira, à formação técnico-

profissional metódica ao adolescente ou jovem trabalhador, ao qual incumbirá exercer as tarefas necessárias a essa formação, em conformidade com a Recomendação 117 da OIT.

Trata-se de um comando dirigido aos estabelecimentos de qualquer natureza, que independente da atividade econômica. A contratação de aprendizes corresponde a um dever legalmente imposto, não a uma liberalidade dos empregadores. A Constituição protege tais diretrizes, na medida em que se viabiliza a consecução de valores por ela consagrados, a exemplo da função social do trabalho, propriedade e livre iniciativa, e da redução das desigualdades regionais e sociais. O espírito da lei consiste em garantir o acesso de jovens aprendizes ao mercado de trabalho, impondo ao empregador o atendimento à cota estipulada.

O art. 429 da CLT e o art. 52 do Decreto 9.579/2018 determinam a inclusão na base de cálculo da totalidade de empregados do estabelecimento, considerando as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos, excetuando-se, além aprendizes já contratados, apenas os trabalhadores em regime temporário (Lei 6.019/74), as ocupações que demandem, para o seu exercício, habilitação profissional de nível técnico ou superior, ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, nos moldes do art. 62, II e parágrafo único, e art. 224, § 2º, da CLT.

Devem observar a cota de aprendizagem todos os empregadores que admitam empregados sob o vínculo celetista. A previsão legal impõe ao empregador a obrigação de contratação de jovens aprendizes segundo parâmetros objetivos, por meio do cumprimento da porcentagem indicada para fins de cálculo da cota. Uma vez inobservada, haverá infração à lei.

Há entendimento preponderante nos tribunais de que a empresa que não observa a cota mínima para a contratação de aprendizes nos termos

determinados em lei gera lesão que alcança os jovens brasileiros em caráter amplo, genérico e massivo, por isso merecedora de condenação por dano moral coletivo, segundo o art. 186 do Código Civil⁴.

No mesmo sentido, assevera-se que a reserva de vagas para a contratação de aprendizes objetiva servir de instrumento de inserção efetiva no mercado de trabalho, de modo a manter o nível ideal de empregabilidade dos jovens, considerando que a qualificação da mão de obra nacional consistem em fator de promoção do desenvolvimento do país, principalmente em época de crise e de desemprego estrutural⁵.

A obrigatoriedade imposta pelo art. 429 da CLT volta-se a estabelecimentos de qualquer natureza, e a formação técnico-profissional metódica apresenta-se compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico (art. 428, da CLT), que interessa ao aprendiz, à família, à sociedade e ao Estado⁶.

Em elogio à objetividade na definição dos cargos componentes da base de cálculo, adota-se como critério a Classificação Brasileira de Ocupação (CBO)⁷, instituída pela Portaria 397, de 10 de outubro de 2002. Atualizada anualmente, a CBO retrata as atividades profissionais a partir de dados estatísticos, de forma a guardar correspondência com a realidade.

Na estrutura da CBO, quanto à formação da base de cálculo da cota de aprendizes, são importantes as análises dos campos "descrição" e as "características do trabalho". O primeiro presta-se a aferir com clareza e uniformidade em que consiste a função pesquisada, à qual será relacionada cada um dos cargos criados no âmbito dos empregadores, independentemente das denominações adotadas internamente aos

⁴ TST- AIRR 764.98.2010.5.03.0072; Sétima Turma; Rel.: Ministro Cláudio Brandão, Publicação: 14 fev. 2014.

⁵ TRT-2 10015575820165020391 SP, Rel.: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma, Publicação: 13 jun. 2017.

⁶ TRT-6 - RO - 0000327- 52.2015,5.06.0413, Redator: Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, Julgamento: 1º fev. 2016, Terceira Turma, Assinatura: 1º fev. 2016.

⁷ Disponível em: www.mteco.gov.br. Acesso em 29 ago. 2019.

empreendimentos, que podem variar sobremaneira. O segundo tópico indica se há ou não necessidade de formação profissional, o que servirá de paradigma para definir se a função integra ou exclui-se da base de cálculo da cota.

Todas as funções previstas na CBO e não enquadradas nas exceções do art. 429 da CLT e do art. 52 do Decreto n. 9.579/2018 devem ser consideradas para o cálculo de aprendizes, o que encontra respaldo no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que reforça a necessidade de que a função prevista no CBO exija formação profissional (artigo 429 da CLT), de forma que, se a legislação determina a inclusão, no cálculo do percentual legal de contratação de aprendizes, das funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de 18 anos – pois os aprendizes podem ter de 14 e 24 anos de idade. Então, também a função de motorista – que está prevista no CBO e exige formação profissional – deve ser incluída da base de cálculo do percentual legal de contratação de aprendizes⁸.

A falta de contratação de jovens aprendizes, quando houver essa obrigação, consiste em violação ao disposto no artigo 429 da CLT e significa lesão aos direitos difusos e coletivos dos jovens trabalhadores candidatos às vagas de aprendizes que buscam a efetivação do direito constitucional à profissionalização, via de acesso qualitativo ao mercado laboral.

⁸ RR - 21432-27.2014.5.04.0009, Julgamento: 15 jun. 2016, Rel.: Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Publicação: DEJT 17 jun. 2016.

RR - 10731-36.2014.5.03.0073, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Julgamento: 23 nov. 2016, 8ª Turma, Publicação: DEJT 25 nov. 2016.

4 Redução da cota de aprendizagem via negociação coletiva

O legislador ampliou consideravelmente o mecanismo de flexibilização trabalhista via negociação coletiva, conforme Souza (2017, p. 177):

A Lei 13.467, de 2017, em seus artigos 611-A e 611-B, aparentemente subverte toda essa construção e cria opção hermenêutica de abrir as portas da negociação coletiva para regramento em patamares mesmo inferiores ao previsto na lei. Em poucas palavras, prevê que as convenções e acordos coletivos de trabalho têm prevalência sobre a legislação no que dispuser sobre 15 itens. Além disso, fixa limitadores para atividade jurisdicional de controle de conteúdo dos instrumentos coletivos. Envolve o desamarrar do mastro, permitir que sindicatos e empresários fiquem “livres” para fixar condições de trabalho piores que as da lei.

A contratação de empregados aprendizes consiste em matéria afeta a atuação legislativa, cuja norma estabelecida veicula direito indisponível, não passível de negociação, sobretudo por parte de quem não figura como titular. O legislador teve esse cuidado ao prever as hipóteses de sobreposição do negociado frente ao legislado (art. 611-A da CLT) e excepcionar matérias que se mostram vedadas à supressão ou redução mediante negociação coletiva, onde se incluem as medidas atentatórias à proteção legal de crianças e adolescentes, o que necessariamente engloba a aprendizagem profissional (incisos XXIII e XXIV).

Há, porém, normas coletivas que desafiam essa concepção, como a Cláusula Vigésima Sétima da Convenção Coletiva⁹ firmada entre o Sindicato das Empresas de Vigilância, Segurança, Transporte de Valores e Curso de Formação do Estado do Amazonas e o Sindicato dos Empregados em Empresas de Vigilância e Segurança de Manaus:

⁹ Registrada sob o nº AM00106/2018, vigente de 01/02/2018 a 31/01/2019.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA - DO CONTRATO DE APRENDIZAGEM. O percentual de aprendizagem de no mínimo 5%, previsto no artigo 429 da CLT, que deve ser aplicado em relação às funções que demandem formação profissional, difere do curso de formação de vigilante a que alude a Lei nº 7.102/83, em seu art. 16, IV, requisito essencial para o exercício da atividade de segurança, não se confundindo com a mencionada habilitação profissional obtida por meio de curso técnico de nível médio, prevista nas normas que tratam de aprendizagem, e também por força de lei, o curso de formação de vigilante somente pode ser autorizado pela Polícia Federal. Portanto, **no cálculo de contratação de aprendizes devem ser excluídos da base de cálculo os vigilantes, armados e /ou desarmados, e de transporte de valores.**

Como a cláusula em comento tem por objeto a exclusão do número de trabalhadores que ocupam determinadas funções – como a de vigilante – da base de cálculo das vagas a serem preenchidas por aprendizes, houve questionamento em sede de Ação Anulatória de Cláusula Convencional processada no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região¹⁰.

Com efeito, o art. 7º, XXXIII da CRFB/1988 consagra o direito à contratação como aprendiz a partir dos 14 anos de idade, assim como o art. 227 reafirma o direito qualificado de os adolescentes e jovens terem acesso à profissionalização. O texto constitucional exige, ainda, o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e da dignidade humana (art. 1º, III). O contrato de trabalho especial de aprendizagem não pode ser objeto de negociação coletiva prejudicial ao patamar legislado, especialmente se voltada a suprimir ou limitar o acesso dos adolescentes e jovens ao mercado de trabalho. Trata-se de matéria reservada ao legislador, indisponível pelas partes. As normas que instituem a obrigação de cumprimento da cota legal para o mercado de trabalho representam

¹⁰ TRT-11. Processo AACC 0000373-73.2018.5.11.0000.

instrumentos de política de Estado, que inadmitem transação em norma coletiva.

O reconhecimento da previsão normativa que exclui da base da cota legal as ocupações de vigilantes e de transportes de valores, além de ilegal, acarretará, na prática, o esvaziamento dessa obrigação legal pelas empresas de vigilância. Essa conclusão decorre da consideração de que os quadros são formados preponderantemente por empregados que exercem tais ocupações.

Cláusulas do gênero devem ser declaradas nulas, sobretudo em consideração ao art. 69 do Decreto 9.579/2018, segundo o qual *as convenções e os acordos coletivos apenas estenderão suas cláusulas sociais ao aprendiz quando expressamente previsto e desde que não excluam ou reduzam o alcance dos dispositivos tutelares que lhes são aplicáveis*. Apenas no estado do Amazonas, conforme dados de maio de 2019, a manutenção da cláusula mencionada resulta em prejuízo de 258 (duzentos e cinquenta e oito) vagas de emprego, destinadas à aprendizagem no segmento de vigilância. Por tais razões, nenhuma dessas ocupações pode ser retirada da base de cálculo da cota de aprendizagem profissional, ainda que mediante norma coletiva.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho¹¹ compartilha dessa compreensão, ao ponderar que a exigência da aprovação em curso de formação específico (art. 16, IV, da Lei 7.102/1983) para fins do exercício da profissão de vigilante não se confunde com a habilitação profissional de nível técnico, e que a Lei 11.180/2005 ampliou a faixa etária das pessoas que podem firmar contrato de experiência para até 24 anos de idade, teto superior à idade mínima de 21 anos exigida para o exercício da profissão de vigilante (art. 16, II, da Lei 7.102/1983).

¹¹ TSTRR:11120220125230007, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 3 dez. 2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6 mar. 2015.

Além da abordagem tradicional de contratação, com a parte prática no ambiente do contratante ou em ambiente simulado da entidade formadora, o cumprimento da cota de aprendizes pode ocorrer pela *modalidade alternativa*, para os casos de empregadores que não possuem condições físicas ou estruturais de fornecer o aprendizado prático aos jovens. Nesse caso, admite-se a destinação a órgãos públicos e entidades sem fins lucrativos, em conformidade com as diretrizes constantes na legislação vigente, especialmente no art. 66 do Decreto 9.579/2018 e no art. 39 da Instrução Normativa 146/2018, do Ministério do Trabalho.

Destaca-se que, além de cursos de aprendizagem disponibilizados pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e outros componentes do "Sistema S", há entidades sem fins lucrativos habilitadas para ministrar cursos de aprendizagem, por meio de cursos devidamente aprovados. Eventual ausência de cursos específicos que contemplem a atividade econômica do empregador não obsta o cumprimento da cota de aprendizagem, pois inexistente a obrigatoriedade de que os cursos ofertados aos aprendizes guardem imediata e proporcional correspondência com cada uma das atividades do contratante. Não há razões que impeçam o empreendimento de cumprir com o dever legal de reserva e preenchimento de vagas destinadas aos aprendizes.

Segue vasta jurisprudência que ampara a integração na base de cálculo de todas as funções que demandem formação profissional, tais como limpeza, motorista, vigilante e afins, ainda que vedadas para adolescentes, visto que a aprendizagem admite jovens com até 24 anos de idade, limite inaplicável para pessoas com deficiência¹².

¹² E-RR - 149000-96.2009.5.03.0019, Julgamento: 05/04/2018, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Publicação: DEJT 13 abr. 2018.

AIRR - 996-31.2013.5.10.0004, Julgamento: 7 nov. 2018, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Publicação: DEJT 9 nov. 2018.

Logo, há necessidade de consideração da função de vigilante na base de cálculo da cota de aprendizagem profissional, pois o critério de contratação de aprendizes é objetivo e considera todas as funções que demandem formação profissional, incluindo-se as atividades proibidas para menores de 18 anos. Desse modo, as funções da família 5173 *Vigilantes e guardas de segurança* da CBO demandam formação profissional para os efeitos do art. 429 da CLT, o que não caracteriza habilitação profissional de nível técnico, na medida em que consiste em requisito para o exercício da função de vigilante o nível de ensino fundamental (Lei 7.106/83, art. 16, III), enquanto a educação profissional técnica é por excelência de nível médio (Lei 9.394/96, art. 39, § 2º, II, e art. 36-B). Então, não há óbice à contratação de aprendizes vigilantes que possuam idade de 21 a 24 anos e inexistente obrigatoriedade de que o aprendiz exerça função ligada à atividade principal ou de cada função existente na empresa¹³.

O preenchimento da cota de aprendizes na modalidade alternativa, autorizada pelo art. 66 do Decreto 9.579/2018, na qual o aprendiz cumpre a parte prática em órgão público ou entidade sem fins lucrativos, consiste em realidade já presente em diversas experiências nos estados da Federação. A título de exemplo, no estado do Amazonas, a Superintendência Regional do Trabalho conta em outubro de 2019 com mais de trinta jovens provenientes de situação de vulnerabilidade e risco social – trabalho infantil e outras violações de direitos –, mantidos por distintos empregadores, experiência compartilhada pela Universidade do Estado, Defensoria Pública do Estado, o Tribunal de Justiça, além de

AIRR - 1099-81.2016.5.19.0004, Julgamento: 26 set. 2018, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Publicação: DEJT 28 set. 2018.

RR - 821-53.2012.5.03.0073, Julgamento: 3 out. 2018, Rel. Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, 1ª Turma, Publicação: DEJT 5 out. 2018.

¹³ TRT4 - RO 0020962- 64.2017.5.04.0017. Data de julgamento: 16 nov. 2018.

entidades sem fins lucrativos componentes da rede de proteção à criança e ao adolescente, as quais além de realizarem encaminhamentos, recebem jovens aprendizes para concessão da parte prática da formação.

É certo que a Lei 7.102/1983 (que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências), em seu art. 16, II, dispõe que a idade mínima para o exercício da função de vigilante é de 21 anos, sendo que a CLT, em seu artigo 428, prevê a faixa etária de 14 a 24 anos para fins de contrato de aprendizagem. A prioridade na contratação de adolescentes (art. 53 do Decreto 9.579/2018) ocorre quanto aos cursos e funções que não envolvem o desempenho de atividades vedadas a menores de 18 anos, situação que atrai faixa subsequente, de 18 a 24 anos de idade, o que corresponde precisamente à realidade das empresas de vigilância.

O exame da cláusula destacada revela que a exclusão dos vigilantes da base de cálculo da cota de aprendizes contraria a legislação que trata sobre a matéria, eis que devem ser consideradas todas as funções que demandam formação profissional dispostas na CBO. O fato de a Lei 7.102/83 permitir habilitação no curso de vigilante aos 21 anos de idade não está dissonante da legislação pertinente à aprendizagem, permitida até os 24 anos de idade.

A Instrução Normativa 146/2018 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, dispõe que em consonância com o art. 611-B, XXIII e XXIV, da CLT, a exclusão de funções que integram a base de cálculo da cota de aprendizes constitui objeto ilícito de convenção ou acordo coletivo de trabalho. Os sindicatos não podem transacionar sobre direitos indisponíveis, de forma que devem ser declaradas nulas as cláusulas que contenham tal objeto.

Especialmente quanto ao público adolescente, a aprendizagem profissional apresenta-se como uma alternativa ao afastamento do trabalho infantil proibido¹⁴, mediante a substituição pelo labor protegido e consoante com a condição de pessoa em formação, o que encontra respaldo na Convenção 138 da OIT (art. 6º), sobre a idade mínima para o trabalho, e na Convenção 182 da OIT (art. 7º), sobre as piores formas de trabalho infantil. A faixa etária em que há maior concentração do trabalho infantil proibido (14 a 17 anos de idade) indica o público potencialmente abrangido pela aprendizagem, sobretudo quando se observa a concentração de 40% dos desempregados na faixa de 14 a 24 anos de idade.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que 2,7 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos trabalham em todo o território nacional, considerando nessa conta as crianças e adolescentes que trabalham para o próprio consumo¹⁵. Dentro desse quantitativo, encontra-se um grupo que, embora minoritário, está legalmente empregado, seja na condição de aprendiz, seja por outros vínculos previstos na CLT, o qual se estima em 406 mil adolescentes a partir dos 14 anos trabalhando de forma legal, na Pnad de 2015. Todavia, restam 2,3 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos sendo exploradas sem a proteção prevista na Constituição da República, no ECA e na Lei da Aprendizagem Profissional.

Não há, portanto, como conceber que normas protetivas do direito dos adolescentes e jovens à profissionalização possam constar como objeto

¹⁴ Considera-se como trabalho infantil aquele destoante da vedação ao labor antes dos 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos de idade, com atenção às atividades perigosas, insalubres, penosas, noturnas ou que prejudique a formação moral e a frequência à escola, situações vedadas para menores de 18 anos.

¹⁵ Mapa do Trabalho Infantil. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/mapa-do-trabalho-infantil/#>. Acesso em 22 set. 2019.

de livre transação, como se tivessem reflexos adstritos à relação entre empregadores e obreiros. A questão envolve direitos de natureza difusa, cujos titulares são indeterminados e sequer estão representados nas negociações coletivas que os prejudicam.

Conclusão

Consideradas as premissas desenvolvidas ao longo do estudo, mais defensável seria o reconhecimento da nulidade de toda cláusula de instrumento coletivo que pretenda reduzir o alcance das normas destinadas à concretização do direito dos adolescentes à profissionalização e ao não trabalho antes da idade adequada, notadamente considerando o texto expresso do art. 611-B, XXIV, incluído pela Reforma Trabalhista.

Não há fundamento para a desobediência à cota de aprendizes, sob pena de se respaldar indevidamente a concorrência desleal em relação aos demais estabelecimentos do segmento econômico que cumprem regularmente a cota de aprendizagem, os quais seriam prejudicados por eventual tratamento não isonômico. Não se admite escusa para empresas de setores específicos serem dispensadas de obrigação legalmente imposta a todos os empregadores.

Observa-se, assim, que a Reforma Trabalhista representa, no mundo do trabalho, a negação do princípio da vedação ao retrocesso social, positivado no *caput* do art. 7º da CRFB/1988, o qual lista os direitos sociais laborais, antes aduzindo que *são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*, bem como no art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, razão pela qual se entendem ilegais, inconstitucionais e inconvençionais previsões restritivas a tais direitos.

Referências

- ALVES, Giovanni. O minotauro brasileiro: **reforma trabalhista e desenvolvimento histórico do capitalismo no Brasil**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 51, p. 97-108, jul./dez. 2017.
- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BELTRAMELLI NETO, Sílvio. **Direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, 2014.
- DIEESE - DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Nota Técnica nº 106, dezembro 2011**. Atualizada em janeiro 2012. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2012/notatec106PoliticaSalarioMinimo.pdf>. Acesso em 2 set. 2019.
- LEITE, Marcos Thadeu. **Controle de convencionalidade e direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24711>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- NEUNER, JÖRG. **Os Direitos Humanos Sociais**. Direito Público, v. 6, n. 26, jun. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1529/923>. Acesso em 2 set. 2019.
- SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Negociado sobre o legislado: O mito de Ulisses e as sereias**. In FELICIANO, Guilherme Guimarães; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho;
- TREVISÓ, Marco Aurélio Trevisó (Orgs.). **Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017.

A resistência do sindicalismo de Estado no Brasil após a lei nº 13.467/2017: uma crítica às inconstitucionais teses de restrição dos efeitos da negociação coletiva apenas a trabalhadores sindicalizados adotadas em dois casos pelo ministério público do trabalho

*Guilherme Bezerra Barbosa*¹
*Lidianne Uchôa do Nascimento*²

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar criticamente entendimentos jurídicos que, ainda que já existissem, ganharam mais força com a entrada em vigor da lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017). Tratam-se das teses defendidas por alguns juristas e expoentes do movimento sindical no sentido de serem as cláusulas de acordo ou convenção coletiva de trabalho aplicáveis apenas a trabalhadores sindicalizados.

Com o novo regime jurídico da contribuição sindical inaugurado pela lei nº 13.467/2017, as entidades sindicais brasileiras perderam uma de suas principais fontes de custeio. Não obstante, salvo a perda da capacidade tributária ativa, a estrutura sindical brasileira continua essencialmente a mesma. Assim, manteve-se a unicidade sindical e, conseqüentemente, a necessidade de registro do sindicato oficial junto à autoridade competente. Nessa mesma estrutura, restam preservados os deveres de representação geral do sindicato, em relação a todos os

¹ Mestrando em direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

² Especialista em direito e processo do trabalho pela Juris Curso. Graduada em direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada, sócia fundadora da Sociedade de Advogados Câmara & Uchôa.

membros da categoria em determinada base territorial. É nesse contexto que os debates acerca da restrição da negociação coletiva a trabalhadores sindicalizados ganharam força. A lógica por trás desse entendimento é a de que se o trabalhador não contribui para atividade sindical este não deve ser beneficiado pelo esforço e pelos recursos de quem o faz.

Para a análise de tais teses, primeiramente, faz-se um apanhado histórico do desenvolvimento da estrutura sindical brasileira, a partir de levantamento bibliográfico, buscando demonstrar a sobrevivência do sindicalismo de Estado (BOITO JÚNIOR, 1991) após a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). Em seguida, busca-se demonstrar que a lei nº 13.467/2017 não tem como objetivo superar o sindicalismo de Estado, mas apenas fragilizar as entidades sindicais sem que ocorresse o rompimento da sua dependência em relação ao Estado. Por fim, analisa-se decisões administrativas tomadas por membros do Ministério Público do Trabalho (MPT), nas quais as teses de restrição dos efeitos da negociação coletiva a empregados sindicalizados ou contribuintes foram desenvolvidas. Pretende-se, com a análise crítica dessas decisões, demonstrar as falhas jurídicas de tal entendimento e os possíveis efeitos reversos que tais teses, originalmente concebidas como uma tentativa de fortalecer os sindicatos no atual contexto político e econômico, podem ter em relação às entidades sindicais e aos trabalhadores.

2 O sindicalismo de estado no brasil: apontamentos sobre contexto histórico, estrutura e sobrevivência após 1988 da perspectiva da evolução da legislação

O primeiro ato normativo que se propôs a regulamentar a atividade sindical no Brasil foi o decreto nº 979 de 1903. Trata-se de um decreto legislativo que facultava aos profissionais da agricultura e da indústria rural a constituição de sindicatos, bastando, para tanto, o cumprimento

apenas de formalidades registrais³. No mesmo sentido eram a maioria das disposições do decreto n° 1.637/1907, que tratava dos sindicatos urbanos⁴.

É de se notar, porém, que já no decreto n° 1.637/1907 havia preocupação por parte do Estado acerca do controle sobre as atividades sindicais. O §2° do art. 2° determinava que só poderiam compor a direção dos sindicatos brasileiros natos ou naturalizados, os últimos apenas se residissem no país há mais de cinco anos (BRASIL, 1907). A disposição em questão pode ser entendida como ingerência do Estado sobre os sindicatos, quando se tem em mente que o movimento operário, na Primeira República, foi marcado pela influência do anarcossindicalismo, trazido ao Brasil, notadamente, por meio de imigrantes italianos (MEIRELES JÚNIOR, 2016, p. 148).

Todavia, houve espaço para diversas correntes ideológicas prosperarem no movimento sindical. No decorrer do século XX, o aumento das ações diretas e das greves fez crescer as tensões entre Estado e movimento operário. Além da repressão e da violência policial, em 1921 foi editado o decreto n° 4.247, que permitia ao poder executivo expulsar estrangeiros residentes no País a menos de cinco anos que, dentre outras hipóteses, houvessem cometido “[...] actos de violencia para, por meio de factos criminosos, impôr qualquer seita religiosa ou politica [...]” ou que

³ “Art. 2° A organização desses syndicatos é livre de quaesquer restrições ou onus, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do Registro de hypothecas do districto respectivo, com a assignatura e responsabilidade dos administradores, dous exemplares dos estatutos, da acta, da instalação e da lista dos socios, devendo o escrivão do Registro enviar duplicatas á Associação Commercial do Estado em que se organisarem os syndicatos. [...] Art. 4° Os estatutos deverão especificar a séde, duração, fórma e fins da sociedade, modo de administração, condições de admissão e eliminação dos socios e de dissolução do syndicato.” (BRASIL, 1903).

⁴ “Art. 2° Os syndicatos profissionaes se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo tres exemplares dos estatutos, da acta da instalação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario. O official do registro das hypothecas é obrigado a enviar, dentro dos oito dias da apresentação, um exemplar á Junta Commercial do Estado respectivo e outro ao procurador da Republica. Este deverá, dentro de tres mezes da comunicação, remetter recibo com a declaração de regularidade. Si, findo o prazo acima, o procurador não o tiver feito, ficarão sanadas as irregularidades.” (BRASIL, 1907).

fossem considerados “[...] nocivo á ordem publica ou á segurança nacional [...]” (BRASIL, 1921).

Após a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência da República, a intervenção do Estado no movimento sindical ganhou mais força. O decreto n° 19.770 de 1931 foi o ato normativo que criou as bases da estrutura sindical brasileira que *mutatis mutandis* resiste até hoje. Estabeleceu-se a unicidade sindical compulsória e, conseqüentemente, a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para o funcionamento da entidade sindical.

Havia o nítido interesse no esvaziamento do caráter de classe das organizações sindicais, de modo a fazer com que o Estado fosse o mediador entre as classes. Nessa perspectiva, destaca-se a exigência, presente no art. 1°, f) do decreto de 1931, de “abstenção, no seio das organizações sindicais, de toda e qualquer propaganda de ideologias sectárias, de carater social, político ou religioso, bem como de candidaturas a cargos eletivos, estranhos à natureza e finalidade das associações”. (BRASIL, 1931). Buscava-se a manutenção de organizações operárias “apolíticas” e com autonomia extremamente restrita.

Estabelecida a unicidade sindical e, sobretudo, a necessidade de investidura sindical, tem-se a estruturação da espinha dorsal do sindicalismo de estado no Brasil. Não obstante, Armando Boito Júnior. (1991, p. 26) observa que a estrutura sindical brasileira contém ainda outros elementos, além dos próprios sindicatos oficiais, tais como os servidores públicos (notadamente os ligados às instituições responsáveis por tratar das relações de trabalho), federações e confederações sindicais e a própria Justiça do Trabalho⁵, que seria criada pouco tempo após a

⁵ Portanto, o que o autor conceitua como “sindicalismo de Estado” abarca toda a arquitetura estatal relacionada com o direito coletivo do trabalho, de modo que é possível afirmar que o atual MPT também integra a estrutura do sindicalismo de Estado. Compreender o MPT como parte da estrutura do sindicalismo de Estado será importante para o argumento desenvolvido na última seção deste trabalho.

consolidação do sindicalismo de Estado. O decreto n° 21.761 de 1932 regulamentou a contratação coletiva, a qual só poderia ser desenvolvida por meio dos sindicatos oficiais (NASCIMENTO et al., 2015, p. 109).

A incorporação dos sindicatos à estrutura do Estado já era nítida antes da estruturação do sistema de contribuições destinadas a financiar o sistema sindical. Com efeito, a leitura do decreto n° 19.770 de 1931 é reveladora, na medida em que o ato normativo em questão delega aos sindicatos funções de cooperação com o poder público e autoriza os sindicatos oficiais a “fundar e administrar caixas beneficentes, agências de collocação, cooperativas, serviços hospitalares, escolas e outras instituições de assistência” (BRASIL, 1931). Assim, na estrutura do sindicalismo de Estado brasileira, as entidades sindicais assumiram forte papel assistencialista, como parte da estrutura do Estado, em um movimento de distanciamento em relação às características de uma organização de classe.

Após conferir nítidas funções estatais às entidades sindicais, o Estado brasileiro criou a contribuição compulsória, a qual, até a entrada em vigor da lei n° 13.467/2017, era uma das principais fontes de receita das entidades sindicais. O outrora denominado imposto sindical possuía fundamento na própria constituição de 1937 e foi regulamentado pelo decreto-lei n° 1.402 de 1939. O mesmo ato normativo estabeleceu os valores do imposto sindical, a época do pagamento, a forma do pagamento (desconto na folha), a época em que as empresas deveriam fazer o recolhimento dos valores e o percentual a ser distribuído pelos sindicatos com as entidades de grau superior (NASCIMENTO et al., 2015, p. 320). Assim, observa-se que os elementos da estrutura do sindicalismo de Estado no Brasil se consolidaram ainda na primeira metade do século XX. A estrutura sindical adotada no Brasil, largamente inspirada pela *Carta del Lavoro*, manteve sua essência ao longo da história do País até o presente

momento, mesmo após a lei nº 13.467/2017, conforme pretende-se demonstrar no argumento desenvolvido na próxima seção.

Muito embora a Constituição de 1934 tenha tentado caminhar em direção à pluralidade sindical, tratou-se de experiência fracassada (NASCIMENTO et al., 2015, p. 109 - 110). Foi só após a queda do Estado Novo que ocorreram mudanças significativas, no que diz respeito a uma relativa redução da tutela do Ministério do Trabalho sobre os sindicatos. O período de redução da interferência do Estado nos sindicatos, no entanto, foi interrompido em 1964, quando, após a instauração da Ditadura Militar, o controle estatal sobre os sindicatos retornou a patamares similares aos do Estado Novo (RODRIGUES, 2009, p. 95 - 96). A Constituição Federal de 1988 (CF/88), por sua vez, embora inegavelmente inspirada por ideais democráticos, constitucionalizou o núcleo do sindicalismo de Estado no seu art. 8^o (BRASIL, 1988), mesmo consagrando no *caput* do dispositivo o princípio da liberdade sindical.

A CF/88, nos seus artigos 7^o e 8^o (BRASIL, 1988), manteve e constitucionalizou: 1) a necessidade do registro sindical em órgão competente; 2) a unicidade sindical e a representação, inclusive judicial, de toda a categoria; 3) as contribuições sindicais; 4) a normatividade dos acordos e convenções coletivas de trabalho e 5) a obrigatoriedade de

⁶ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.” (BRASIL, 1988).

participação dos sindicatos na contratação coletiva. Como parte da estrutura sindical brasileira, ainda é preciso destacar que manteve-se o poder normativo da Justiça do Trabalho e manteve-se a própria Justiça do Trabalho, como instituição estatal responsável por dirimir os conflitos de classe.

Mantida a estrutura corporativista do sindicato de Estado, é de se notar, no entanto, que a CF/88 procurou reduzir a possibilidade de intervenção direta do governo sobre as entidades sindicais⁷. Embora o papel do órgão do executivo que tenha as atribuições de um Ministério do Trabalho seja relativamente limitado em relação a períodos anteriores, é o Estado e não os trabalhadores que determinam qual é o sindicato representativo; é o Estado, por meio da Justiça do Trabalho e da legislação, que estabelece os limiares entre uma greve legal e legítima e uma greve “abusiva”; é o Estado ainda capaz de determinar a obrigatoriedade da negociação coletiva e de prolatar sentenças normativas, dentre outros exemplos que poderiam ser citados.

Como consequência de décadas de prevalência do sindicalismo corporativista de Estado, o movimento sindical reproduz um intenso legalismo, numa das manifestações do que Armando Boito Júnior (1991, p. 112) chama de “fetichismo do Estado protetor”⁸. Por vezes, portanto, a intervenção estatal nas questões sindicais é demandada pelos próprios

⁷ Não obstante, pontua Armando Boito Júnior (1991, p. 40 – 41) o erro de se procurar avaliar a intervenção do Estado nos sindicatos a partir de determinada conjuntura específica. Após a instituição e consolidação da estrutura do sindicalismo de Estado no Brasil, houve períodos de maior ou menor intervenção de governantes sobre as atividades sindicais. A análise da intervenção do Estado sobre o sindicato pautada apenas em elementos conjunturais “[...] Ignora que a própria lógica de funcionamento da estrutura sindical obriga a equipe governamental ou a burocracia do Estado a intervir, *independentemente do interesse ou da vontade desses agentes*, diuturna e sistematicamente na vida sindical.” (grifos do autor) (BOITO JÚNIOR, 1991, p. 41).

⁸ “O legalismo sindical é o fetichismo da legislação sindical: investidura, unicidade, impostos, negociação coletiva oficial. Como fetichismo da lei, é um fetichismo de Estado. Mais precisamente, um fetichismo do Estado protetor” (BOITO JÚNIOR, 1991, p. 111- 112). O autor usa o termo “fetichismo” no sentido marxiano de ocultamento das relações de classe por trás de algo. No caso, o fetichismo do Estado protetor oculta as relações de classe que sustentam e configuram o Estado brasileiro.

sindicalistas, os quais, via de regra, buscam justificar sua atuação mais por meios jurídicos do que por meio da mobilização da base.

Tendo em vista a existência de sindicatos atrelados à estrutura do Estado, bem como a existência de um movimento sindical profundamente tomado pelo fetichismo do Estado protetor, é possível compreender o porquê de a lei nº 13.467/2017 ter atingido em cheio as entidades sindicais, embora não tenha arranhado o núcleo do sindicalismo de Estado brasileiro. Assim, na próxima seção, busca-se compreender o sentido do fim da compulsoriedade da contribuição sindical, no contexto da entrada em vigor da lei acima mencionada.

3 A reforma trabalhista e a estrutura do sindicalismo no Brasil: tentativa de superação do sindicalismo de Estado ou busca pelo enfraquecimento dos sindicatos com manutenção da subordinação ao Estado?

A lei nº 13.467/2017 entrou em vigor em novembro de 2017 e trouxe alterações substanciais a inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dentre os dispositivos alterados, destacam-se, para os fins desta pesquisa, as alterações realizadas no regime jurídico da contribuição sindical. Anteriormente à reforma trabalhista, a CLT estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de contribuição sindical, devida por todos os membros das categorias de trabalhadores. A contribuição sindical possuía natureza tributária, o que fazia com que as entidades sindicais possuíssem capacidade tributária ativa. Com a lei nº 13.467/2017, a contribuição sindical tornou-se facultativa, pois a sua cobrança passou a ser condicionada por autorização prévia e expressa⁹.

A reação imediata do movimento sindical foi a judicialização da questão. Inúmeras ações coletivas e ações civis públicas argumentando a

⁹ “Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.” (BRASIL, 2017).

inconstitucionalidade das alterações feitas no regime da contribuição sindical foram ajuizadas. Houve um momento inicial em que o novo regime jurídico da contribuição sindical foi, por diversas vezes, afastado liminarmente no âmbito da Justiça do Trabalho, sobretudo em virtude do fundamento de inconstitucionalidade formal da nova redação dos dispositivos celetistas. Assim, a situação de incerteza sobre a aplicabilidade ou não das novas regras relacionadas à contribuição sindical se manteve até o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Foram dezoito Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas perante o STF (AROUCA, 2019, p. 526), com o objetivo de obter declaração de inconstitucionalidade do novo regime jurídico da contribuição sindical. Todas as ADIs foram apensadas à ADI n° 5.794, a qual foi julgada improcedente no dia 29 de junho de 2018, com a consequente declaração de constitucionalidade do fim da compulsoriedade da contribuição sindical. Após a decisão do STF, uma das características do sindicalismo de Estado foi eliminada do ordenamento jurídico brasileiro. A perda da capacidade tributária ativa dos sindicatos é alteração relevante que enfraquece o sindicato como aparelho do Estado. No entanto, o núcleo do sindicalismo de Estado é composto pela unicidade sindical e pela investidura sindical. A reforma trabalhista não tocou nesses dois pontos, que estão previstos na própria CF/88.

O fim da compulsoriedade da contribuição sindical pode gerar conclusões precipitadas em alguns juristas, no sentido de que a estrutura do sindicalismo brasileiro estaria caminhando em direção à liberdade sindical mais ampla, nos moldes estabelecidos, por exemplo, pela Convenção n° 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁰. Contudo, é necessário observar a verdadeira intenção por trás da chamada

¹⁰ A Convenção n° 87 da OIT estabelece um modelo de organização pautado pela liberdade sindical, o qual é incompatível com as normas presentes na Constituição Federal, com a atual redação de seu art. 8°.

reforma trabalhista, para entender o que pretendeu o legislador com a edição da mencionada lei.

As alterações substanciais feitas na CLT permitiram: 1) a redução da remuneração média do trabalhador com a perda de direitos no âmbito do direito individual do trabalho; 2) o aumento da dificuldade de acesso à justiça através da restrição da concessão dos benefícios da justiça gratuita e da instituição da sucumbência recíproca no processo do trabalho e 3) o enfraquecimento das entidades sindicais, sobretudo por meio da eliminação de uma das principais fontes de receita dos sindicatos e pelo estabelecimento de diversas restrições, no que diz respeito às negociações coletivas.

A redução da proteção ao trabalhador e a busca pela redução do poder de negociação dos sindicatos e das suas fontes de receita, sem qualquer alteração constitucional no direito coletivo do trabalho, é forte evidência de que não houve, por parte do legislador, a intenção de superação do sindicalismo de Estado. O objetivo era apenas o de enfraquecer as entidades sindicais e o de diminuir a remuneração média da força de trabalho.

Demonstrando o intenso caráter patronal da lei nº 13.467/2017, José Carlos Arouca (2019, p. 525) observa o seguinte:

A lei foi, sem dúvida, pensada contra os trabalhadores e o sindicato, reduzindo seu poder de negociação com o patronato na medida em que a convenção foi substituída pelo acordo direto com o empregador e até por acordo tácito, e ainda mais, foi excluída da prerrogativa de defesa de direitos individuais assistir o trabalhador por ocasião do pagamento de verbas rescisórias.

Malgrado a lei tenha fragilizado o aspecto protetivo do sindicalismo de Estado, a possibilidade de intervenção estatal nas entidades sindicais continua presente, como demonstra, por exemplo, a edição da medida

provisória nº 873 (BRASIL, 2019a). A medida provisória buscou determinar que a cobrança de contribuições sindicais teria de ser autorizada, necessariamente, individualmente e buscou determinar que o pagamento de contribuições aos sindicatos só poderia ser realizado por meio de boleto bancário, em mais uma evidente tentativa de fragilização das finanças das entidades sindicais. A medida provisória, contudo, não foi votada a tempo para ser convertida em lei pelo Congresso Nacional e, portanto, caducou.

Aos juristas, nesse contexto, é necessária cautela no que diz respeito à aplicação do direito do trabalho. O que houve foi a supressão de um dos aspectos da estrutura do sindicalismo de Estado e não a sua eliminação, de modo que não é possível que se deixe de aplicar preceitos constitucionais, tais como a normatividade das convenções e acordos coletivos de trabalho para toda a categoria, apenas pelo fato de que não existe mais norma determinando a participação compulsória de todos os trabalhadores no financiamento da entidade sindical. Entender de outra maneira seria defender o sindicalismo de Estado sem a proteção do Estado, que seria de fato o modelo de estrutura sindical ideal aos interesses do patronato brasileiro.

4 Sem CLT e sem normas coletivas: o curto-circuito do fetichismo do Estado protetor por meio da defesa da restrição das negociações coletivas apenas a trabalhadores sindicalizados

Com o fim da compulsoriedade da contribuição sindical, diversas entidades sindicais observaram grande redução nas suas fontes de custeio. Assim, pouco tempo depois da entrada em vigor da reforma trabalhista, voltou a crescer o debate no seio do movimento sindical acerca da possibilidade de restringir a aplicação das normas coletivas apenas aos filiados às entidades sindicais e àqueles que contribuem com as finanças das entidades. Tal reação por parte do movimento sindical é criticável,

apesar de ser compreensível. A estrutura sindical brasileira desestimula a aproximação entre a diretoria dos sindicatos e a base de trabalhadores, de modo que, quando o legislador resolveu acabar com a obrigatoriedade da contribuição sindical, aos dirigentes sindicais a sobrevivência dos sindicatos pareceu depender mais da redução das atividades do sindicato do que do reforço ao trabalho de base.

Assim, começaram a surgir em instrumentos coletivos de trabalho cláusulas que expressamente excluía determinados integrantes das categorias de trabalhadores da abrangência de certos benefícios previstos nas normas negociais. Foi o caso, por exemplo, da convenção coletiva de trabalho firmada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Rio de Janeiro e pelo sindicato laboral correspondente, que previa o direito ao vale alimentação e ao vale refeição apenas a empregados sindicalizados e que pagassem a contribuição assistencial (BRASIL, 2018).

O MPT, através da Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) da Primeira Região, que corresponde ao Estado do Rio de Janeiro, foi provocado, por meio de notícia de fato anônima, a tomar as ações cabíveis. O órgão do MPT, no entanto, entendeu que não era conveniente a atuação no caso. Argumentou a PRT da Primeira Região que a lei nº 13.467/2017, ao tornar facultativa a contribuição sindical sem alterar a estrutura sindical brasileira prevista na CF/88, tornava necessária a interpretação da lei à luz da unicidade sindical. Além disso pontuou a PRT que o MPT não poderia estimular a existência de “caroneiros”, ou seja de trabalhadores que se beneficiam da representação sindical, sem se filiar ou contribuir com as finanças da entidade, pois ao proceder dessa maneira poderia estar o MPT contribuindo para a derrocada das entidades sindicais (BRASIL, 2018).

Instada a se pronunciar acerca de questão análoga a PRT da Décima Quinta Região teceu raciocínio semelhante: 1) pontuou o fim da

obrigatoriedade da contribuição sindical como mudança relevante trazida pela lei nº 13.467/2017; 2) apontou a situação contraditória de manutenção de deveres gerais com uma categoria inteira, em virtude da unicidade sindical e da ampla representatividade das entidades sindicais, com, ao mesmo tempo, fim da fonte de custeio a ser paga obrigatoriamente por toda a categoria e defendeu 3) que é necessário, no mínimo tolerar que sindicatos só procurem prestar serviços assistenciais aos trabalhadores que contribuam com a manutenção da entidade (BRASIL, 2019b).

Observa-se, portanto, que as instituições que compõem o chamado sindicalismo de Estado (do qual também fazem parte a Justiça do Trabalho e o MPT) estão tão perpassadas pelo fetichismo do Estado protetor que podem acabar entrando em curto-circuito, buscando construir posicionamentos jurídicos sem fundamento legal ou constitucional, apenas com o objetivo de preservar parte da estrutura de financiamento do sindicalismo de Estado. Ademais, o fetichismo legalista faz com que os defensores da tese da aplicabilidade dos instrumentos coletivos apenas a parte dos membros de determinada categoria não percebam que a manutenção desse entendimento juntamente com a existência da unicidade sindical é o que, potencialmente, poderia ser o golpe de misericórdia nas entidades sindicais.

A restrição das normas coletivas apenas a trabalhadores filiados e que contribuem com as finanças dos sindicatos viola uma série de preceitos constitucionais. Viola-se o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), pois confere direitos diferentes nas relações de trabalho, apenas em virtude da filiação ao sindicato. Viola-se todas as determinações constitucionais acerca da ampla representatividade jurídica dos sindicatos (art. 8º, III e V) e acerca da normatividade dos acordos e convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI). Na prática, o entendimento criticado também faz letra

morta do princípio da norma mais favorável ao trabalhador (art. 7º, *caput*), que é a base do direito do trabalho brasileiro. Se tal entendimento fosse adotado de maneira sistemática, seria preciso passar a falar a partir de então do “princípio da norma mais favorável ao trabalhador sindicalizado”, o que contribuiria ainda mais para a desnaturação do direito do trabalho brasileiro, após a reforma trabalhista.

Na mesma linha de entendimento, Francisco Gerson Marques de Lima (2018, p. 367) pontua as seguintes razões pelas quais a ideia da restrição da negociação coletiva é politicamente e juridicamente desastrosa:

[...] (a) cria desigualdade; (b) estabelece cizânia na base do sindicato; (c) transforma o sindicato em associação; (d) abre margem ao pluralismo; (e) possibilita que os não-filiados encontrem outra forma de representação e de negociação com as empresas; (f) admite pedido de extensão (art. 868, CLT); (g) implica em “dupla folha salarial”; (h) engana-se em “quem serão os discriminados”: os filiados ou os não-filiados? (i) fomenta as ações de equiparação salarial; (j) estimula discriminação na admissão e na rescisão; (l) contraria a liberdade de filiação, na medida em que a força.

No âmbito jurídico, as decisões do MPT aqui criticadas são autoconscientes da fragilidade dos argumentos desenvolvidos. Ambas reconhecem a manutenção da estrutura corporativista do sindicalismo de Estado no Brasil, após a lei nº 13.467/2017, mas defendem a restrição das negociações coletivas a filiados e contribuintes, a despeito da Constituição Federal e da CLT, buscando evitar o colapso financeiro das entidades sindicais e buscando estimular a sindicalização dos trabalhadores. Daí o curto-circuito do fetiche do Estado protetor, que viola as próprias normas nas quais se fundamenta, ao negar a si mesmo no processo de tentativa de proteção da sua existência.

É bem possível imaginar um cenário no qual o entendimento jurídico aqui criticado é sistematizado e, no lugar do estímulo à filiação dos trabalhadores aos sindicatos, ocorra o oposto: a diminuição expressiva do já reduzido número de trabalhadores filiados a sindicatos no Brasil. Outro efeito nocivo seria tirar da maioria dos trabalhadores brasileiros a negociação coletiva como forma de resistir às sucessivas reduções do patamar protetivo conferido ao trabalhador pela legislação trabalhista. Consolidar-se-ia no direito do trabalho brasileiro um modelo de sindicalismo intensamente favorável aos setores patronais, pois ter-se-ia um sindicato com atuação extremamente limitada pelo Estado, com poder de negociação restrito aos seus filiados, em um contexto de unicidade sindical.

Atualmente, apenas cerca de 17% dos trabalhadores brasileiros são sindicalizados (LIMA, 2018, p. 367), ou seja, caso se admitisse a restrição da normatividade dos instrumentos coletivos apenas a filiados e financiadores das atividades sindicais, apenas cerca de 17% dos trabalhadores da iniciativa privada poderiam ter direito a condições melhores de trabalho por meio da negociação coletiva. Some-se a isso o contexto de crise econômica prolongada e o alto desemprego pelo qual passa o País. Seria ingenuidade acreditar que em tal conjuntura, em que os trabalhadores são forçados a competir intensamente entre si pelos postos de trabalho, ocorreria a filiação massiva de trabalhadores às entidades sindicais, com o objetivo de fazer jus aos direitos previstos em instrumentos coletivos.

O mais provável é que os já poucos trabalhadores sindicalizados fossem estimulados a se desfiliar das entidades sindicais, procurando manter seus empregos, pois, se o sindicato conseguisse ampliar os direitos da categoria por meio da negociação coletiva, necessariamente a folha de pagamento do empregado sindicalizado seria mais onerosa que a do

trabalhador não sindicalizado. Levando em conta a histórica distância entre a diretoria dos sindicatos e a sua base, a ausência de proteção efetiva presente na CLT contra a dispensa sem justa causa, o contexto de desemprego e crise econômica, é possível afirmar que a restrição das normas coletivas a filiados e contribuintes muito provavelmente teria o efeito inverso do pretendido, na medida em que os únicos trabalhadores sindicalizados que estariam protegidos contra dispensa imotivada seriam os integrantes das diretorias dos sindicatos, em virtude da estabilidade provisória. Com a diminuição do número de filiados, os sindicatos teriam ainda mais dificuldades financeiras e perderiam mais ainda o poder de negociação, o que, eventualmente, poderia levar à ruína boa parte das entidades sindicais.

O curto-circuito do fetiche do Estado protetor, na busca da proteção às entidades sindicais, pode acabar desprotegendo completamente o trabalhador individualmente considerado. Sem a normatividade ampla das convenções coletivas, ao trabalhador não sindicalizado com vínculo de trabalho formalizado restaria a reivindicação dos direitos presentes na CF/88 e na legislação. Ocorre que os direitos presentes na Constituição são apenas o núcleo mínimo do direito do trabalho e o patamar de proteção presente na legislação federal tem sido reduzido de maneira rápida pelo legislador ordinário.

Só a chamada reforma trabalhista trazida pela lei nº 13.467/2017 trouxe alterações em todo o direito do trabalho brasileiro. Foram mais de duzentas mudanças na CLT. Tais alterações tiveram o nítido objetivo de reduzir direitos trabalhistas e diminuir a média da renda do trabalhador assalariado (REIS; COUTINHO, 2017, p. 67), de modo que é certo afirmar que, atualmente, a manutenção no direito do trabalho de um patamar de proteção não tão inferior ao que se tinha antes da lei nº 13.467/2017 depende necessariamente da normatividade ampla dos acordos e

convenções coletivas de trabalho. Dessa forma, conclui-se que defender a redução do poder de negociação dos sindicatos, como forma de melhor equacionar a perda de recursos com os deveres da entidade, é não só inconstitucional e ilegal, como também é politicamente desfavorável às próprias entidades sindicais.

O curto-circuito do fetiche do Estado protetor manifestado nas teses jurídicas criticadas nessa pesquisa pode ajudar a consolidar uma estrutura sindical que vai esmagar o trabalhador brasileiro entre o entulho legislativo do corporativismo varguista que controla sindicatos e o neoliberalismo precarizante que reduz a proteção ao trabalho conferida pela legislação. Assim, é preciso reconhecer que apesar do fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, o núcleo do sindicalismo de Estado não foi alterado, de modo que a presença intensa do Estado nas relações sindicais não ocorra sem que haja a possibilidade de melhora das condições de trabalho por meio da normatividade ampla das negociações coletivas.

Conclusão

A tradição do sindicalismo de Estado no Brasil tem uma história de quase nove décadas. O núcleo do corporativismo sindical, a unicidade e a investidura sindical, com a consequente existência do sindicato oficial, legitimado mais pelo Estado do que pelos trabalhadores, sobreviveu até mesmo à Constituição Federal de 1988, a qual normalmente é lida como um ponto de ruptura em relação ao passado autoritário do País.

Quase um século dessa estrutura sindical, que não engloba apenas as entidades sindicais, mas toda a sistemática estatal relacionada com o direito coletivo do trabalho, moldou um movimento sindical intensamente perpassado pelo fetichismo do Estado protetor, que recorre mais à

judicialização de questões de classe e às instituições do que de fato à mobilização da base.

Com a entrada em vigor da lei nº 13.467/2017, houve um enfraquecimento do sindicalismo de Estado com a supressão da capacidade tributária ativa das entidades sindicais. Não obstante, a lei em questão não tem como objetivo fazer o sistema sindical brasileiro caminhar no sentido da liberdade sindical. O objetivo da chamada reforma trabalhista em relação ao direito coletivo do trabalho é criar sindicatos amplamente limitados pelo Estado, mas sem o amparo estatal outrora conferido às entidades sindicais para o exercício de suas atividades.

O fim da obrigatoriedade da contribuição sindical deve ser compreendido apenas como tentativa explícita de fragilizar os sindicatos brasileiros, sem a superação do modelo de tutela estatal das atividades sindicais. A reforma trabalhista criou o sindicalismo de Estado com pouca ou sem a proteção do Estado. Nesse contexto, defender a restrição da negociação coletiva apenas a empregados sindicalizados é contribuir com a fragilização dos sindicatos.

Além de ser entendimento jurídico de inconstitucionalidade verificável por meio de simples leitura dos arts 5º, 7º e 8º da CF/88, essa tese cria uma minoria de trabalhadores com mais direitos do que outros, em tempos de crise econômica e desemprego, o que pode acarretar em diminuição do número de trabalhadores sindicalizados e não o contrário. Ainda, observa-se que a defesa da restrição das negociações coletivas apenas a empregados sindicalizados retira da maioria dos trabalhadores um dos poucos instrumentos ainda disponíveis no direito do trabalho brasileiro que podem ser utilizados para refrear a tendência legislativa de precarização das relações de trabalho no Brasil.

Referências

- AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil: Passado - Presente - Futuro (?)**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- BOITO JUNIOR, Armando. **O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1991.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 979, de 06 de janeiro de 1903. Faculta aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para defesa de seus interesses. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm. Acesso em: 29 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 1.637, de 05 de janeiro de 1907. Cria sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacao-original-104950-pl.html>. Acesso em: 29 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 4.247, de 06 de janeiro de 1921. Regula a entrada de estrangeiros no território nacional. Rio de Janeiro, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4247-6-janeiro-1921-568826-publicacao-original-92146-pl.html>. Acesso em: 29 set. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm. Acesso em: 29 set. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 873, de 01 de março de 2019a. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Ministério Público do Trabalho. **Notícia de fato nº 000057.2019.15.000/4 - 06**. Campinas, 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/quem-nao-contribui-nao-usufruir.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Procuradoria Regional do Trabalho da Primeira Região. Ministério Público do Trabalho. **Notificação PRT/01/COP 25ª Ofício Geral da PRT - 1ª Região RJ(31)/ nº 237664.2018**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.sintraconstrio.org.br/portal/images/mpt-assiduidade.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. Restrição das cláusulas negociadas pelos sindicatos apenas aos seus filiados. **Nomos**: Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 363-378, dez. 2018. Semestral. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39900/95980>. Acesso em: 29 set. 2019.

MEIRELES JÚNIOR, Cláudio Alcântara. **Entrelaçamento entre autoritarismo e garantia de direitos sociais no governo de Getúlio Vargas (1937 - 1945)**: A questão social trabalhista no Estado Novo. 245 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <http://www.repositoriobib.ufc.br/000032/000032e4.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro et al. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

REIS, Daniela Muradas; COUTINHO, Grijalbo Fernandes. "Reforma" Trabalhista: a potencialização do valor trabalho como mercadoria em tempos de governança burguesa ilegítima. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Org.). **Resistência:** aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 59-78.

RODRIGUES, Leôncio Martins. **Trabalhadores, sindicatos e industrialização.** Rio de Janeiro: Scielo Books, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/5y76v/pdf/rodrigues-9788599662991.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

O *Compliance* trabalhista como estratégia de prevenção à violação dos direitos humanos do trabalho: o caráter supralegal do decreto 9.571/18 e a prevalência das normas internacionais no ambiente laboral e no judiciário

*Jéssica Adriane Ferreira de Sousa*¹

1 Introdução

Está em curso no Brasil um processo de precarização dos direitos dos (as) trabalhadores (as) pós “reforma” de 2017. A sua aprovação em tempo recorde, a mídia empregada para justificar suas alterações e a união entre diversas bancadas e partidos, tudo arquitetado para justificar a defesa de um único interesse: o capital.

Neste estudo, o *compliance* será tratado de acordo com o estado evolutivo atual dos Direitos Humanos, levando-se em consideração a construção histórica da legislação laboral e deixando claras as dimensões dos ataques sofridos com as “reformas”. Por fim, o *compliance* é inserido a partir do decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018 que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as multinacionais com atividades no País.

Esta legislação é totalmente inovadora e veio em um excelente momento político do Brasil, trazendo em seu arcabouço (capítulo 2) a explícita responsabilização do Estado e das pessoas jurídicas com a proteção dos Direitos Humanos em atividades empresariais, as quais serão pautadas em diretrizes que também são aplicadas para servidores públicos.

¹ JÉSSICA SOUSA, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Oeste do Pará, pós graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela FEMARGS, pesquisadora junto ao grupo de pesquisa Trabalho e Capital (FEMARGS), advogada trabalhista, com formação em *compliance* em curso ofertado pela FEMARGS.

Em 2017, as manifestações e greves em favor da classe trabalhadora foram destaques, atos políticos históricos estampavam a capa dos jornais e eram linha de frente em propagandas de todas as mídias de comunicação/informação e eram noticiados em todas as emissoras.

Foi nesse cenário de explosão de manifestações e de greves que a lei 13.467/17 foi promulgada. Mesmo diante de grande resistência da população, que mostrou a disposição de luta da classe trabalhadora e que sentiu às duras penas a demonstração explícita do poder do grande capital. O proletariado foi submetido a uma lei de um processo legislativo irregular que aprovou um projeto que vai de encontro com a construção histórica do direito do trabalho e com a normas de direito internacional construídas até hoje desde a criação da própria OIT (Organização Internacional do Trabalho), aliás, importante destacar que a OIT já se manifestou expressamente a respeito da reforma trabalhista.

Por fim, o *Compliance* aqui apresentado é inserido na legislação brasileira após ter sido firmado nas organizações internacionais e já ter sido aplicado em outros países, conseguindo, de certa forma, trazer para a prática do advogado como profissional de *compliance* e para o judiciário os princípios constitucionais e de prevalência dos Direitos Humanos trazendo uma melhoria da condição social dos (as) trabalhadores (as) e o fortalecimento da dignidade da pessoa humana.

2 Os direitos humanos do trabalho em perspectiva histórica

O *compliance* no Brasil nasce como uma forma de controle e fiscalização para o ambiente laboral, tal circunstância nos obriga a trazer para os estudos uma abordagem na perspectiva internacional de Direitos Humanos e Constitucional, tendo como núcleo o reconhecimento dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A legislação obreira no mundo sempre foi pautada por luta de classes, manifestações sociais e conquistas espalhadas ao longo dos anos, e, claro, foi submetida aos interesses da perspectiva dos governantes e das classes dominantes.

Sempre foi uma preocupação das Organizações Internacionais e dos próprios legisladores das normas internas do nosso país a postura de apoio humanístico e ações libertárias, sendo traçado todo um viés orientado por direitos universalmente consagrados, permitindo a aplicação de normas baseadas na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho.

O professor e desembargador Marcelo José Ferlin D'Ambroso² aponta em sua obra dedicada exclusivamente a este tema o seguinte:

Há necessidade de compensação das desigualdades sociais e econômicas pelo Estado, sendo de suma importância o cumprimento deste papel pelas suas instituições, havendo indispensável necessidade de compreender os Direitos do Trabalho como Direitos Humanos que são, como forma de equilibrar as assimetrias de poder na sociedade provocadas pela globalização e pelo capitalismo, especialmente pela nova faceta do capitalismo corporativo denominada neoliberalismo, que acentua a precarização e a desigualdade.

É fato que atualmente a lógica econômica do capital é o que gere, define e valoriza as relações humanas. A força de trabalho humana é geradora de valores, e somente por isso as mercadorias têm um valor final pois é um acumulador de força humana. Entretanto, o que vemos na prática é a aplicação contrária a tudo isso, valores sociais completamente invertidos e legislações sendo aprovadas sem qualquer responsabilidade e respeito à evolução histórica do direito do trabalho, bem como trazendo a objetificação da classe trabalhadora, tornando-a mero acessório a serviço do capital.

² D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Direitos humanos e direito do trabalho: uma conexão para a dignidade. Belo Horizonte: RTM, 2019.

Tem sido uma árdua tarefa obter a aplicação de uma cultura jurídica adequada de Direitos Humanos do Trabalho, devendo, portanto, os advogados (nesse caso caracterizados por serem principais agentes interessados na busca pela aplicação desses direitos) conscientizarem-se e construir meios e instrumentos necessários para garantir de forma eficiente a aplicação dessas normas, em busca da manutenção da dignidade humana e aplicando o pensamento plural, inclusivo e em defesa da produção humana.

Precisamos alterar completamente os paradigmas práticos aplicados até aqui, trazendo para a prática no judiciário e no assessoramento interno das empresas um senso crítico indispensável de efetivação e concretização das normas internacionais de Direitos Humanos, bem como os princípios fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

É preciso firmar o entendimento de que o Direito do Trabalho em si é um instrumento essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana, por isso são globalizados e sua aplicação é parte fundamental na luta de classes, tornando-a frequente no dia a dia da empresa.

3 O princípio da proteção e a importância dos direitos sociais

Quando estudamos Direito do Trabalho na graduação, uma das primeiras coisas que nos é ensinado é o Princípio da Proteção como norteador de toda a matéria laboral, porém nem todo doutrinador, tampouco a legislação, demonstra de forma correta a importância desse princípio.

Sobre o Princípio da Proteção é oportuno transcrever as sábias lições da professora e juíza do Trabalho Valdete Souto Severo³, vejamos:

³ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (coordenadores) [et al.]. **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. 1ª edição - São Paulo: Expressão Popular, 2017.

A proteção se justifica historicamente como uma forma de tentar manter a promessa da modernidade, de que todos são destinatários da norma jurídica. Ou seja, todos, inclusive os trabalhadores, tem direito a uma vida minimamente boa, a exercer sua liberdade, a ter sua dignidade respeitada, etc. O problema é que em uma sociedade fundada na troca entre capital e trabalho, na qual o trabalho não é apenas um meio de realização do ser humano, mas principalmente uma forma (no mais das vezes, a única forma) de subsistência física do trabalhador – sem uma proteção minimamente adequada – será transformando em coisa (mercadoria) durante o tempo de trabalho. Não é difícil de perceber que essa é uma característica objetiva da relação social que se estabelece entre trabalho e capital.

Podemos perceber que o (a) trabalhador (a) “valorizado” pelo capitalismo é aquele que se anula em detrimento do labor, o empregador atua criando e demonstrando formas de alienação e estranhamento nesse (a) empregado (a) conforme já fora amplamente demonstrado e desenvolvidas por Marx ao longo de sua trajetória.

Almiro Eduardo de Almeida⁴ em sua obra, analisa essa relação entre empregador e empregado e aduz o seguinte:

O próprio empregador perde sua humanidade na medida em que, empregando como meio de produção um ser humano (a quem inclusive tem de reconhecer a sua condição de sujeito de direito, a fim de legitimar a exploração), não pode reconhecer naquele que é empregado senão um ser estranho que deixa de ter um fim em si mesmo.

E justamente por isso a luta de classes, mais especificamente no Brasil, tem sido caracterizada pela luta em prol da emancipação dos trabalhadores, opressão à classe operária, resistência dos patrões e concessões estatais. No Direito do Trabalho, portanto, é historicamente

⁴ ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *Emprega-dor: a participação da classe dominante na construção do Direito do Trabalho no Brasil: Uma história forjada com alienação, estranhamento e ideologia*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

comprovada a necessidade dos movimentos sociais para a aplicação prática do princípio da proteção, o qual tem fundamentado historicamente a criação da legislação laboral.

Podemos ver então que a história é um meio de transformação social, fazendo com que o Direito do Trabalho avançasse bastante em diversas questões ao longo dos anos, entretanto, após a reforma trabalhista de 2017 (mas não somente por ela) vimos que essa luta encontra-se inerte e ainda falta muito a alcançar, por isso a importância do agente jurídico atuar nessa proteção.

4 A aplicação estratégica do compliance na prática trabalhista

O *Compliance* Trabalhista tem a finalidade de proporcionar às empresas estabelecidas no Brasil e às demais entidades que com esta se relacionem, informações sobre questões de interesse e atuais na seara trabalhista.

Inseriu, por exemplo, no campo de atuação interno das empresas bem como ao judiciário a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, bem como, a obrigatoriedade de respeito às leis internacionais e às leis do país em que a empresa opera.

Estamos falando de uma cultura de respeito e principalmente de prevenção, a qual se devidamente aplicada traz um impacto positivo na imagem empresarial através da implementação de programas de cumprimento aos elementos de prevenção de segurança do trabalho, de criminalidade no seio da empresa, responsabilidade ambiental e etc.

Em seu livro, Rosana kim Jobim⁵ define muito bem a definição de *compliance*:

⁵ JOBIM, Rosana Kim. Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. 1 ed. - Florianópolis [SC], 2018.

Em aspecto mais amplo, o *compliance* deve ser entendido como um estado de conformidade com as normas jurídicas, dentre as quais se destacam as leis e regulamentos internos e externos das organizações, visando à ética, à moral, à honestidade e à transparência não apenas na condução do negócio, mas em todas as atitudes dos atores que movem uma empresa agindo tal qual uma flecha direcionada para este calcanhar de Aquiles do não cumprimento das leis.

Observe-se então, que o tema objeto deste estudo perpassa para além dos atores jurídicos, mas os insere no ambiente interno da empresa, colocando o advogado que atua no setor de *compliance* como responsável pela relação de emprego e pelas projeções sociais dela inerentes.

A legislação de *compliance* surgiu, como brilhantemente demonstrado por Rosa Jobim, em um primeiro momento especificamente para ser uma ferramenta anticorrupção, agindo de forma a prevenir, investigar e solucionar problemas causados na sua maioria das vezes por sócios e diretores das empresas, em especial no que se refere a desvio de verbas, alienação de imóveis e problemas relativos a pagamentos de dívidas ou recebimento de créditos.

Amplamente podemos considerar o *compliance* como responsável direto pelo cumprimento e fiscalização da lei (principalmente, as internacionais e constitucionais), sendo totalmente legitimado para exigir e aplicar o cumprimento das normas por meio de um poder de polícia residual.

5 Aspectos práticos do compliance

Primeiramente cumpre esclarecer que o *compliance* não é assessoria jurídica, longe disso, a ideia é justamente evitar a judicialização de novas demandas para a empresa, ou seja, é um trabalho preventivo, a longo prazo, e com efetivas mudanças nas jornadas trabalhadas.

O profissional do *compliance* cuida da empresa no que se refere à sua reputação e relação com terceiros, além de gerar uma cultura organizativa empresarial. Possui três linhas de defesa, quais sejam: O negócio ou atividade da empresa; a função de *compliance* com outras atividades (trabalho multidisciplinar); função de auditoria interna.

Para a sua aplicação, há a necessidade de o trabalhador conhecer as normas da empresa em que está inserido, para que assim possa seguir os procedimentos recomendados para o melhor desenvolvimento de seu trabalho, e, claro, para que ele seja norteado pela ética, idoneidade e honestidade para com a empresa, bem como, é de fundamental importância que ele tenha ciência de seus direitos e que todos eles sejam cumpridos de acordo com o volume e complexidade das normas.

Em paralelo a isso, o empregador por meio do poder diretivo patronal, deve atuar no sentido de regulamentar e aplicar todo o escopo normativo com a finalidade de concretizar as obrigações a si atribuídas, bem como manter sua empresa em conformidade com as diretrizes internacionais e nacionais.

Através da coordenação nas empresas é possível que o (a) chefe de *compliance* atinja os seguintes resultados: Prevenção penal incluindo corrupção; Privacidade e proteção de dados pessoais; Prevenção de condutas competitivas; Prevenção de bloqueio de capital; etc. O *compliance* deve limitar-se ao marco regulatório e projetar-se sob qualquer norma que possa impactar na organização.

Nesse sentido, Marcia Ribeiro e Patrícia Diniz⁶ prelecionam:

O *compliance* envolve numa questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais

⁶ DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília. 2015.

e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios.

É importante salientar que a empresa é quem possui o capital e deve correr todos os riscos inerentes à sua atividade, bem como deve obrigar-se a cumprir integralmente as diretrizes constitucionais e de direitos humanos, evitando, por meio da implantação do setor de *compliance* qualquer infração ou violação das normas.

6 O caráter supralegal do decreto 9.571/18 e a prevalência das normas internacionais no ambiente laboral e no judiciário:

Não há como pensar em direito do trabalho sem fazer um *link* obrigatório com Direitos Humanos e Direito Internacional, pois tais direitos são inerentes à condição humana e de titularidade universal.

Outro tema que nos vem à mente é o constitucionalismo e a jurisdição, referindo-se, pois, a aplicação das normas constitucionais pelos órgãos jurisdicionais, tudo isso cumulado com a aplicação das normas internacionalmente formuladas.

Ora, conforme explanado anteriormente, o direito do trabalho em sua concepção mundial fora consolidado por meio de muita luta, pressão política e constantes pleitos populares contra as injustiças sociais e as desigualdades (ideia trazida por BARBAGELATA, Hector-Hugo)⁷.

Tivemos a oportunidade de presenciar grandes marcos no que se referente às normas internacionais de Direitos Humanos fruto dessas lutas, como, por exemplo, o ideal surgido na Revolução Francesa de Liberdade, Igualdade e Fraternidade que veio com um estopim para a implementação de uma legislação internacional trabalhista.

⁷ BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre la evolution del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: *Fundación de cultura universitaria*, 2009.

Passamos então por longos períodos de desmanche de regras trabalhistas ultrapassadas e acessão de novos direitos que estavam sendo implementados no mundo todo em diferentes momentos históricos específicos de cada nação, passamos a presenciar a afirmação de direitos civis e políticos como forma de preservação das liberdades individuais.

Houve Revoluções Liberais, a Declaração de Direitos da Inglaterra, a Declaração da Independência dos Estados Unidos, A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa e etc. Foram criadas normas de proteção individuais, a este grupo chamamos de Direitos de Primeira Geração (ou dimensão).

Cronologicamente verifica-se a fase da Revolução Industrial, contemplando de forma ampla direitos considerados sociais e culturais. Nessa fase temos forte impacto nas legislações trabalhistas, impondo aos Estados correspondentes uma maior obrigatoriedade de efetivação dessas medidas. São os chamados Direitos de Segunda Geração (ou dimensão).

Já na Terceira Geração (dimensão) de Direitos humanos prezamos pela autodeterminação dos povos e o princípio que rege essas normas é o da solidariedade. No que se refere ao Direito do Trabalho houve grande impacto em relação ao meio ambiente de trabalho, desenvolvimento e responsabilização social. Em seguida temos o surgimento dos direitos de quarta e quinta geração que também trouxeram grandes avanços para a matéria, principalmente, com relação à tecnologia e à necessidade de inclusão de minorias e suas particularidades no ambiente laboral.

A partir desse cenário, temos a criação de normas para a inclusão da legislação internacional no ordenamento jurídico interno, passando pelo processo de Constitucionalização dos Direitos consagrados, os quais ganharam status de supralegais através da atuação do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, conciliando a proteção dos Direitos Humanos com os Direitos Fundamentais internos elencados na

Constituição Federal de 1988 e cumulá-los com a manutenção da Democracia, essencial para o Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar, que quando se trata de controle de constitucionalidade devemos evidenciar a necessidade de interpretação do dispositivo constitucional em consonância com as normas internacionais, seja em seu significado ou em seu sentido de aplicação.

Não há que se falar em obrigatoriedade da manutenção literal de dispositivo infraconstitucional, pois temos na legislação constitucional a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da legislação inteira ou de dispositivos específicos, devendo sempre prevalecer a norma Constitucional Brasileira, e, em paralelo a esta, as normas internacionais de Direitos Humanos do Trabalho.

Tal afirmação está plenamente de acordo com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, tendo em vista o já explicado acima Princípio da Proteção bem como o da Aplicação da Norma Mais Benéfica ao trabalhador.

Em tempos de desmanche de Direitos Trabalhistas, um decreto como o n. 9.571/18 veio em boa hora para servir de instrumento de transformação social, trazendo-a para um contexto de análise da realidade para um fiel cumprimento da moral e da ética no meio ambiente laboral, vinculando à empresa o conceito de responsabilidade social e até mesmo penal.

Destarte, é fundamental a construção de um caminho em prol da efetivação dos direitos das pessoas trabalhadoras em lato sensu, é de extrema importância que se entenda a relevância da aplicação das normas internacionais e o processo do trabalho como portador da essência e da manutenção da dignidade humana.

Considerações finais

É certo que a reforma trabalhista ignora todo o arcabouço histórico definidor do direito do trabalho e da própria justiça do trabalho, pois é de essencial importância compreender a razão pela qual existe nosso atual ordenamento jurídico, e o *compliance* é uma excelente maneira de pôr em prática a aplicação e fiscalização desses direitos que são humanos, além de buscar de forma efetiva o bem da coletividade. Desembarcamos, assim, em uma transformação social do papel da empresa, tendo em vista que o *compliance* trabalhista possibilita e torna acessível a (ao) trabalhador (a) o conhecimento das normas da empresa seguindo de forma habitual a legislação trabalhista, em especial, as norteadas pelas organizações internacionais.

A nossa Constituição Federal de 1988 foi um marco na história da democracia e das relações políticas envolvendo o Brasil na esfera Internacional, também o foi em relação à seara laboral, principalmente, no que tange à direitos sociais, como, por exemplo, o reconhecimento do direito à greve para os servidores públicos civis, deixando claro (ainda que de forma tímida) que os (as) trabalhadores (as) brasileiros (as) podem e devem lutar por melhores relações de trabalho.

Porém, em contramão à toda a história demonstrada neste estudo, verificamos que o Poder Judiciário não tem conferido às demandas trabalhistas a aplicação das normas internacionais em toda a sua potencialidade, temos um tribunal tímido e que de certa forma resiste às mudanças sociais equivocadamente. Certo é que o Poder Judiciário deveria zelar pela proteção ao direito do trabalho, porém acaba por vezes funcionando como linha auxiliar dos governos e das empresas na retirada de direitos, especialmente, pós reforma de 2017, o que acaba gerando de forma cristalina um desequilíbrio das forças em disputa.

A legislação referente ao *compliance* traz parte dessa responsabilidade para as empresas, de maneira vinculada à responsabilidade social, tornando o respeito pela legislação internacional uma obrigação de todos juntamente com o poder público, mas não somente a partir de demanda judiciais, mas por meio de um trabalho de gestão interno nas empresas.

A partir disso teremos o surgimento de uma cultura decorrente da responsabilidade social empresarial, que preza pela ética, moral e transparência culminando em pessoas jurídicas dentro de um padrão internacional de qualidade e que contribui para uma sociedade mais justa e igualitária. Não se trata de medo ou coação, mas sim da criação de laços fraternos que no sentido macro desaguam nos direitos da humanidade.

Ao atuar como profissionais de *compliance*, os servidores reivindicam, via de regra, ações do poder patronal para melhorar as condições de trabalho e garantir qualidade na prestação dos serviços dentro da empresa. As pautas podem ser referentes ao meio ambiente de trabalho, salariais ou referentes à segurança do trabalho, o interesse em questão não é apenas econômico-corporativo, pois a qualidade dos serviços depende da valorização dos (as) trabalhadores (as) responsáveis pela sua execução.

Diante dessa problemática, é de fundamental importância a construção de uma nova cultura jurídica que extraia das Normas Internacionais e da Constituição de 1988 toda a sua potencialidade transformadora.

A atuação da advocacia como parte fundamental para a justiça deve ser entendida não como um conceito puramente formal, mas como uma fórmula revolucionária voltada à transformação do *status quo*, na dicção

de José Afonso da Silva (2011)⁸. Cabe à classe trabalhadora exercer um papel fundamental nesse processo de transformação social, voltado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Daí a necessidade histórica da advocacia de defender o Direito Internacional em detrimento das normas retrogradadas trazidas por um movimento político burguês, é assim que se dará a expressão máxima do poder coletivo que possuem os (as) trabalhadores (as).

Referências

ALMEIDA, Almiro Eduardo de. **Emprega-dor: a participação da classe dominante na construção do Direito do Trabalho no Brasil: Uma história forjada com alienação, estranhamento e ideologia**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. **Curso sobre La Evolucion del Pensamiento Juslaboralista**. Montevideo: *Fundación de Cultura Universitária*, 2009.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. 2015.

EINLOFT, Denis; TOSS, Luciane; SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Direito do trabalho e pensamento crítico**. Porto Alegre: HS Editora, 2016.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo. Atlas, 2014.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado**. 1 ed. - Florianópolis [SC], 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de Emprego e Responsabilidade do Empregador**. São Paulo. LTr, 2015.

LION, Mauricio Pepe. **Condução de Investigações Internas sob o ponto de vista Trabalhista**. In. DEBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AIRES, Carlos

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

Henrique da Silva (coord.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre, Fabris 1982.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. **História do Direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho, volume I: parte II**. São Paulo: LTr: 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (coordenadores) [et al.]. **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1º edição** - São Paulo: Expressão Popular, 2017.

OLIVEIRA, Lourival José de. **Direito do trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano: estudos dirigidos para alunos de graduação**. São Paulo: LTr: 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira [et al.]. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas - SP: UNICAMP/ IE/ CESIT, 2017.

A flagrante inconstitucionalidade da cobrança de custas processuais do trabalhador beneficiário da gratuidade judicial

*Larissa Matos*¹

*Tiago Alves da Silva*²

1 A pertinência do tema: uma análise do art. 844, §§2º e 3º, da CLT frente ao acesso à justiça

O assunto foi pensado considerando o tema central do 41º Congresso Brasileiro de Advogados Trabalhistas (CONAT), qual seja, “Ver o peso das reformas”, bem como o tema do grupo de trabalho intitulado “Controle de convencionalidade e constitucionalidade frente a reforma trabalhista”.

No contexto de desconstrução do valor do trabalho, precarização e desmonte dos direitos sociais, a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) alterou o art.844, §§2º e 3º, da CLT para prever que no caso de arquivamento por ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar motivo legalmente justificável, sendo o referido pagamento das custas condição para a propositura de nova demanda.

Seguindo o tom de corrosão de direitos, escopo básico da Lei nº 13.467/17, o parágrafos do referido artigo nada mais são do que um mecanismos para impedir o acesso do trabalhador ao poder judiciário, permitindo, conseqüentemente, a sonegação de direitos fundamentais que lhes são assegurados pelo ordenamento jurídico.

¹ Advogada, professora, mestre em Direito do Trabalho e doutoranda em Direito pelo Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, email: matos_larissa@usp.br.

² Advogado e professor.

Uma conduta que faz com que o próprio legislador anua com a subtração de direitos daqueles menos favorecidos economicamente, numa espécie de violência imposta pelo próprio ordenamento, como bem explanou a professora Valdete Severo, em palestra proferida no próprio CONAT de 2019.

Vale lembrar que o direito à assistência judiciária gratuita é direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXIV, CF/88), que dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A referida Constituição traz, outrossim, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art.1º, III e IV, CF/88), tratando-os como valores supremos, dignos de tutela e atenção do Estado.

Assim, visando instrumentalizar a defesa dos referidos preceitos, o legislador constituinte criou, em sede de garantia constitucional, algumas regras com a finalidade de assegurar, no caso de transgressões, garantias de acesso ao Poder Judiciário.

Tudo isto a fim de que o cidadão lesado – inclusive o cidadão trabalhador – busque a tutela de seus interesses, concretizando, destarte, a garantia de acesso à justiça, de modo integralmente gratuito àqueles que não disponham de recursos aptos a custear o processo sem prejuízos ao sustento próprio ou de seus familiares.

É interessante ressaltar, ainda, que o acesso à justiça, no plano internacional, tem previsão nos arts.8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), bem como está previsto no art.14, item 1, do Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (PISDCP) e no art. 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa senda, lembro que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi estabelecida em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), à época composta por 58 Estados-membros, entre eles o Brasil.

Ainda, registro que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela sua promulgação do Decreto nº 592/92, tendo o mesmo ocorrido com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que foi internalizada no sistema jurídico pátrio pelo Decreto nº 678/92.

Em respeito a todo o sistema de direitos e garantias, portanto, é necessário que o poder público não imponha entraves ao referido acesso (art.5º, XXXV, CF/88), a fim de que a concretização de direitos ocorra de forma igualitária, estando os instrumentos jurídicos disponíveis e ao alcance de qualquer cidadão.

Dessa forma, o legislador ordinário, ao arrepio das autorizações da “norma moldura”, não poderia ter criado uma regra que nega a vigência dessa garantia, pois, além de violar a Constituição de 1988, ignora os pactos internacionais que fazem parte do nosso ordenamento jurídico.

2 A previsão da justiça gratuita no CPC e a necessidade de interpretação sistemática do direito

Carlos Henrique Bezerra Leite (2016) ensina que no paradigma do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos, devendo ser compreendido nos sentidos geral, restrito e integral.

O referido autor expõe que o acesso à justiça, no sentido geral, é concebido como sinônimo de justiça social, concretizando, o ideal universal de justiça; no sentido estrito, insere-se no aspecto formalístico e específico do processo, como um instrumento de composição de litígios

pela vida judicial; e no sentido integral, é o próprio acesso ao Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa.

Referente aos principais movimentos renovatórios de acesso à justiça, classicamente, Cappelletti e Garth (1988) dividiram em três ondas, difundindo, didaticamente, a ideia de que a primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres; a segunda, à representação dos interesses difusos em juízo; e a terceira, à instituição de técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

A inafastabilidade do Poder Judiciário aparece na primeira onda através da Lei nº 1.060/50, que trata da concessão de assistência judiciária aos necessitados – uma lei que prima pelo princípio da isonomia (art.5º, *caput*, CF/88), uma vez que permite o acesso a todos ao Judiciário.

Nesse ponto, é importante lembrar que parte dos dispositivos desta lei foram revogados pela Lei nº 13.105/15 (CPC), passando este diploma a reger a gratuidade da justiça nos arts.98 e seguintes, do CPC.

Em especial, o art.98, §1º, CPC, aplicável ao processo trabalhista (art.769, CLT e art.15, CPC), elenca, em diversos incisos, os atos que estão sob o guarda-chuva da gratuidade da justiça. Entre eles, podemos citar: custas judiciais, despesas com publicação na imprensa oficial, indenização devida à testemunha, honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira.

O artigo 1º do CPC, além de toda a racionalidade que o orienta, consagra e reafirma uma premissa meta-processual, que deve orientar o intérprete. Proclama o dispositivo:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Embora a sofrível redação da norma diga – sem querer dizer – que a constituição deve ser aplicada de acordo com as disposições contidas no CPC, todos os que conhecem processo, sabem que a intenção foi diversa, ou seja, pretendeu o legislador reafirmar – para que não mais se discuta – a submissão das regras de direito processual às normas consagradas na Constituição Federal de 1988.

Ora, se o processo liberal³ tutela o beneficiário da justiça gratuita, isentando-o do pagamento de custas, é injustificável que, litigando em cortes com jurisdição trabalhista, venha a ser condenado, vez que o processo do trabalho, instrumento a serviço do direito material do trabalho⁴, é um direito moldado para equilibrar a relação desigual entre o capital e o trabalho.

O legislador parece se esquecer de princípios básicos do processo como o da unidade da jurisdição⁵, de modo que não pode haver uma pessoa pobre para o processo civil e ao mesmo tempo abastada para o processo do trabalho, ou é hipossuficiente em ambas as competências ou não será em nenhuma delas.

Nessa rota, lembro, consoante ensinamentos de Mauro Schiavi (2018, p.123), que o Direito processual do trabalho tem a função de dirimir com justiça o conflito trabalhista, impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista e social e assegurar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho.

³ Se o processo civil instrumentaliza um direito de clara feição liberal, é naturalmente impregnado de liberalidade e, por isso, o chamamos de “processo liberal”.

⁴ Sobre a gênese do processo do trabalho, Souto Maior ensina que “o processo é instrumento de efetivação do direito material e se o direito material ao qual o processo civil está voltado é o direito civil, com uma lógica liberal, é óbvio que o processo civil reflete esse sentimento. Estudar o processo do trabalho a partir dessa raiz é desconsiderar a própria razão de afastar o direito do trabalho do direito civil, negando vida concreta aos direitos trabalhistas.”

⁵ Em nosso sistema, todas as instâncias jurisdicionais confluem nas competências do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da constituição.

Assim, considerando o papel do direito processual do trabalho, o art.844, §§2º e 3º, da CLT, ataca sua própria função, que é de concretizar direitos fundamentais no contexto de um a relação materialmente desigual.

Além disso, há que se levar em consideração que o chamado “arquivamento” nada mais é do que uma forma de extinção do processo sem resolução do mérito, não havendo previsão de condenação em custas de beneficiário da justiça nessa hipótese, nos termos do art.485, IV, CPC, aplicável ao processo trabalhista em razão dos arts.769, CLT e 15, CPC.

A previsão que se tem de condenação é no caso do art.98, §4º, CPC, que dispõe: “a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas” – o que não é o caso da hipótese de arquivamento.

Dessa forma, interpretando sistematicamente o direito, as normas constantes do art.844, §§2º e 3º, da CLT rompem com a ideia do direito como um sistema, pois quebram a coerência e unidade que deve haver entre as normas.

Principalmente em se tratando de normas do processo do trabalho e processo civil, uma vez que este é aplicado subsidiária ou supletivamente (art.769, CLT e art.15, CPC) àquele, sendo essencial que haja uma harmonia e coerência entre os diplomas.

Nesse ponto, lembro das lições de Francisco Antonio de Oliveira (2008, p.41), que explica:

O processo na qualidade de instrumento de composição de lide é único quer em sede civil, quer em sede penal ou trabalhista. Essa unidade, todavia, não impediu que surgissem ramos processuais destinados a dar guarida a certos ramos do direito, levando em consideração a suas peculiaridade e realidades próprias. O fato de existir mutações substanciais como é o caso do processo penal e do processo civil e deste com o processo do trabalho, não significa que

a unidade seja comprometida. Existem valores básicos, como o poder de decisão e de coação do Estado no cumprimento das decisões que são os mesmos em todo e qualquer ramos do direito processual o núcleo é comum. Apenas por razões de ordem prática a divisão viabiliza-se de valoração das peculiaridades de cada ramos, melhor servindo ao jurisdicionado. Tem-se, pois, que a concepção de processo unificado é resultado da verificação de que a jurisdição é poder do Estado, não havendo qualquer diversificação da jurisdição em função de ramos processuais.

Ainda, conforme lições de Norberto Bobbio (1995), não podemos esquecer que o ordenamento jurídico é um conjunto unitário, sistemático, harmonioso e completo, devendo uma norma se relacionar com o todo de forma coerente.

No mesmo passo, Miguel Reale (2002, p.291) registra que “(...) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada.” Até porque, segundo Claus Wilhelm (2002), em Direito, a ideia de sistema é a base de qualquer discurso científico.

3 O tema no STF: uma abordagem sobre a ADI 5766

A igualdade, dentro da classificação dos direitos fundamentais, estipulada por Karel Vasak, é um direito fundamental de segunda dimensão, estando a ele intimamente relacionado o direito ao acesso à justiça gratuita, que tem o papel de proporcionar a todos o acesso ao judiciário – nesse sentido, friso que o art.14, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/92), estabelece que “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça”.

É bom registrar, outrossim, que o art.8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Se utilizando desses fundamentos e considerando a violação do art. 5º, LXXIV e XXXV, CF/88, o Procurador-Geral da República, à época, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ajuizou, em 25/08/2017, uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5766), questionando, entre outros artigos, a inconstitucionalidade do art.844, §2º, CLT, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos. Na inicial, ele deixou expresso que:

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso a justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

A referida ação, ainda em trâmite, tem por relator o Ministro Roberto Barroso, que votou pela procedência parcial dos pedidos constantes na ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento. (STF, ADI 5766-DF, Relator Ministro Roberto Barroso, Data de Protocolo: 25/08/2017, Voto do relator: 10/05/2018).

Em que pese o respeitável voto, destaca-se que a responsabilidade das partes por dano processual está estabelecida nos arts.79 a 80, do CPC, bem como nos arts.793-A a 793-D, da CLT, não se enquadrando a hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito (arquivamento) em qualquer dos casos – sendo, assim, incabível a utilização do argumento de desincentivo a litigância abusiva, para sustentar a constitucionalidade do art.844, §§2º e 3º, da CLT, quando ele frustra a concretização do princípio do acesso à justiça.

A rigor, embora não seja detentor da última palavra em matéria constitucional, o TST tem se posicionado no sentido de que nem mesmo quando violados os deveres éticos das partes, vindo estas incorrer em algum ato que caracterize uma litigância de má-fé, estaria autorizada a cassação do benefício da gratuidade judicial, e seus consectários:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA EM VIRTUDE DA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INVIABILIDADE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NO FEITO ORIGINÁRIO. CABIMENTO DO MANDAMUS. 1. Mandado de segurança impetrado contra acórdão lavrado pelo TRT da 21ª Região, que, na reclamação trabalhista originária, negou provimento ao agravo de instrumento em recurso ordinário da Impetrante (reclamante), por deserção. A Corte Regional, na ação subjacente, entendeu que o reconhecimento da litigância de má-fé constitui óbice à concessão do benefício da gratuidade de justiça. 2. O ato coator – acórdão em que o Regional negou provimento ao agravo de instrumento em recurso ordinário interposto na ação originária -, é irrecurável, ante a impossibilidade de interposição de recurso de revista contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento em recurso ordinário, conforme diretriz da Súmula 218 do TST. 3. Nas hipóteses em que a decisão judicial censurada assumir colorido absurdo ou teratológico, há de se reconhecer cabível o mandamus, na linha já consagrada no âmbito desta Corte, pois o valor Justiça deve prevalecer sobre a forma ditada pelas regras infraconstitucionais que concretizam o postulado do devido

processo legal. 4. No caso, o indeferimento da gratuidade de justiça, por incompatibilidade com a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, denota a excentricidade do ato apontado como coator, em sentido oposto à jurisprudência em torno do assunto, assumindo contornos teratológicos. Afinal, o reconhecimento da litigância de má-fé não induz o indeferimento do benefício da justiça gratuita, haja vista a existência de normatização específica e distinta para cada um dos institutos, os quais não se comunicam. 5. Vale ressaltar que, à época dos fatos e da prolação do ato tido como coator, o benefício da justiça gratuita era regulado pela lei 5.584/1970, ao passo que litigância de má-fé, regida pelas disposições do CPC de 2015. 6. Portanto, o indeferimento da justiça gratuita pelo Órgão julgante, ao fundamento de que o benefício não guarda compatibilidade com o reconhecimento da litigância de má-fé, parece afrontar os postulados constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica integral. (CF, artigo 5º, XXXV, LV e LXXIV) tornando viável, excepcionalmente, a utilização do mandado de segurança. Recurso ordinário conhecido e provido. (TST-RO-177- 61.2017.5.21.000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, julgado em 18.06.2019).

Nessa perspectiva, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao votar pela procedência do pedido do Procurador-Geral da República, destacou com maestria que o direito fundamental à gratuidade da Justiça não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional e afetação dos direitos sociais trabalhistas, eventualmente, desrespeitados nas relações contratuais respectivas.

O julgamento da ação foi suspenso, em 10/05/1983, pelo pedido de vista do ministro Luiz Fux, estando atualmente o processo concluso ao Relator, desde o dia 07/03/2019.

Espera-se, todavia, que prevaleça o voto do Ministro Luiz Edson Fachin e que a Corte Suprema reconheça a violação ao princípio do

acesso a justiça, julgando procedente os pedidos feitos na petição inicial pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Considerações finais

Todas as alterações trazidas pela lei 13.467/2017 evidenciam – ainda que não se confesse – dois escopos: 1) na parte, atinente ao direito material, pretende transformar as relações de emprego em relações civis, fazendo a roda da história girar 200 anos atrás; 2) no que tange às inovações de natureza processual, impedir o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário. E se esse desiderato não for alcançado, que no mínimo, dificulte-se o acesso do trabalhador à Justiça – algo não condizente com a redação constitucional estampada no art. 5º, XXXV.

Portanto, torna-se impossível aplicar um dispositivo que visa sabotar ditame constitucional, negando-lhe vigência.

Não restam dúvidas, as “inovações” trazidas pela lei 13.467/2017, especialmente a ora tratada, se não interpretadas de modo a torná-las compatíveis com a Constituição vigente, consagrar-se-ão em atentado à cidadania e a efetivação de direitos fundamentais.

Por tudo o que exposto, debatido e argumentado, roga-se que não se negue vigência a um direito social para simplesmente reduzir número de ações trabalhistas, em detrimento da cidadania do trabalhador e, destarte, boicote a direitos fundamentais.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Traduzido por Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método. 2017.

CRUZ, Luiz Dilermando de Castello. **Teoria e prática da interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. -São Paulo: Atlas, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Tratado de direito processual do trabalho**. Vol.I. São Paulo: 2008, p.41.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.291.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito processual do trabalho**. 15.ed. São Paulo: LTr, 2018, p.123.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015.

Lei n. 13.467/17 e a flexibilização do limite de jornada de trabalho

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas Ferreira ¹

1. Introdução

A limitação da jornada de trabalho diária do empregado consiste em um fator de saúde e segurança no trabalho pois o excesso de jornada, além de comprometer a saúde física do empregado em razão do desgaste excessivo, eleva o índice de acidentes de trabalho. Neste sentido Chehab destaca que o aumento da jornada de trabalho diário por um período constante no tempo eleva a chance de ocorrência do *karoshi*, que consiste na morte súbita por excesso de trabalho, daí o porquê da necessidade de se limitar o quantitativo de horas diárias que o sujeito destinada ao trabalho, garantindo-se o direito à desconexão e ao descanso físico e mental do trabalhador.

Franco Filho (2018, p. 374) destaca que até o início do século XIX, período no qual a duração da jornada era ajustada diretamente entre empregado e empregador, as jornadas de trabalho eram extenuantes, tendo duração entre 14 e 16 horas diárias. Essa realidade só passou a ser alterada a partir da Encíclica *Rerum Novarum*², que destacou a

¹ Professora do Centro Universitário Metropolitano da Amazônia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Mestra e Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

² Neste sentido, o item n. 25 da Carta Encíclica *Rerum Novarum* dispunha que: “[...] A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração

necessidade de limitar o quantitativo de horas de trabalho diário a partir da força do trabalho empreendida pelo trabalhador, e da Revolução Industrial. No Brasil, o limite diário de oito horas foi fixado pela primeira vez com a Constituição Federal de 1934, sendo tal patamar reafirmado em todas as Constituições posteriores.

Acerca do tema Cassar (2018, p. 608) salienta que a jornada de trabalho deve ser limitada em razão de três aspectos fundamentais. O primeiro deles é de cunho biológico, pois o excesso de trabalho importa em fadiga, estresse e cansaço do trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. O segundo fundamento destacado pela autora é de cunho social, sendo que neste sentido, quanto mais horas o empregado permanece trabalhando, menos tempo ele dispõe para estar com sua família e amigos, de modo que a sobrecarga de trabalho acaba por lhe promover uma exclusão social. Por fim, o terceiro fundamento justificador da limitação da jornada é de cunho econômico, já que o trabalhador cansado tem menor produtividade.

Assim, considerando o contexto acima delineado, antes da vigência da reforma trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) interpretava de forma restritiva todas as normas que importavam em flexibilização da jornada de trabalho para fins de alargamento do limite diário, negando validade às tentativas dos empregadores de ocupar o tempo diário dos empregados de forma excessiva.

Neste sentido cabe destacar a Súmula 444, TST³, que reconhece a validade à fixação de jornada 12x36 como via de exceção, desde que

mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto insuportável ou somente se vence com dificuldade”.

³ Súmula 444, TST: É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas (Res. 185/2012, TST, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).

pactuada por meio de negociação coletiva, e, ainda, o entendimento da Súmula 118, TST⁴ que negava à empresa a possibilidade de criar novos intervalos intrajornadas que não estavam previstos em lei como forma de impor novas suspensões na contagem do tempo diário de trabalho.

Não obstante tal cenário de conquistas para a garantia da limitação do tempo de trabalho diária, diante das alterações realizadas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a limitação da jornada diária em oito horas foi objeto flexibilização, e, conforme será evidenciado neste trabalho, pode, inclusive, ser objeto, de negociação estabelecida diretamente com o trabalhador.

Assim, a pesquisa foi realizada com o objetivo de analisar a constitucionalidade de tais alterações flexibilizatórias do limite de jornada de trabalho, verificando, ainda, a possibilidade jurídica face à vedação do efeito *cliquet* em matéria de direitos sociais.

Estruturalmente, o trabalho encontra-se dividido em três seções, sendo a primeira destinada a analisar as mudanças promovidas pela Lei nº 13.467/17 em relação aos períodos que integram a jornada de trabalho diária. Na segunda seção serão expostas as alterações promovidas em relação à jornada de trabalho 12x36 bem como em relação aos empregados em regime de teletrabalho. Na terceira seção será analisada a constitucionalidade de tais medidas, bem como se elas importam ou não em violação ao princípio do não retrocesso em matéria de direitos sociais.

A metodologia utilizada foi qualitativa-exploratória, na medida em que almeja analisar a constitucionalidade e a convencionalidade das alterações promovidas pela reforma trabalhista na jornada de trabalho diária do empregado, verificando, ainda, os impactos gerados na saúde do

⁴ Súmula 118, TST: Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada (Res. 121/2003, TST, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

trabalhador. A pesquisa realizada foi bibliográfica e documental, realizada a partir do levantamento de informações. O método empreendido foi o dedutivo, já que se explica o conteúdo das premissas e a partir delas se constrói uma cadeia de raciocínio.

Os resultados do trabalho possibilitam verificar que as alterações promovidas pela reforma trabalhista importam em violação das garantias constitucionais dos empregados, bem como em transgressão do princípio do não retrocesso, com notável prejuízo à saúde dos empregados.

2 Alterações promovidas pela reforma trabalhista na duração da jornada de trabalho

A presente seção tem como objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17 em relação à duração de jornada de trabalho dos empregados, verificando-se, neste aspecto, os períodos que deixaram de ser contabilizados na jornada diária.

O estudo realizado adotou como base o direito fundamental assegurado aos empregados pelo art. 7º, inciso XII da Constituição Federal de ter 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.

Acerca do tema Martins (2018, p. 458) salienta que a jornada de trabalho corresponde ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa. Neste sentido, o artigo 4º da CLT⁵ estabelece que será considerado como tempo de serviço efetivo o período no qual o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, ressalvadas as disposições expressamente consignadas.

⁵ Art. 4º, CLT: 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.

As mudanças promovidas pela reforma trabalhista, apesar de manterem grande parte da disposição normativa já existente, fixaram o elastecimento do tempo dedicado à empresa, pois, conforme será evidenciado na presente seção, retiraram do conceito de ‘tempo a disposição do empregador’ várias situações que anteriormente integravam o cômputo da jornada diária, ampliando, com isto, o período no qual o empregado permanece com sua autonomia limitada pelo empregador, sem contudo, ser remunerado por isto.

Tal situação se dá porque nem todo o período entre o início e o término da jornada diária de trabalho é computado para fins de duração da jornada, há exemplo dos intervalos intrajornadas destinados à repouso e alimentação do empregado previstos no art. 71 da CLT⁶.

Neste aspecto a reforma trabalhista estabeleceu que a jornada de trabalho só será iniciada a partir do momento em que o trabalhador passar a ocupar o seu efetivo posto de trabalho, desconsiderando-se, assim, o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho⁷.

A referida alteração promoveu duas mudanças significativas. A primeira modificação se deu em relação ao cômputo das horas *in itinere* que, antes da reforma trabalhista, eram integralizadas à jornada de trabalho nos casos em que a empresa se encontrava situada em local de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecia o transporte.

⁶ Art. 71, CLT: Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

§ 2º Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

⁷ Art. 58, § 2º, CLT: O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

A segunda mudança se deu em relação ao entendimento consignado na Súmula 429 do TST⁸, que determinada a integração do período despendido no trânsito interno do trabalhador nas dependências da empresa quando o tempo de descolamento do empregado entre a portaria e o posto de trabalho superava dez minutos diários.

Com relação às horas *in itinere*, considerava-se antes da vigência da Lei n. 13.467/17, que elas seriam devidas aos empregados que reunissem, cumulativamente, dois requisitos: laborassem em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, e a empresa fornecesse o transporte.

Cassar (2018, p. 616) conceitua que o local de difícil acesso consistia naquele de posição geográfica atípica, sendo que a ausência de transporte público era evidenciada nos casos em que a empresa estava localizada em local não contemplado pelas rotas de transportes públicos urbanos, não se incluindo neste conceito a insuficiência de transporte público (conforme item III da Súmula 90, TST). Assim, para ter direito à integralização das horas *in itinere* à jornada de trabalho, o empregado deveria demonstrar uma das situações anteriormente descritas, e, além disso, deveria ser evidenciado no caso que o empregador fornecia o transporte para levar os trabalhadores até o local de trabalho.

Atualmente, com as mudanças promovidas pela reforma, como a jornada somente será iniciada quando o empregado ocupar o seu posto de trabalho, não há mais possibilidade de se requerer a integralização das horas *in itinere* à jornada de trabalho, sendo que, caso a empresa esteja situada em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, a partir de uma interpretação literal da legislação, caberá ao trabalhador suportar este tempo de deslocamento, sem ser remunerado por isto.

⁸ Súmula 429, TST: Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários (Res. 174/2011, TST, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011).

Assim Delgado e Delgado (2017, p. 112) se posicionam no sentido de ser necessário atribuir à nova previsão legal interpretação teleológica e sistemática, para que se considere que a jornada de trabalho é iniciada a partir dos momentos em que o trabalhador se coloca sob a plenitude do poder empregatícios, e, portanto, no momento em que ele ingressa nos muros do ambiente empresarial, terminando a jornada no exato momento em que ele deixa tal ambiente, já que durante todo este tempo ele está sob o comando do poder diretivo.

Ademais, em relação aos empregados que já estavam contratados antes da vigência da reforma trabalhista, Jorge Neto (2019, p. 200), destaca a necessidade de observância do princípio da condição mais benéfica, segundo o qual uma condição de trabalho inserida no universo da contratação não pode ser substituída por outra menos vantajosa, na mesma relação de emprego (art. 468, CLT). Dessa forma, apesar da alteração promovida no art. 58, § 2º da CLT, tem se defendido que os empregados que foram contratados antes de 11/11/2017 (data da vigência da reforma trabalhista) mantêm o direito à percepção das horas *in itinere*, desde que demonstrado no caso os requisitos anteriormente exigidos para a integralização destas horas.

Neste sentido releva-se a proposta de alteração realizada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST, que propôs a inclusão do item IV à Súmula 90, TST, fixando que não tem direito a horas *in itinere* o empregado cujo contrato de trabalho haja sido celebrado a partir de 11 de novembro de 2017, mantendo-se o direito àqueles que foram contratados anteriormente, por terem adquirido o direito (art. 6, LINDB).

Cabe destacar aqui que os trabalhadores das minas não foram atingidos pela alteração normativa em razão de a CLT conter norma específica em relação a eles que não foi alterada pela reforma trabalhista.

Assim, por forma de previsão normativa expressa constante no art. 294 da CLT⁹ ainda é considerado para fins da jornada de trabalho o tempo despendido pelo empregado da boca da mina até o local de trabalho e vice e versa.

Ainda com relação a duração da jornada de trabalho diária, a reforma trabalhista promoveu a inclusão do § 2º no art. 4 da CLT, com um rol de situações que não são consideradas como tempo à disposição do empregador, sendo elas: 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. Além destas, também são desconsiderados os períodos nos quais o empregado permanecer nas dependências da empresa para buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas.

Nos termos do § 2º do referido dispositivo legal os períodos acima não são considerados como tempo à disposição do empregador, ainda que ultrapasse o limite diário de cinco minutos quando o empregado, por escolha própria, optar por realizá-las. Neste sentido Cassar (2018, p. 614) destaca que o faz com que o período seja ou não considerado para fins de jornada de trabalho é a obrigatoriedade ou não de o trabalhador realizar a atividade, de modo que, sempre que obrigatória, integrará a jornada de trabalho.

Assim, seguindo o entendimento da doutrinadora, o que deve ser avaliado para fins de considerar ou não o período para fins da duração do trabalho não é se o trabalhador se beneficiou ou não pessoalmente da atividade, mas sim se ele foi ou não obrigado a fazê-la, de modo que

⁹ Art. 294, CLT: O tempo despendido pelo empregado da boca da mina ao local do trabalho e vice-versa será computado para o efeito de pagamento do salário.

sempre que constatada a imposição por parte do empregador, o período deverá ser contabilizado na jornada de trabalho.

Note-se que, por força do princípio da primazia da realidade, se verificado que a atividade era posta pela empresa como facultativa, mas observar-se na prática que os trabalhadores que não a realizavam eram punidos ou tinham seus contratos rescindidos, o empregado poderá requerer judicialmente a integralização destes períodos à sua jornada de trabalho, com o conseqüente pagamento das horas extras decorrentes.

Dessa forma, conforme fora salientado ao longo desta seção, a reforma trabalhista trouxe inovações em relação ao que é considerado como tempo a disposição do empregador, promovendo restrições à períodos que anteriormente eram integralizados à jornada de trabalho, o que importou em maior ocupação do tempo diário do empregado por parte da empresa, que ficou desobrigada de realizar o pagamento da remuneração pelo período correspondente.

3 Jornada 12x36 e jornada dos trabalhadores em regime de teletrabalho

A jornada 12x36 consiste em um modelo de jornada de trabalho no qual o trabalhador passa 12 horas trabalhando, sendo elas seguidas de 36 horas consecutivas de descanso. Assim, apesar de o limite diário de trabalho ser de oito horas, e a possibilidade de horas extras diárias limitar-se a duas horas ao dia, como o art. 7, XII da CF/88 prevê a possibilidade de compensação de jornadas, a modalidade 12x36 é legalmente admitida porque o conjunto das horas trabalhadas no mês pelo empregado é inferior ao limite de 220 horas.

Diante da evidente maior nocividade à saúde do trabalhador, já que fica submetido ao trabalho diário de doze horas, antes da vigência da Lei n. 13.467/17 a implementação da jornada 12x36 só era admitida como válida de forma excepcional, quando se encontrava prevista em lei ou pactuada

por meio de negociação coletiva. Neste sentido, veja-se como se dava o entendimento consolidado na Súmula 444 do TST:

Súmula 444, TST: É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas (Res. 185/2012, TST. DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012).

Assim, de acordo com o entendimento prevalente no âmbito do TST, os repousos semanais remunerados incluíam-se no descanso de 36 horas, contudo, o trabalhador tinha direito a remuneração em dobro quando o seu labor se desse em feriado.

Com as mudanças implementadas pela reforma trabalhista no art. 59-A da CLT, passou-se a admitir a instituição da jornada 12x36 por meio de acordo individual pactuado entre empregado e empregador, sendo que a remuneração passou a abranger, além do repouso semanal, os feriados. Por fim, as inovações ainda permitiram ao empregador o direito de optar pela concessão ou pela indenização do intervalo intrajornada.

Ao admitir a possibilidade de pactuação da jornada 12x36 por meio de acordo individual pactuado entre empregado e empregador a Lei n. 13.467/17 admitiu a possibilidade de os empregadores alargarem a utilização dessa modalidade de compensação que só era admitida para casos excepcionais em razão dos maiores prejuízos advindos à saúde e à segurança do trabalho em razão decorrente de jornadas elevadas.

Neste sentido Maranhão (2017, p. 184-186) adverte que, qualquer tentativa de implantação generalizada desse regime, para toda e qualquer categoria, à revelia das condições específicas laborais vivenciadas, poderá

ser objetivo de questionamento jurídico tendo em vista que a temática envolve direitos fundamentais necessários à manutenção das aptidões físicas e mentais do trabalhador, consignadas no art. 5, item b da Convenção nº 155 da OIT. Assim como no art. 7º, XXII da CF/88, razão pela qual a previsão normativa não suporta o crivo constitucional e convencional.

A retirada do pagamento em dobro pelo trabalho realizado pelo empregado submetido a jornada 12x36 também evidencia uma manifesta perda de direitos ao trabalhador colocando o empregador em confortável situação, já que neste caso o custo operacional é reduzido em prejuízo dos direitos do empregado, que trabalhará ao domingos e feriados sem que isto gere qualquer encargo financeiro à empresa.

Dentre as modificações promovidas na jornada 12x36 a que gera maior violação dos direitos fundamentais é a transferência ao empregador da possibilidade de optar pela concessão ou indenização do intervalo intrajornada. Acerca do tema Cassar (2018, p. 621) salienta que as normas de medicina e segurança do trabalho têm como objetivo diminuir os impactos dos excessos decorrentes do labor no organismo do empregador, razão pela qual elas não devem ser modificadas nem para mais nem para menos por vontade das partes.

Assim, ao transferir para o empregador tal possibilidade de escolha, a saúde do empregado é nitidamente monetizada, já que caberá ao empregador, a partir daquilo que lhe é mais conveniente, optar por conceder a pausa ou indenizar o trabalhador. Nesta linha de entendimento, Maranhão (2017, p. 188) adverte que o referido dispositivo legal deve ser interpretado a partir das premissas constitucionalmente fixadas, de modo que só terá validade jurídica a opção do empregador pela indenização quando evidenciado que a medida se dá em caráter excepcional e inteiramente justificado à vista da realidade específica daquela categoria.

Outra categoria de empregados severamente atingida pelas mudanças implementadas pela reforma trabalhista foram os trabalhadores em regime de teletrabalho, que foram excluídos do capítulo da limitação da jornada de trabalho, por expressa previsão constante no art. 62, III, CLT.

Franco Filho (2018, p.180) destaca que o teletrabalho é caracterizado a partir de uma relação triangular formada pelo empregado, pela empresa e pelas novas tecnológicas, sendo que nesta forma de relação há uma revisão do tradicional conceito de subordinação, que passa a ser mais flexível, sem hábitos cotidianos, sem turnos e sem local permanente.

Hipoteticamente, o trabalho no regime de teletrabalho confere ao trabalhador maior autonomia, com possibilidade de estabelecer e controlar o seu próprio ritmo de trabalho. Não obstante, essa não é a realidade de todos os empregados que laboram nestas condições, vez que alguns deles tem que permanecer logados aos sistemas eletrônicos da empresa por períodos de tempo previamente determinados.

Assim, antes da reforma trabalhista, o entendimento predominante no âmbito do TST era no sentido de inexistir qualquer diferença entre o trabalho realizado nas dependências do empregador daquele realizado na modalidade de teletrabalho, sendo devido o controle da jornada do empregado, ressalvado apenas os casos de absoluta impossibilidade de se exercer tal controle (conforme RR 12179720115090008. DJE 17/04/2015).

Dessa forma a modificação implementada pela reforma trabalhista no art. 62, III da CLT retirou de todos os empregados que estiverem em regime de teletrabalho, pelo simples fato de o trabalho estar sendo realizado a distância, o direito de ter assegurado a limitação da jornada diária de trabalho, inviabilizando o pagamento das horas extras já que estes trabalhadores não terão sua jornada controlada pelo empregador.

Pode-se concluir, portanto, que os empregados em regime de trabalho 12x36, bem como os que laboram em regime de trabalho

sofreram perdas jurídicas em relação aos seus direitos, na medida em que os primeiros perderam a remuneração em dobro pelo trabalho no feriado, bem como o direito ao gozo do intervalo intrajornada, enquanto que os empregados em regime de teletrabalho deixaram de ter todas as proteções decorrentes da limitação da jornada de trabalho.

4 Constitucionalidade das alterações promovidas pela lei n. 13.476/17 e efeito cliquet

A presente seção foi realizada com o objetivo de verificar a compatibilidade das flexibilizações implementadas pela reforma trabalhista nas regras de jornada de trabalho com os parâmetros constitucionalmente fixados. Após a análise constitucional se observará se as mudanças realizadas importam em violação ao não retrocesso em matéria de direitos sociais.

Preliminarmente cabe destacar que, como a Constituição Federal representa o pilar de todos os ramos direito brasileiro, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais se submetem a ela, de modo que nenhuma lei infraconstitucional poderá se sobrepor aos preceitos constitucionalmente fixados. Com base nessa premissa as normas infraconstitucionais que violarem a Constituição Federal poderão ter sua eficácia retirada a partir da declaração de inconstitucionalidade, que pode ser feita de forma principal através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou incidental, dentro das ações individuais propostas junto ao Poder Judiciário.

Dentre as alterações tratadas no presente artigo, somente a possibilidade de implementação do regime 12x36 por meio de acordo individual escrito é objeto de Ação Direta de Constitucionalidade (ADI 5994), sendo que neste caso, o STF adotou o rito abreviado previsto na Lei das ADIs (Lei nº 9.868/99), que permite que a ação seja julgada diretamente no mérito pelo Plenário, sem prévia análise do pedido de

liminar. Não obstante, até a presente data ainda não houve julgamento da demanda.

Apesar da ausência de questionamento formal perante o STF, conforme se passará a expor, as alterações promovidas pela reforma trabalhista em relação à duração da jornada de trabalho violam direitos constitucionalmente assegurados, além de importarem em retrocesso social, em contrário ao que preleciona o efeito *cliquet*, sendo necessário que tal questionamento seja realizado por parte dos advogados nas Reclamações Trabalhistas, para evitar a perda de direito pelos trabalhadores.

Neste sentido a Constituição Federal fixou como um direito básico do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, CF/88), bem como a limitação da jornada diária em oito horas (art. 7, XIII, CF/88), sendo que ambas as normas tem como finalidade promover o resguardo da saúde física e mental do trabalhador, garantindo a ele o direito de descansar e poder realizadas outras atividades fora do ambiente laborativo.

Assim, ainda que a previsão infraconstitucional mantenha o critério formal das oito horas diárias, tendo em vista que as alterações flexibilizam os períodos que são considerados para fins de cômputo da jornada, há prejuízo do direito à saúde do trabalho, já que o seu tempo diário acaba sendo mais ocupado pelo empregador, e, com isso, aumenta-se o desgaste físico do empregado. Dessa forma, é possível que o advogado pleiteie a declaração incidental de inconstitucionalidade das normas em sede de reclamação trabalhista, com o objetivo de tutelar o direito individual do empregado.

No mesmo sentido Delgado e Delgado (2017, p. 120) salientam que a desregulamentação/flexibilização das regras jurídicas concernentes à duração do trabalho promovem uma inequívoca diminuição do ponto de

vista econômico da retribuição pecuniária pelo contrato de trabalho que deveria ser transferida ao empregado, diminuindo o valor do trabalho humano. Tal argumento pode ser utilizado como forma de demonstrar que a retirada de períodos nos quais o empregado está com a sua autonomia limitada por estar cumprindo ordens do empregador consiste em tempo à disposição do empregador, devendo, portanto, ser remunerado, para que não haja enriquecimento sem causa por aquele.

Além de violar a Constituição Federal, as modificações referidas no presente estudo também importam em retrocesso em matéria de direitos humanos. Neste sentido, Paulo Bonavides (2006, p. 565) salienta que não se permite haja redução ou retrocesso em matéria de direitos dos trabalhadores reconhecidos na Constituição Federal pois o rol do artigo 7º da CF/88 é mínimo, sendo possível apenas o avanço em matéria laboral. Com base nestas premissas surge o princípio do não retrocesso em matéria de direitos sociais, consignado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC).

O PIDESC é expreso não em garantir o direito a remuneração condizente com a atividade realizada pelo obreiro (art. 7, 1, a, I), como também o direito a segurança e higiene do trabalho, ao descanso, ao lazer, a limitação de jornada e a remuneração pelos repousos semanais (art. 7, 1, b), evidenciando com isto a tutela do trabalho decente¹⁰, garantido a partir

¹⁰ Artigo 6º

1. Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.
2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Artigo 7º

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:
 - a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

da garantia do meio ambiente do trabalho equilibrado, para o qual a limitação da jornada diária é imprescindível.

O efeito *cliquet* dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar nas proteções dos indivíduos. No Brasil esse efeito é conhecido como princípio da vedação do retrocesso. Em outras palavras, os direitos humanos só podem avançar. Esse princípio, de acordo com Canotilho (2002), significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

Essa progressividade representa um padrão em matéria de DESC, seguido não só pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas também pela Organização das Nações Unidas (OEA). Conforme destaca Pautassi (2010), é absolutamente vedado ao Estado a sanção de normas jurídicas ou a adoção de políticas, programas ou ações de governo que piorem a situação dos direitos sociais, cabendo ao Poder Judiciário invalidar todas as situações eventualmente regressivas em suas sentenças.

Dessa forma, considerando que a tutela da progressividade deve ser observada por cada um dos três poderes que constituem o Estado Democrático Brasileiro, diante da aprovação da Lei nº 13.467/17 pelo Poder Legislativo, e ante a omissão por parte do Poder Executivo que deixou de vetar tais mudanças, caberá ao Poder Judiciário negar vigência às referidas normas e reconhecer a inconstitucionalidade e sua desconformidade com

i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) A segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, com fundamento no princípio *pro homine*¹¹.

Considerações finais

O presente estudo permitiu concluir que as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 em relação à jornada de trabalho dos empregados geraram manifesto prejuízo à saúde do trabalhador, violando direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, bem como pelas Convenções Internacionais do Trabalho das quais o Brasil é signatário, e a exemplo da Convenção n. 155, OIT.

Tais prejuízos se deram, conforme demonstrado ao longo do trabalho, apesar de a Lei n. 13.467/17 não ter alterado expressamente o limite de oito horas diárias de trabalho, desconsiderou vários períodos que anteriormente integram o cômputo da jornada, de modo que a partir da vigência da referida norma o trabalhador tem o tempo ocupado pelo empregador mas não recebem a contraprestação correspondente.

De igual forma, revela-se como injustificável a retirada do limite de jornada diária do empregado em teletrabalho pelo simples fato dele laborar fora das dependências da empresa, pois trata-se aqui de um direito fundamental assegurado a todos os empregados urbanos e rurais pelo art. 7, XIII, da CF/88.

Assim, diante da violação de normas constitucionais e convencionais, surge para o Poder Judiciário o dever de negar vigência a tais normas, declarando a sua inconstitucionalidade e não convencionalidade, já que as alterações violam o princípio do não retrocesso em direitos sociais, gerando prejuízo aos direitos trabalhistas conquistados pelos empregados.

¹¹ O princípio "*pro homine*" representa uma norma de solução de confrontos entre normas que tutelam direitos humanos. Neste caso as normas devem ser interpretadas da forma que melhor favoreça a tutela da dignidade da pessoa humana, considerada como pilar dos Direitos Humanos. Dessa forma, diante do confronto de normas, prevalecerá a aplicação daquela que melhor garanta o exercício da dignidade.

Dessa forma, os advogados detêm importante função neste contexto, pois o magistrado só poderá decidir com base naquilo que foi pugnado pela parte, sendo imprescindível para a tutela de direitos individuais dos empregados que se requeira nas reclamações trabalhistas a declaração de inconstitucionalidade das normas referidas no presente trabalho.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
BRASIL. Constituição Federal de 1934. **DOU de 16.7.1934**.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. **DOU de 30.9.1994**.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **DOU de 7.7.1992**.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **DOU de 9.9.1942**.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU de 9.8.1943**.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Decreto-lei n. 4.657/42. **DOU de 9.9.1942**.

BRASIL. Lei n. 13.467/17. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU de 14.7.2017**.

BRASIL. Lei n. 9.868/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **D.O.U de 11.11.1999.**

BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI n. 5994. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5530775>. Acesso em 10.06.2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho de acordo com a reforma trabalhista e a MP 808/2017.** 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. Karoshi: a morte súbita pelo excesso de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 153-180, jul./set. 2013.

DELGADO, Mauricio Godíbo. **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.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2019.** São Paulo: LTr, 2017

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho.** São Paulo, Atlas, 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A pequena política do grande capital: “reformas” a qualquer custo. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT.** Belo Horizonte, ano 5, n. 5, janeiro/dezembro p. 77-83, 2017.

MARANHÃO, Ney. Reforma Trabalhista: jornada de 12 horas por 36 de descanso – impressões iniciais do art. 59-A da CLT. **Revista da Associação Brasileira de**

Advogados Trabalhistas – ABRAT. Belo Horizonte, ano 5, n. 5, janeiro/dezembro p. 181- 189, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, São Paulo: Atlas 2018.

PAUTASSI, Laura. *Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición*. In ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

TST. Resolução n. 185/2012, TST. **DEJT 27.09.2012**

TST. RR nº 12179720115090008. **DJE 17/04/2015**

TST. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 10.06.2019

VATICANO. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Do sumo pontífice Papa Leão XIII a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica sobre a condição dos operários. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

Possíveis aplicações da teoria do diálogo institucional no debate jurídico sobre o índice de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas

*Manuela Cristina Fernandes Leite*¹

1 Introdução

De forma muito breve, o presente artigo se propõe a realçar alguns pontos de tensão entre a democracia e o constitucionalismo, que têm sido objeto de atenta análise da doutrina de Direito Constitucional e das ciências políticas em geral.

No já histórico acirramento entre a dinâmica e pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas, a teoria da separação dos Poderes e a prática do *judicial review*, ou controle judicial de constitucionalidade – expressão que se passa a adotar ao longo do texto, para melhor entendimento da controvérsia, impõe-se um dever de ressignificação das próprias instituições democráticas e seus pontos de contato.

Nesse cenário, a teoria do diálogo institucional surge, ainda que com algumas diferenciações entre seus defensores, como uma alternativa válida e bastante razoável ao aprimoramento dos Poderes do Estado e da sua forma de atuação.

Assim, passa-se à análise de um caso concreto, que é bastante ilustrativo sobre a espécie das demandas que o Poder Judiciário, hoje, enfrenta: a controvérsia sobre o índice de correção monetária aplicável aos

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP/SP). Mestranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

créditos judiciais trabalhistas e a reedição da norma inconstitucional pelo Poder Legislativo.

2 A judicialização do debate sobre índices de correção monetária.

O debate acerca do índice de correção monetária aplicável aos créditos pecuniários em geral, em especial, aqueles que passam de algum modo pelas mãos do Estado, tomou a pauta do Poder Judiciário já há alguns anos.

Em análise paradigmática da matéria, o Supremo Tribunal Federal julgou, em março de 2013, as ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, convencionalmente chamadas de “ADIs dos Precatórios”. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial com redução do texto do artigo 100, § 12, da CRFB, bem como a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, que conferia nova redação ao artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997 (BRASIL, 2013). Em efeitos práticos, aquele Tribunal afastou a incidência dos critérios de atualização da caderneta de poupança sobre os créditos dos precatórios, por entender que os índices da caderneta não acompanham a inflação e que havia um descompasso entre as taxas de juros e índices de correção entre os débitos cobrados pela Fazenda Pública contra seus contribuintes e aqueles aplicados aos precatórios (quando a Fazenda Pública está na posição de devedora).

Posteriormente, a matéria ainda se desdobrou no tema 810 de Repercussão Geral (RE 870.947, de Sergipe), assim ementado: “validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009” (BRASIL, 2018a). O debate sobre o índice de correção aplicável permanece suspenso, por força da decisão proferida pelo relator, Ministro Luiz Fux, publicada

em setembro de 2018, até o julgamento definitivo dos embargos de declaração de modulação de efeitos por aquela Corte.

Já tangenciando a seara trabalhista, o Supremo Tribunal Federal também se pronunciou sobre a atualização dos créditos do FGTS. A questão, quando afeita ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário, não teve sua repercussão geral reconhecida (ARE 848.240, do Rio Grande do Norte, tema 787, de Repercussão Geral), pois aquela Corte entendeu tratar-se de matéria infraconstitucional, o que levaria à prevalência das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática (BRASIL, 2014).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao analisar o Tema Repetitivo 731 (REsp 1.614.874, de Santa Catarina), em maio de 2018, posicionou-se no sentido que “a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice” (BRASIL, 2018b).

Em setembro de 2018, no entanto, o Supremo Tribunal Federal voltou a tratar da matéria, mantendo decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que havia determinado à Caixa Econômica Federal (CEF) o pagamento de diferenças de correção monetária sobre saldos de contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em decorrência da aplicação de planos econômicos, julgamento do tema 360 de Repercussão Geral (RE 611.503, de São Paulo) (BRASIL, 2019a), que gerou bastante alvoroço na mídia em geral e a movimentação do judiciário em dezenas de milhares de ações que tramitam com o mesmo objeto.

Em derradeira decisão sobre o índice aplicável ao FGTS, o relator da ADI 5.090, Ministro Luís Roberto Barroso, determinou, em setembro de 2019, a suspensão de todos os processos em trâmite que versam sobre a temática, até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste

definitivamente sobre a inconstitucionalidade da TR como índice de correção do depósito fundiário (BRASIL, 2019b).

Nesse cenário já bastante aguerrido sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos índices de correção monetária aplicáveis a determinados créditos, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em agosto de 2015, pela inconstitucionalidade da TR enquanto índice de correção aplicável aos créditos trabalhistas judiciais, em julgamento à Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231 (BRASIL, 2015a).

Valendo-se da mesma argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das “ADIs dos Precatórios”, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a expressão “equivalentes à TRD” do artigo 39, da Lei nº 8.177/91, que previa a aplicação do referido índice aos débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei (BRASIL, 2015a).

A TR era utilizada como índice de correção na Tabela Única - tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho - atualizada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Com a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, a tabela deveria ser revisada para aplicação do IPCA-E como índice de correção a partir de 30/06/2009 (BRASIL, 2015a).

A decisão foi questionada no Supremo Tribunal Federal via reclamação e, em outubro de 2015, o Ministro Dias Toffoli, relator, deferiu liminar para suspender a alteração da Tabela Única para vinculação ao IPCA-E (Rcl 22.012, do Rio Grande do Sul) (BRASIL, 2015b).

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, remodulou os efeitos de sua decisão na Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231 e, em junho de 2017, para adequar-se à modulação de efeito das “ADIs dos Precatórios”, determinou que deveria ser aplicado o IPCA-E como índice de correção monetária aos créditos trabalhistas

apenas a partir de 25/03/2015. Curvando-se, ainda, à liminar do Ministro Dias Toffoli, suspendeu a alteração da Tabela Única (BRASIL, 2017a).

Em fevereiro de 2018, em decisão definitiva, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a Rcl 22.012, por entender que a reclamação não seria cabível naquela situação. Em acréscimo, aquela Turma sinalizou seu entendimento sobre o mérito da decisão do Tribunal Superior do Trabalho reclamada (BRASIL, 2018c):

Apesar da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o que foi efetivamente decidido na ação direta de inconstitucionalidade apontada como paradigma, o decisum ora impugnado está em consonância com a *ratio decidendi* da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte.

Nesse ínterim, entretanto, entrou em vigor a “reforma trabalhista”, Lei nº 13.467/17, que trouxe diversas alterações à CLT, dentre elas, a previsão expressa de aplicação da TR como índice de correção monetária dos créditos trabalhistas (BRASIL, 1943):

Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

[...] § 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 10 de março de 1991.

Para acrescer ainda mais controvérsia ao tema, em outubro de 2018, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão no RR 10260-88.2016.5.15.0146, determinou que o IPCA-E só incidirá como índice de correção monetária no interregno de 25/03/15 a 10/11/2017. Nos períodos anteriores e posteriores, permanece a TR como fator de correção

dos créditos trabalhistas judiciais, prestigiando, assim, a legislação em vigor (BRASIL, 2018d).

Ambos os processos do Tribunal Superior do Trabalho, tanto a arguição de inconstitucionalidade, quanto o recurso de revista acima mencionado, permanecem suspensos em razão da decisão do Ministro Luiz Fux no tema 810 de Repercussão Geral/ STF.

3 A teoria do diálogo institucional e sua introdução na doutrina e práxis brasileiras.

A explanação do tópico antecedente era necessária para demonstrar que o Poder Judiciário enfrenta grande controvérsia e, geralmente, desenrolares decenários, quando analisa qualquer temática de grande repercussão financeira às partes envolvidas, sejam elas o Estado ou o empresariado devedor de créditos trabalhistas reconhecidos em juízo.

Mas é especificamente da perspectiva trabalhista, em especial do imbróglio sobre o índice de correção monetária aplicável na Justiça do Trabalho, que este artigo se propõe a explicar sobre a teoria do diálogo institucional e suas pretensas aplicações.

Entretanto, será necessário traçar, antes, um rápido panorama de como a teoria do diálogo institucional vem sendo introduzida no cenário de debates doutrinários no Brasil e, conseqüentemente, na práxis jurídica.

Assim, é importante delinear, primeiro, que, hoje, em especial na doutrina de Direito Constitucional, há acirrado debate sobre a prática do *judicial review* e a salvaguarda das decisões democráticas tomadas no âmbito do Poder Legislativo.

Historicamente, o controle judicial de constitucionalidade nunca se consolidou como um instituto de validade unânime.

Desde sua pretensa criação e institucionalização no sistema constitucional estado-unidense, ainda que de forma embrionária, o controle judicial de constitucionalidade enfrentou ferrenhas críticas, mas

contou com defensores tanto quanto apaixonados, tal qual o próprio Hamilton (1961, p. 15), no Federalista n° 78:

Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do legislativo, porque contrários à Constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que tal prática implica uma superioridade do judiciário sobre o legislativo. [...] Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada que seja contrário ao teor da delegação sob a qual se exerce tal autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. [...] Se for dito que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que vierem a dar de tais poderes será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em quaisquer dispositivos específicos da Constituição. Por outro lado, não se deve supor que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes.

Analisando a situação específica dos Estados Unidos da América, mas sem furtar a extensão dessa observação aos demais países das chamadas democracias constitucionais (caso, inclusive, do Brasil), Sérgio Antônio Ferreira Victor (2013, p. 74) menciona que:

A tensão permanente na história político-jurídica norte-americana encontra-se na dicotomia entre constitucionalismo e democracia. Ou seja, entre prática de um governo limitado e o ideal de autogoverno pelos cidadãos. O controle judicial de constitucionalidade interpõe-se entre esses dois valores e a necessidade de justificar a sua prática é onipresente na literatura [...].

Igualmente, Conrado Hübner Mendes (2008, p. 1) afirma que “controvérsias sobre quem deveria ter a última palavra em conflitos sobre direitos fundamentais, dessa maneira, são percebidas como uma tensão não apenas entre duas instituições – parlamentos e cortes – mas também

entre dois ideais políticos – respectivamente, democracia e constitucionalismo”.

Enquanto alguns autores, como Alexander Bickel, John Hart Ely, Bruce Ackerman e, mais especialmente, Ronald Dworkin, vão explorar essa seara dos debates sempre procurando uma conciliação entre o controle judicial de constitucionalidade e o regime democrático, outros autores vão propor uma revalorização do poder legislativo, com destaque para Jeremy Waldron (VICTOR, 2013, *passim*).

Waldron defende aquilo que ele chama de “desacordos morais razoáveis” que, no seio das sociedades democráticas atuais, recaem sobre as mais diversas questões, seja sobre políticas públicas, seja sobre princípios e direitos fundamentais, afinal o “desacordo moral é razoável na medida em que pessoas de boa fé, bem informadas e bem intencionadas efetivamente discordam sobre o que seja uma vida boa ou sobre o que leva uma pessoa a ter uma vida feliz” (VICTOR, 2013, p. 126). Para o autor neozelandês, o desacordo moral seria, dentro de uma sociedade pluralista, circunstância fundamental da política contemporânea (MENDES, 2008, p. 8):

Atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos. Como não há acordo possível sobre o conteúdo, há que se fazer um acordo procedimental para decidir tal conteúdo: sua proposta à maximização do direito de participação, o direito dos direitos, que permite a todos se realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública.

Assim, diversos autores apontaram, na adoção do controle judicial de constitucionalidade, um enfraquecimento das instituições democráticas

como um todo, notadamente do Poder Legislativo, o que “decorre de desinteresse e desatenção que os eleitores são levados a nutrir com relação aos seus representantes, visto que se eles aprovarem leis ruins, os tribunais poderão invalidá-las” (VICTOR, 2013, p. 79).

Embora não haja – que se saiba – qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes “políticos” Legislativo e Executivo perderam. [...]

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois todos duvidam, trabalhem para o interesse geral (FERREIRA FILHO, 1994, p. 15).

Mas, como todo o intrincado sistema democrático e da separação dos Poderes não afeta somente um lado da balança, o próprio Poder Judiciário vem sofrendo uma superexposição a questões políticas, o que conduz a uma, talvez, indesejada “justicialização da política”, para usar a expressão de Ferreira Filho, que “tem como contrapartida inexorável a politização da justiça” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 15). Basta observar-se a crescente demanda por uma “democratização” do Judiciário² e o aparecimento de diversas notícias sobre um descrédito que assola o Judiciário no Brasil, em especial, dos Tribunais Superiores.

Todas essas considerações são relevantes para o tema deste artigo e a justificação do porquê é necessário revisitar repensar o próprio controle judicial de constitucionalidade enquanto práxis institucionalmente aceitas.

No panorama apresentado, é no senso de revalorização do Poder Legislativo e do processo democrático que Waldron (2006, p. 1354,

² Vide a criação de mecanismos processuais como a audiência pública e o *amicus curiae* (TEIXEIRA, 2016).

tradução nossa) se posiciona como um crítico veemente ao *strong judicial review*:

Em um sistema de forte revisão judicial, os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de um estatuto a um caso particular (mesmo que o estatuto, em seus próprios termos, se aplique claramente ao caso) ou para modificar o efeito de um estatuto para tornar sua aplicação conforme aos direitos individuais (de maneira que o próprio estatuto não previa). Além disso, os tribunais deste sistema têm autoridade para estabelecer juridicamente que um determinado estatuto ou disposição legislativa não será aplicado, de modo que, como resultado dos efeitos vinculantes [atribuídos a tais decisões], a lei recusada torna-se, na verdade, uma letra morta³.

É inegável que o sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, concentrado em sua Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal) é um sistema forte, para fins da definição de Waldron. Ainda que se argumente que, no Brasil, convivem na ordem constitucional os controles concentrado e difuso, é certo que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores⁴ têm diversos mecanismos vinculantes; basta observar a edição de súmulas, precedentes normativos e a própria sistemática do julgamento de recursos repetitivos e repercussão geral. Aliás, retomando o ponto principal deste artigo, a esmagadora maioria das decisões judiciais que versam sobre índices de correção monetária – mencionados na primeira parte do trabalho – são dotadas de efeito *erga omnes* e/ou vinculante.

³ “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter”

⁴ Incluídos o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho.

E nas objeções ao controle judicial de constitucionalidade e no papel das Cortes Constitucionais como detentoras da “última palavra” no debate democrático e na significação da Constituição, “surge com alguma naturalidade a ideia de diálogo institucional” (VICTOR, 2013, p. 145).

Além das nuances e versões das diferentes teorias do diálogo, deve-se perceber o que elas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial (HÜBNER MENDES, 2008, pp. 98-99).

E, aqui, aponta-se uma peculiaridade do sistema brasileiro que serve como chave à aplicação da teoria do diálogo institucional em nosso ordenamento: as decisões em controle concentrado e/ou abstrato de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – e por quaisquer dos demais Tribunais Superiores – não tem o poder de vincular o Poder Legislativo, por dicção expressa da própria Constituição Federal (artigos 102, § 2º, e 103-A). Depreende-se, assim, que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o da “última palavra provisória”, ou seja, é possível a superação do precedente judicial pela atuação do Poder Legislativo⁵.

Mendes (2008, p. 166) assim conceitua:

⁵ Há que se considerar que, na matemática das Cortes Constitucionais e na teoria da separação de poderes dentro de uma democracia, não se chegaria à conclusão distinta: caso não fosse possível a eventual superação do precedente pelo Poder Legislativo – como corpo de representantes democraticamente eleitos – estar-se-ia usurpando-lhe a competência de poder constituinte derivado e entregando-a ao Tribunal Constitucional que, em regra, deve agir somente como “legislador negativo”, para fazer jus à conceituação de Hans Kelsen. Além disso, estar-se-ia admitindo que toda e qualquer mutação constitucional somente poderia tomar forma pelas mãos do Poder Judiciário, o que não é de forma alguma correto.

Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Seu significado é simples e auto-explicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre se recomeçada, indefinidamente.

Para o autor brasileiro, a instituição que decide por último dentro de uma rodada procedimental, ainda que sua decisão possa vir a ser superada, não é inofensiva, pois demandará um recomeço da rodada; “implica em uma nova mobilização de diversos recursos necessários para movimentar a máquina institucional: entre outros, recursos de tempo e de esforço argumentativo [...]” (MENDES, 2008, pp. 166-167).

De forma complementar às ideias apresentadas até aqui, este artigo defende que a última palavra provisória se traduz em um ônus argumentativo a todos os Poderes envolvidos em cada rodada procedimental, e não apenas sobre o Poder que, legitimamente, se encarrega de superar a última decisão.

No entanto, a teoria do diálogo institucional ainda não é de grande receptividade no cenário político nacional, em especial, no próprio Poder Judiciário.

O tema, particularmente, foi objeto de análise paradigmática no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 5.105, do Distrito Federal, cujo objeto principal já havia sido debatido naquela Corte por ocasião do julgamento das ADIs 4.430 e 4.795, dois anos antes: a “migração” da representatividade dos deputados federais, para fins de acesso ao tempo de rádio e TV (e ao fundo partidário) aos partidos recém-criados,

com a parcial declaração de inconstitucionalidade do artigo 47 da Lei nº 9.504/97.

Contudo, a Lei nº 12.875/13, reavivou a norma derrubada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nas ADIs mencionadas, reacendendo novamente o debate acerca de sua constitucionalidade, o que deu ensejo à propositura da ADI 5.105, do Distrito Federal.

Como preliminar ao mérito, o Ministro Luiz Fux, relator da ADI 5.105, chamou a atenção, justamente, para a questão em torno da superação do precedente daquele Tribunal pelo legislador, que editou norma infraconstitucional de idêntico teor àquela anteriormente declarada inconstitucional.

A despeito de ótima explanação doutrinária sobre o tema da teoria do diálogo institucional, o Ministro relator se posicionou contrariamente à superação do precedente pelo Poder Legislativo, argumentando que, nesse caso, o legislador atrai para si o ônus argumentativo de derrubar o precedente do Tribunal Constitucional, eis que, somente nessas hipóteses, a lei nasce com “presunção de inconstitucionalidade”.

É defensável que, como expressão máxima do Estado Democrático de Direito (representação do povo), o Poder Legislativo regularmente constituído, eleito e atuante, não precisasse justificar suas atitudes, de modo que o ônus argumentativo sempre recaia sobre o Poder obrigado a fundamentar suas decisões, ou seja, o Judiciário. A prática da justificação argumentativa é muito mais afeta aos juízes do que aos legisladores.

Entretanto, o Legislativo é a casa do debate democrático por excelência, de modo que a superação do precedente do Tribunal Constitucional (ou, no caso brasileiro, por qualquer Tribunal que detenha a prerrogativa da declaração de inconstitucionalidade) tem que ser, de algum modo, invocada e rebatida, como pressuposto lógico para a reedição da norma derrubada e como dever democrático daquele Poder que, dentro

da estrutura da separação dos Poderes, também deve prestar contas de suas atitudes à sociedade em prol da manutenção do princípio da segurança jurídica.

Note-se: fosse outro o cenário, sem uma rica justificação por parte do legislador acerca da superação do precedente, a sociedade estaria simplesmente sujeita às picuinhas de “derruba-reedita” entre Poderes, tão longas quanto demorassem os processos até o julgamento da inconstitucionalidade e o posterior trâmite legislativo para reedição da norma.

É preciso, então, que a última palavra provisória em matéria de controle de constitucionalidade e interpretação da Constituição passe a ser vista, por todos os Poderes, como uma ferramenta para a sofisticação do debate interinstitucional.

4 Possibilidade de aplicação da teoria do diálogo institucional à questão do índice de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas.

No cenário que restou delineado no início deste artigo acerca do embate judicial sobre o índice de correção monetária aplicável aos créditos judiciais trabalhistas, ficou nítido que existe um impasse a ser analisado – e, eventualmente, solucionado – pela Justiça do Trabalho muito em breve: a superação da declaração de inconstitucionalidade do artigo 39, da Lei nº 8.177/91 (ArgInc nº 479-60.2011.5.04.0231) pela “reedição” de norma com o mesmo conteúdo semântico pelo Poder Legislativo (artigo 879, § 7º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17).

Partindo de todo o quanto já esclarecido sobre a teoria do diálogo institucional e sua aceitação como uma construção favorável ao fortalecimento das instituições democráticas (seja pela revalorização do Poder Legislativo, seja pela diminuição da superexposição do Poder Judiciário a questões políticas), a reedição da norma pelo Poder Legislativo

deve ser, pelo menos, considerado na análise, pela Justiça do Trabalho, quando o tema for a si reapresentado.

Isto deve ser interpretado à luz de um debate e de uma argumentação mais profundos no sentido de verificar as razões e a pertinência da reedição da norma declarada inconstitucional. Talvez, seja certo afirmar que, dentro da hermenêutica, a teoria do diálogo institucional reaviva a necessidade de que o Poder Judiciário se debruce sobre a *mens legis* em suas mais diversas acepções e desdobramentos (sociais, econômicos, políticos⁶).

Como já defendido anteriormente, contudo, esse ônus recai, também, sobre o Poder Legislativo quando da reedição da norma declarada inconstitucional. No caso especial da nova redação da CLT, no entanto, esse peso parece ter sido ignorado pelo legislador, que se limitou a mencionar a edição da norma, sem qualquer justificção (BRASIL, 2017b). Esse silêncio do legislador, entretanto, não afasta o ônus do Poder Judiciário.

Assim, a aplicação da teoria do debate institucional, no caso, também pode ser enriquecida sobre outros aspectos, por exemplo: (i) a evolução do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal com relação à teoria concretista e sua aplicação aos mandados de injunção; (ii) o próprio texto da súmula vinculante nº 4 e seus precedentes de edição, que vedam a substituição do salário mínimo como indexador, ainda que inconstitucional, por decisão judicial; (iii) a decisão do Superior Tribunal de Justiça (Tema Repetitivo 731) que vedou a substituição judicial da TR como índice de correção sobre o depósito fundiário; (iv) o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal somente determinou a aplicação do

⁶ Com o cuidado de alertar, diante de toda doutrina já exposta, que o Poder Judiciário não faz juízo sobre o acerto ou desacerto da decisão política tomada no âmbito democrático, tal qual o próprio Supremo Tribunal Federal já assentou na análise das implicações dos termos “relevância e urgência” para edição de medidas provisórias (artigo 62, da CRFB).

IPCA-E como índice de correção monetária das “ADIs dos Precatórios” por extensão das Leis de Diretrizes Orçamentárias, que já versavam sobre o tema, enquanto a Justiça do Trabalho não possui norma “análoga” que lhe permita a extensão de qualquer índice com a derrocada da TR.

Reputa-se que a análise, pelo menos, dos aspectos acima mencionados, além, claro, da digressão sobre a própria reedição da norma declarada inconstitucional sob a ótica do debate democrático e da ressignificação da separação dos Poderes, é de suma importância para o enriquecimento da teoria do diálogo institucional e valoração das próprias decisões judiciais, em especial, no caso em análise, sobre a substituição do índice de correção monetária dos créditos judiciais trabalhistas.

Conclusão

Como brevemente explanado, a valorização das decisões democráticas e a generalização de uma certa desconfiança doutrinária sobre o controle judicial de constitucionalidade vêm remodelando a clássica fórmula da separação dos Poderes e lançando novas luzes sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo.

É nesse palco que os agentes institucionais se apresentam à sociedade e precisam rever seus papéis, no sentido de validar suas posições pela manutenção do Estado Democrático de Direito. E, hoje, a teoria do diálogo institucional é a que melhor se amolda às perspectivas de proteção da democracia e da própria Constituição, além de buscar atender ao dinamismo das relações contemporâneas.

A aplicação dessa teoria, que distribui, igualmente, a carga argumentativa e do próprio diálogo sobre todas as instituições democráticas, por óbvio, pressupõe um lento caminhar no sentido de seu aprimoramento.

Nos casos analisados nesse artigo, notadamente, a reedição de normas declaradas inconstitucionais (aplicação da última palavra provisória), a manutenção e o aprimoramento desse diálogo, dependerão, em muitos casos, de uma boa vontade do Poder Judiciário, também, em receber a superação do precedente e em reanalisar os novos argumentos legislativos apresentados. Isso, especialmente no caso brasileiro, impõe aos magistrados (no caso do Supremo Tribunal Federal, aos ministros) que se debrucem muito mais sobre ao projeto, aos debates prévios da legislação, aos pareceres das comissões especiais do Congresso Nacional, à própria justificação de motivos, às razões de veto, etc., notadamente porque as razões da superação do precedente estarão (ou devem estar) contidas dentro da “aura” da norma⁷, e não em seu texto expreso.

Contudo, como pôde ser observado no caso concreto do artigo 879, § 7º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17, também o Legislativo pátrio ainda carece de maior transparência e/ou técnica para acurar e revalorizar sua posição perante a sociedade, enquanto panteão da democracia.

Assim, é certo que, hoje, no Brasil, a efetiva aplicação da teoria do diálogo institucional ainda pressupõe uma sofisticação dos nossos Poderes quanto à técnica do debate e à própria justificação de suas decisões nesse cenário. Esse refinamento só será alcançado com a constante revisitação do tema e na forma como pode-se repensar as instituições democráticas, como um todo, para atender os anseios da uma sociedade cada dia mais dinâmica e pluralista.

Espera-se que, ainda que em pequena escala, isto possa ser alcançado quando da consolidação dos debates sobre o índice de correção monetária

⁷ Aqui se entenda “aura” por todos os elementos e razões fundantes, extraídos da sociedade e nela reaplicados pela edição da norma, que justificam e sustentam aquele enunciado legal, como produto do todo social.

aplicável aos créditos judiciais trabalhistas, pelo menos por parte da Justiça do Trabalho, com as breves exposições postas nesse artigo.

Referências

BRASIL. Comissão da Câmara e Diário da Câmara dos Deputados. **Relatório de 10/04/2017**. Ano LXXII, n. 070, 27 de abril de 2017b.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 01 maio 1943.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.614.874**. Benedito Gonçalves (rel.). 11/04/2018 (julg.). Brasília (DF): DJE, 15/05/2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425 (conj. ADIs 4.357, 4.372, 4.400)**. Luiz Fux (red.). 14/03/2013 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 251, 18/12/2013.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.090**. Roberto Barroso (rel.). 06/09/2019 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 196, 09/09/2019b.

BRASIL. **Reclamação nº 22.012**. Dias Toffoli (rel.). 14/10/2015 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 207, 15/10/2015b.

BRASIL. **Reclamação nº 22.012**. Ricardo Lewandowski (red.). 05/12/2017 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 37, 26/02/2018c.

BRASIL. **Recurso extraordinário com agravo nº 848.240**. Teori Zavascki (rel.). 12/12/2014 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 250, 18/12/2014.

BRASIL. **Recurso extraordinário nº 611.503**. Edson Fachin (red.). 20/09/2018 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 53, 18/03/2019a.

BRASIL. **Recurso extraordinário nº 870.947**. Luiz Fux (rel.). 24/09/2018 (julg.). Brasília (DF): DJE, n. 204, 25/09/2018a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Arguição de inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231**. Cláudio Mascarenhas Brandão (rel.). 04/08/2015 (julg.). Brasília (DF): DJE, 14/08/2015a.

BRASIL. **Arguição de inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231**. Cláudio Mascarenhas Brandão (rel.). 20/03/2017 (julg.). Brasília (DF): DJE, 30/06/2017a.

BRASIL. **Recurso de revista nº 10260-88.2016.5.15.0146**. Caputo Bastos (rel.). 09/10/2018 (julg.). Brasília (DF): DJE, 26/10/2018d.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 198, 1994, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407>, acessado em 30 de setembro de 2019.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Mentor Book/ The New American Library Inc., 1961. Tradução: Cid Knipell Moreira, disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4097578/mod_resource/content/1/Os%20Classicos%20da%20Politica%20-%20Cole%20-%20Francisco%20C.%20Weffort-195-216.pdf, acessado em 28 de outubro de 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

TEIXEIRA, Isabella Gontijo. **Amici curiae e audiências públicas**: democratização da jurisdição constitucional e efetivação do Estado Democrático de Direito. Migalhas, 2016, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248239,21048-Amici+curiae++audiencias+publicas+democratizacao+da+jurisdicao>, acessado em 30 de setembro de 2019.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 204 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

WALDRON, Jeremy. **The core case against judicial review**. Connecticut: The Yale Law Journal, n. 115, 2006, disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>, acessado em 30 de setembro de 2019.

O acesso à justiça e a reforma trabalhista: da inconveniência à inconvenionalidade

*Matheus Mendes Pinto*¹

1 Introdução

A fundamentalidade do acesso à justiça a todos os indivíduos revela-se, sem dúvidas, como um dos objetivos mais elementares de um Estado Democrático de Direito. Isso porque a positivação de comandos legais restaria indiferente se não pudesse alcançar e atender a todos os integrantes de um determinado meio social.

Aliada ao seu caráter fundamental, o acesso à justiça deve também erigir-se sobre bases de efetividade na prestação jurisdicional, garantindo àquele que busca a tutela do Poder Judiciário um processo conduzido sob o filtro do respeito aos comandos expressos na Constituição Federal e nas convenções internacionais das quais o Estado é signatário, provendo os meios legais que garantam o uso das ferramentas processuais adequadas e oportunas.

Sob tal ótica, o presente estudo tem por objetivo principal analisar de forma crítica as inovações legislativas advindas da Lei nº 13.467/2017, com enfoque principal naquilo que diz respeito ao direito fundamental do acesso à justiça e suas repercussões no plano constitucional e convencional.

Interessa sobremaneira à discussão – e servirá como esteio à avaliação crítica – os estudos empreendidos por Mauro Capelletti e Bryant

¹ Advogado. Pós Graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC Minas. Pós Graduando em Direito Processual Civil pelo CESUPA.

Garth, sendo indispensável discorrer acerca das chamadas ondas renovatórias do acesso à justiça, evidenciando que as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 representam um retrocesso alarmante e não se alinham aos preceitos constitucionais e convencionais aos quais a República Federativa do Brasil se alinhou.

2 Reforma trabalhista: das promessas às verdades (in)convenientes

A Lei nº 13.467/2017 é, sem dúvidas, uma das maiores e mais profundas alterações legislativas empreendidas nas leis trabalhistas desde a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943.

Vendida como medida inadiável frente à uma legislação trabalhista “atrasada e rígida”, a promessa do governo era trazer segurança jurídica, aquecer a economia e provocar o aumento do número de postos de trabalho. Permito-me aqui fazer uso do célebre bordão da obra *O Auto da Compadecida: ô promessa sem jeito*.

Isso porque, passados quase dois anos da vigência da reforma trabalhista, os efeitos práticos (alertados à época do trâmite célere e antidemocrático do projeto de lei e constatados pelas estatísticas) mostram que a alteração legislativa pouco foi efetiva naquilo que prometeu.

Um dos primeiros reflexos sentidos com a vigência da reforma trabalhista foi a diminuição drástica do número de novos ajuizamentos na Justiça do Trabalho, o que nem de longe significa que, de uma hora para outra, os direitos trabalhistas passaram a ser respeitados e cumpridos pelos empregadores.

Em verdade, a diminuição no número de ações se deu exclusivamente por questões de ordem processual e a aplicação da lei no tempo.

A flagrante inconveniência da medida reformista fica ainda mais evidente quando constatado que a promessa de geração de cerca de dois

milhões de vagas entre 2018 e 2019 (feita pelo então ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira), restou esvaziada e longe de ser cumprida.

Quando aprovada a reforma, em 2017, o Brasil contava com cerca de 13,3 milhões de desempregados e uma taxa de desocupação de 12,8% (segundo dados do IBGE e divulgados pelo portal de notícias UOL²).

Em dados do segundo trimestre de 2019, o mesmo IBGE divulgou que o Brasil conta com 12,8 milhões de desempregados, sendo que o número de trabalhadores sem carteira assinada chegou em 11,5 milhões no mesmo período³.

Deixou de ser considerado pelo governo, talvez propositadamente, que uma política de geração de empregos tem pouco - ou nada - a ver com alterações na legislação trabalhista, mas sim com o estímulo ao crescimento econômico, objetivo este que está longe de ser alcançado com a reforma trabalhista.

No mesmo sentido, além de não contribuir com a geração de empregos e crescimento da economia, a reforma alterou significativamente os padrões daquilo que pode ser considerado como trabalho formal, passando a prever modalidades de trabalho com maior abertura à precarização e desrespeito aos direitos sociais.

Na prática, o cenário concorrencial para empresas sérias e que respeitam os direitos sociais dos seus empregados ficou desfavorável frente à permissão velada de precarização das relações de trabalho praticadas por empresas que reconhecidamente não observam a legislação laboral, corroborada pelo enfraquecimento das instituições que atuam na fiscalização do cumprimento dessa legislação.

² BOMFIM, Mariana. Nova CLT completa um ano. *UOL*. Publicado em 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/apos-um-ano-reforma-trabalhista-nao-criou-empregos-prometidos-e-informalidade-cresceu#governo-prometeu-2-milhoes-de-vagas-criou-298-3-mil-ate-agora>. Acesso em 30/09/2019.

³ GARCIA, Diego. Desemprego cai, mas renda média diminui e crescem trabalhadores informais. *Folha de São Paulo*. Publicado em 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://folha.com/pcwoy9xn>. Acesso em 30/09/2019.

Para além disso, os óbices criados em relação ao acesso à justiça pelos trabalhadores geraram grande receio quanto à busca da tutela do Poder Judiciário visando a reparação de direito trabalhista possivelmente violado, fortalecendo o sentimento de impunidade para empresas não comprometidas com a legislação laboral e, conseqüentemente, incentivando o seu descumprimento.

Não é demais relembrar, neste ponto, que o Brasil ocupa o quarto lugar no ranking mundial de mortes por acidente de trabalho, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ficando atrás apenas da China, Estados Unidos e Rússia⁴.

Nota-se, assim, o recrudescimento da prática do *dumping social* e seus efeitos nefastos à economia.

Saliente-se ainda que o crescimento do trabalho informal gera efeito contrário àquele pretendido pelo governo, com diminuição das receitas provenientes das contribuições sociais e outras formas de arrecadação próprias do trabalho formal.

Não bastasse a inconveniência latente da reforma trabalhista e seus efeitos deletérios à economia do país, o intento reformista atentou contra disposições constitucionais e convencionais às quais o Estado se obrigou, como será mostrado adiante.

3 A reforma, a constituição e a convenção americana de direitos humanos: o enfrentamento ao acesso à justiça

Em primeiro plano, buscando o necessário alinhamento à análise travada neste tópico, faz-se importante trazer à luz conceito básico de acesso à justiça:

⁴ Acidentes de trabalho: Brasil é o quarto em número de mortes. *UOL*. Disponível em:

<https://meusalario.uol.com.br/trabalho-decente/acidentes-de-trabalho-brasil-e-o-quarto-em-numero-de-mortes-1>. Acesso em 30/09/2019.

A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele, deve produzir resultados que sejam individualmente e justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)

No mesmo caminho preambular, não se deve confundir a temática da gratuidade judiciária com a assistência judiciária, eis que contemplam institutos jurídicos diversos.

Diz-se, em verdade, que a justiça gratuita (ou gratuidade judiciária) compreende espécie do gênero assistência judiciária. Ambos, portanto, orbitam a temática do acesso à justiça, funcionando como ferramentas à disposição do jurisdicionado hipossuficiente na busca da tutela de seus direitos eventualmente violados.

A doutrina processual costuma referir-se à gratuidade judiciária como o benefício de isenção de custas e despesas processuais conferida ao indivíduo que busca o Poder Judiciário. Nesse caso, a assistência deste indivíduo por advogado particular não obsta a concessão do benefício pelo magistrado.

No mesmo panorama, necessária a diferenciação entre a assistência jurídica gratuita, que diz respeito à prestação de orientações ao jurisdicionado, e a assistência judiciária, pertinente à garantia de representação do hipossuficiente em juízo, papel exercido precipuamente pela Defensoria Pública.

No caso específico da Justiça Laboral, a assistência judiciária é prestada pelo sindicato da categoria profissional à qual pertence o trabalhador, nos moldes da previsão contida no artigo 14, da Lei nº 5.584/70, sendo devida a todos que percebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, sendo igualmente garantida ao trabalhador que

receba remuneração superior a tal limite, desde que provada que sua condição financeira não lhe permite ingressar com demanda sem prejuízo ao sustento próprio e de sua família.

A importância de tais institutos é tamanha, que sua fundamentalidade restou garantida na Constituição Federal de 1988, estando devidamente prevista no título de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, LXXIV da Carta.

Destaque-se também que a legislação infraconstitucional, principalmente a Lei nº 1.060/50, que aborda a temática da concessão da assistência judiciária aos necessitados, bem como a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC), que disciplina aspectos relativos à gratuidade de justiça, trazem elementos basilares para compreensão e efetivação de tais instrumentos jurídicos, sendo amparados na legislação laboral tanto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como na Lei nº 5.584/70 e Lei nº 7.115/83.

Sobre Código de Processo Civil, a previsão contida em seu artigo 98 elenca um rol de despesas processuais compreendidas pela gratuidade de justiça, destacando-se a isenção de custos com honorários de perito ou realização exames e de honorários de advogado⁵.

Em que pese tais considerações introdutórias, que sustentam a garantia de acesso à justiça àqueles que não possuem condições de arcar com despesas processuais, a Lei nº 13.467/2017 trouxe em seu bojo dispositivos que vão de encontro a tal garantia constitucional, afetando de forma incontestável demandas judiciais (presentes ou futuras) que pretendem a reparação de direitos sociais.

⁵ Importante ponderar que, vencido o beneficiário de justiça gratuita, as eventuais obrigações decorrentes de sua sucumbência ficam suspensas de exigibilidade, somente podendo serem executadas se dentro de cinco anos do trânsito em julgado o credor comprovar que deixou de existir a situação que ensejou a concessão do benefício da gratuidade. Findo tal prazo, considera-se as obrigações do beneficiário tão logo vencido o prazo quinquenal.

Considerando o período anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, a concessão do benefício da gratuidade judicial no processo trabalhista estava prevista no §3º, do artigo 790 da CLT, o qual facultava aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos Tribunais conceder a justiça gratuita a todos aqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declarassem, sob as penas da lei, que não possuíam condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Em complemento à tal disposição, a já referida Lei n 7.115/83 informa, em seu artigo 1º, que se presume verdadeira a declaração de pobreza firmado pelo próprio interessado ou seu procurador, sujeitando o declarante às penalidades legais caso comprovada a falsidade do que foi atestado.

Mais recentemente, o próprio Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo a necessidade de que o advogado possua procuração com poderes específicos para firmar, em nome de seu cliente, a declaração de hipossuficiência financeira e consequente concessão da gratuidade de justiça.

Foi em tal cenário que a reforma trabalhista passou a introduzir novas disposições e critérios objetivos para concessão do benefício da gratuidade de justiça. Inicialmente, aponta-se que o §3º, do artigo 790 da CLT, ao dispor sobre a concessão da gratuidade, alterou o antigo critério de percepção de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal para fixar o critério de percepção de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

O problema se avoluma mais ainda quando o legislador passou a obrigar, mesmo o beneficiário da gratuidade de justiça, a arcar com o pagamento dos honorários periciais nos casos de improcedência da pretensão objeto da perícia.

Nesse ponto, o artigo 790-B da CLT teve sua redação alterada, passando da não responsabilização pelos custos de honorários periciais ao beneficiário da justiça gratuita, à obrigação deste mesmo beneficiário em arcar com tais despesas, inclusive podendo ser utilizado o crédito que a parte eventualmente receba no processo em que se realizou a perícia ou outra lide diversa.

No mesmo caminho foi introduzida e tratada a questão relativa aos honorários de sucumbência, prevendo que a parte, mesmo beneficiária da justiça gratuita, poderá arcar com a verba honorária caso tenha obtido crédito suficiente para suportar tal despesa, seja no mesmo processo ou em outro, conforme previsão do parágrafo quarto do artigo 791-A, da CLT.

Veja-se aqui, que o próprio crédito eventualmente obtido pelo trabalhador por meio de sua ação poderá ser comprometido integralmente com o pagamento de honorários periciais e de sucumbência.

Por derradeiro, o legislador reformista fixou, também para o beneficiário da justiça gratuita, o pagamento de custas processuais como condição para propositura de nova ação em caso de não comparecimento à audiência e arquivamento da reclamação, conforme previsão do parágrafo 2º, do artigo 844, da CLT.

Veja-se, portanto, que ao reclamante que não se fez presente em audiência e não comprovou no prazo legal o motivo para sua ausência, mesmo sendo beneficiário da gratuidade judicial, terá que pagar as custas caso queira ingressar com nova ação.

Em primeira e breve análise, já se verifica o vício de inconstitucionalidade inarredável da referida previsão, eis que esvazia e ignora completamente o direito fundamental à prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos, além dos direitos constitucionais pertinentes ao direito de petição e à inafastabilidade da jurisdição.

Ora, se o pressuposto fático-jurídico para concessão do benefício da gratuidade de justiça é a impossibilidade de a parte demandar sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, consequência lógica da insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais, não parece minimamente razoável que seja flagrantemente burlada à garantia constitucional inserta no inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição Federal.

O dispositivo comporta maior gravidade ao pensar-se que, na maioria dos casos, ao demandar a tutela da Justiça do Trabalho, o trabalhador já enfrenta situação de fragilidade econômica e vulnerabilidade social (em muitos casos desempregado), passando ainda a assumir o pagamento de despesas com honorários periciais, mesmo quando reconhecido pelo julgador o direito de reparação.

Isso porque não são escassas as situações em que o trabalhador é sucumbente na pretensão objeto da perícia, mas vem a ter seu direito reconhecido em sentença, uma vez que o magistrado pode balizar-se em provas diversas para reconhecer determinado direito, com a devida e necessária fundamentação, conforme dispõe artigo 371 do CPC/2015, com amparo também na liberdade de condução do processo pelo juiz, inserta no artigo 765 da CLT, não estando obrigado a decidir em conformidade com o resultado da perícia realizada no processo.

O amparo normativo também deve ser feito na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prescreve, em seus artigos 8º, 24 e 25, as balizas do devido processo legal e garantia de acesso ao Judiciário.

Nesse sentido destaca-se a Opinião Consultiva 16/1999, por meio da qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos ponderou:

Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados diante da justiça. É assim que se atende o princípio da igualdade ante a lei e os tribunais e a correlativa

proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existirem meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não padecem dessas desvantagens.

Nesse cenário, a previsão reformista que impõe o pagamento de despesas processuais mesmo ao beneficiário da gratuita de justiça afronta preceitos fundamentais da convenção internacional em comento, notadamente no que se refere à garantia do devido processo legal, da igualdade de tratamento perante a lei e da tutela efetiva do Judiciário.

Saliente-se que a referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 1992, adquirindo status de norma supralegal, prevalecendo sobre a lei ordinária, tal como a Lei nº13.467/2017.

Aliada à flagrante inconvenção e inconstitucionalidade, as alterações em análise encontram-se viciado por erro técnico evidente, uma vez que o crédito trabalhista possui natureza alimentar.

Nesse aspecto, o legislador parecer ignorar que o artigo 1.707 do Código Civil dispõe expressamente acerca da impossibilidade de renúncia, cessão, compensação ou penhora do crédito alimentar, sendo inafastável a conclusão de que o crédito trabalhista se reveste de tal natureza, conforme prevê o §1º do artigo 100 da Constituição Federal⁶.

⁶ Art. 100. [...] § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Sem esgotar a análise crítica, tal previsão ainda colide frontalmente com os princípios mais basilares do direito laboral, com especial atenção ao princípio da proteção e da reparação integral.

4 Apontamentos a partir da primeira onda renovatória de Capelletti e Garth

Finalmente, cabe fazer breve análise das alterações legislativas promovidas pela reforma trabalhista, no que concerne ao acesso à justiça, a partir da primeira onda renovatória de acesso à justiça, desenvolvida por Capelletti e Garth na obra *Acesso à Justiça*, de 1988.

A proposta dos autores referidos sustenta o acesso à justiça a partir de três movimentos renovatórios. A primeira onda refere-se à assistência judiciária aos mais pobres, discorrendo acerca de aspectos econômicos que inviabilizam o acesso ao poder Judiciário. A segunda onda explora a representação de interesses difusos e aprofunda o debate dos obstáculos institucionais do acesso à justiça. Finalmente, a terceira onda visa discutir e principalmente estabelecer mecanismos processuais adequados para utilização pelos aplicadores do direito.

A primeira onda renovatória desenvolvida por Capelletti diz respeito justamente à prestação de assistência judiciária aos hipossuficientes. Nesse sentido, o valor das custas processuais e honorários advocatícios acaba inibindo que os mais pobres busquem a tutela do Poder Judiciário para reparar seus direitos.

Ao confrontar o possível pagamento de custas elevadas e ter que arcar com valores de honorários advocatícios ao advogado da parte contrária, o trabalhador (no caso específico da Justiça do Trabalho) pondera se realmente irá demandar em juízo, isso porque, na maioria dos casos, esse mesmo trabalhador está desempregado, sem condições de prover o sustento de sua família, amplificando seu receio de correr riscos por meio de uma ação judicial.

Assim, segundo os autores já referidos, a primeira onda renovatória necessária para prover o efetivo acesso à justiça diz respeito à prestação de serviços jurídicos aos mais pobres, pontuando que, nas sociedades mais complexas, o auxílio de um profissional técnico e qualificado faz-se imprescindível para compreender os caminhos da lei.

Esse auxílio jurídico é de fundamental atenção principalmente em países que adotam economias de mercado, onde advogados particulares não costumam dispor de seu tempo para prestar assistência judiciária de forma gratuita.

Nesse panorama, Capelletti e Garth evidenciam em seus estudos que tais problemas se tornaram cada vez mais notáveis, sendo que as reformas que buscaram corrigir minimamente tais situações tiveram origens de forma preponderante em países que adotavam regime socialdemocrata ou trabalhista, como no caso de Alemanha (*armenrecht*) e Inglaterra⁷, que inauguram tais mudanças, aperfeiçoadas e estendidas a outros países ao redor do mundo anos mais tarde.

Trazendo tal análise ao cenário doméstico, pode-se dizer que a primeira disposição legal relevante acerca da gratuidade de justiça foi a Lei nº 1.060/50 que, segundo sua ementa, estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados. Algumas disposições desse texto normativo foram revogadas com a entrada em vigor do CPC de 2015, todavia, boa parte de seus artigos continuam produzindo seus efeitos em nossa ordem jurídica.

No caso específico da Justiça do Trabalho, a assistência judiciária está prevista na Lei nº 5.584/70, onde em seu artigo 14 capacita aos Sindicatos da categoria profissional a efetivação do referido benefício.

⁷ Na Alemanha, entre os anos 1919-1923 foi estabelecido um sistema de remuneração prestada pelos Estado aos advogados que prestassem assistência judiciária. Na Inglaterra, em 1949, criou-se o *Legal Aid and Advice Scheme*, que fixou diretrizes de compensação aos advogados que prestassem aconselhamento jurídico e assistência judiciária.

A entrada em vigor da reforma trabalhista acaba por minar ainda mais esse instrumento de acesso à justiça no Judiciário Trabalhista quando retirou a obrigatoriedade da contribuição sindical prevista no artigo 578 da CLT. Ou seja, a partir de agora, os trabalhadores só poderão ter descontada de sua remuneração a contribuição sindical quando expressamente autorizarem.

A retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical foi intensamente trabalhada pelo governo ao lançar a reforma trabalhista, evidenciando aparente benefício ao trabalhador, todavia, em análise mais densa e aprofundada da matéria, o efeito prático dessa medida será a drástica redução da arrecadação financeira das entidades sindicais, prejudicando de forma reflexa sua atuação junto à categoria na prestação da assistência judiciária aos trabalhadores.

Em tal cenário, resta comprometida a efetividade da primeira onda renovatória de acesso à justiça na Justiça do Trabalho após as alterações promovidas pela reforma trabalhista, uma vez que a retirada do aporte financeiro dos sindicatos acaba por prejudicar de forma considerável a prestação da assistência judiciária à categoria profissional, colidindo frontalmente não só com o já referido artigo 14 da Lei nº 5.584/70, mas também com o dispositivo constitucional que garante a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos.

O aporte do acesso à justiça também deve ser explorado em âmbito internacional, com destaques para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com previsão nos artigos VII e X, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com disposições correlatas em seu artigo 8.

Como se nota, existe espaço para controle de constitucionalidade e convencionalidade da alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017, uma vez que suas disposições e implicações práticas no que toca ao acesso à

justiça acabam por violar frontalmente direitos e garantias previstos na Carta de 1988 e também em Convenções e Tratados dos quais o Brasil é signatário.

Conclusão

Mais do que nunca, é necessário que os intérpretes e aplicadores das normas jurídicas prezem pelo respeito aos dispositivos constitucionais e às obrigações convencionais às quais o Estado brasileiro se alinhou, que se sobrepõem à legislação infraconstitucional, mais ainda quando tratamos a respeito do Direito Laboral, onde salienta-se o princípio da norma mais favorável, deve ser vislumbrado tanto na ótica do direito material como processual.

Inafastável a conclusão que o direito de acesso à justiça, visto como um direito social e fundamental básico, deve funcionar no sentido de conferir a maior efetividade a outros direitos dele decorrentes.

Aliás, em breve retomada histórica da exposição de motivos do Decreto 1.237 de 1939, que instituiu a Justiça do Trabalho, sua redação apontava justamente que esta deveria funcionar como ambiente ideal para “[...] harmonizar os interesses em luta [...] em defesa da autoridade do Estado, que não pode ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações colectivas, deixando as forças sociaes entregues aos próprios impulsos”.

Assim, necessário atentarmos que a gratuidade judicial faz parte do conteúdo básico da cidadania, permitindo àqueles que não possuem condições financeiras de obter orientação e assistência jurídica particular, que possam também buscar a tutela do Poder Judiciário, dispondo de todos os instrumentos legais à sua disposição, fornecidas e custeadas pelo Estado, preservando o histórico pacto social.

Referências

Acidentes de trabalho: Brasil é o quarto em número de mortes. *UOL*. Disponível em: <https://meusalario.uol.com.br/trabalho-decente/acidentes-de-trabalho-brasil-e-o-quarto-em-numero-de-mortes-1>. Acesso em 30/09/2019.

ASSIS, Araken. *Benefício da gratuidade*. *Ajuris* 73/162, biênio 1998-1999

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1950. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jul. 2017. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jun. 1970. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 ago. 1983. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7115.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 09/02/2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: www.planalto.com.br. Acesso em 08/02/2018.

BOMFIM, Mariana. Nova CLT completa um ano. *UOL*. Publicado em 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/apos-um-ano-reforma-trabalhista-nao-criou-empregos-prometidos-e-informalidade-cresceu#governo-prometeu-2-milhoes-de-vagas-criou-298-3-mil-ate-agora>. Acesso em 30/09/2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

GARCIA, Diego. Desemprego cai, mas renda média diminui e crescem trabalhadores informais. *Folha de São Paulo*. Publicado em 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://folha.com/pcwogyxn>. Acesso em 30/09/2019.

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acesso em 10/02/2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 10/02/2018.

SILVA, Ticiano Alves e. *O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil in Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada*. Salvador: Jus Podivm, 2ª edição, 2016.

Breves considerações sobre o mercado de trabalho e os impactos das tecnologias digitais nos direitos sociais e humanos

*Noélia Castro de Sampaio*¹
*Renata Vérica de Sousa Silva*²

1 Introdução

A tecnologia está cada vez mais presente na rotina das pessoas, seja no âmbito profissional ou não. E esse avanço crescente, num futuro bem próximo, deverá conquistar ainda mais espaço.

Algumas ferramentas, consideradas facilitadoras, como softwares, programas, aplicativos e máquinas que automatizam processos, são criadas no mundo todo com o intuito de aperfeiçoar produções, diminuir desperdícios, reduzir o tempo gasto com produtividade e aumentar o lucro das empresas. Para isso é necessário que as empresas se adaptem a esse novo cenário, seja na relação com os consumidores ou com seus colaboradores; mas, principalmente com as pessoas.

Entre as novas situações com que se depara na contemporaneidade, estão o crescimento da interação em redes sociais, profissionais com menos amarras sociais, adeptos a horários de trabalhos diferentes do tradicional horário comercial, a exemplo do trabalho *home office*, bem como a flexibilização de horários e forma de trabalho, como a chamada “uberização”.

¹ Noélia Castro de Sampaio, advogada, professora, membro da comissão de direito do trabalho da OAB/PI e comissão feminista da ABRAT;

² Renata Vérica de Sousa Silva, advogada e membro da comissão de defesa de direitos da pessoa com deficiência da OAB/PI.

Com o crescimento automático da expansão dessas tecnologias, diversos problemas são levantados no dia-a-dia, no trabalho, inclusive, mudanças sociais. Para acompanhar essas mudanças, os negócios e o trabalho dependerão de boa regulação e aprendizado contínuo. Tem-se notado, nos últimos anos, oportunidades de emprego restritas e o surgimento de uma classe de trabalhadores subempregados e mal pagos, posto que estão trabalhando, mas sem garantias sociais e baixa segurança no trabalho.

O emprego trata-se de uma invenção da era industrial, que exigia força humana em massa e trabalho repetitivo que, com o avanço tecnológico, vem sendo substituído pela máquina. A tecnologia substituiu empregados e cria trabalhos inteligentes, proporcionando melhores condições de vida, salários mais expressivos e cria mercados que não existiam anteriormente. Contudo, é necessário investimento do trabalhador, qualificação e disposição para receber tais mudanças.

Com o avanço das tecnologias é certo que se criaram novas vagas de desempregados, e a tendência ao trabalho informal vem acentuando-se cada vez mais. Por essa razão, pode-se observar duas consequências a respeito da inserção das tecnologias no mercado: o emprego informal e o desemprego, dois problemas que apontam para uma mesma direção. Se o desemprego cresce na economia formal, aumenta, também, o emprego informal.

O Brasil tem mudado o seu perfil de mercado de trabalho nos últimos anos. Hoje, há claramente, três categorias diferentes de trabalhadores: uma constituída por talentos já feitos, o que pode ser traduzido em minoria, mas já faz com que as empresas disputem seus “passes”. Estes profissionais são os que possuem visão estratégica, mentalidade evoluída e que buscam, por conta própria, a sua formação, usam a criatividade para inventar novos produtos e serviços. Uma segunda categoria, constituída

por jovens, que têm uma boa formação intelectual, estão ligados nas tendências e nas tecnologias atuais, mas precisam de ajuda para entender melhor o como fazer. E, por último, uma categoria que, infelizmente não se enquadrará às novas oportunidades que surgirão, formada por pessoas que possuem pouca formação intelectual ou instrução, e que estão acostumados, ao longo dos anos, com a cultura do emprego para se manterem, resistindo em voltar a estudar e buscar outros desafios. E são estes que continuarão sofrendo e alimentando a fila de desempregados, até descobrirem que podem sobreviver ou viver precariamente, prestando serviços autônomos de pouca relevância.

Portanto, as tecnologias trarão novos empregos e oportunidades, mas têm mostrado que aumentou a economia informal, através de trabalhadores sem carteira assinada, fortalecendo o poder de barganha. O crescimento da renda informal tem demonstrado um sinal de atividade econômica em formas produtivas diferentes daquelas oficialmente reconhecidas, ou seja, realiza-se nos sistemas de conveniências e oportunidades.

2 A transformação digital no mundo do trabalho

Vivemos sinais de um novo momento na história da humanidade, em que nos deparamos continuamente com a tecnologia fazendo parte do nosso cotidiano, 24 horas por dia, seja para realizar pequenos trabalhos, seja para se alimentar, se locomover etc. Estamos vendo inovações disruptivas, ganhando espaço na sociedade, exatamente por apresentar soluções efetivas e a baixo custo, como é o caso dos serviços de transportes e alugueis de acomodações.

2.1 A Uberização e os Uber Eats

De acordo com Tom Slee (2017), a empresa Uber nasceu do casamento entre um aplicativo móvel (App) e motoristas de limusines, cujos serviços eram pagos pelos clientes por cartão de crédito. Em seguida, esse serviço expandiu a atuação para agregar motoristas não profissionais, mas ainda de carros de luxo, passando de 10 mil carros em 2013 para 150 mil em dois anos, com atuação em 83 países e 632 cidades. Ocorre que essa expansão alterou a rotina de muitos trabalhadores e criou formas de “ganhar o pão” sem muita segurança, precisão ou estabilidade.

O serviço cadastra a cada dia mais motoristas, porém, estes não possuem formação específica, não fazem um treinamento adequado para o trabalho e, em muitos lugares, não há normatização para o desempenho da atividade, bastando contar com um carro, um celular e acesso à Internet, estas são as ferramentas, em regra, para o trabalho de um Uber.

Os serviços do Uber são vendidos a preços inferiores aos praticados por taxistas, que obrigatoriamente devem pagar impostos, ser certificados e cumprir uma série de normas atinentes à legislação de cada país e/ou localidade, ainda repassam a empresa Uber um percentual, que chega a ser até 25% sobre cada corrida. Com a concorrência e a necessidade do mercado, a empresa passa a oferecer certas condições de trabalho, o que chama de “pacotes dinâmicos”, para que incentive o motorista trabalhar mais tempo, realizar mais corridas/dia e ganhar mais. Um diferencial apresentado pela empresa aos clientes como positivo, é informar previamente os dados do automóvel e motorista, assim como o valor da viagem.

Em entrevista a André Antunes, na Fio Cruz (2015), Marcio Pochmann diz que a concorrência e as disputas entre a classe trabalhadora na “uberização” serão alçadas a novos patamares, dado que impera a lógica do “cada um para si”, com conseqüente enfraquecimento dos

coletivos e da representação sindical. Em outras palavras, segundo o mesmo autor: “No fordismo e até mesmo no Toyotismo havia uma concepção de classe trabalhadora (...)”. Hoje o que nos é implantado e querem nos passar é uma transição para esta ideia não mais de trabalhador, mas de empreendedor. No entanto, faz-se necessário entender que para ter sucesso no Empreendedorismo, além de se utilizar várias técnicas, é necessário que haja público, onde a economia funcione, para que efetivamente, haja essa circulação de riquezas.

Ser autônomo e ter essa “flexibilidade no trabalho” é você ganhar com o trabalho, sem continuar com os anseios de classe média consumista. Hoje isso é uma disputa ideológica. Se você não admite ser trabalhador, na forma mais estrutural da palavra, se submetendo a informalidade sem precedentes, as lutas dos trabalhadores vão se perdendo.

Este tema está sendo debatido na Justiça do Trabalho de todo o mundo, esse formato de Uber como trabalho, chamado de “uberização” das relações de trabalho, vem trazendo à Justiça do Trabalho brasileira inquietações, sendo esta provocada a decidir se tem vínculo de emprego ou não. No Estado de Minas Gerais já se reconheceu vínculo de emprego entre a Uber e um motorista cadastrado na empresa para o transporte de passageiros por meio de aplicativo. Já o STJ – Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão reconheceu que os motoristas de Uber não têm vínculo empregatício e, por isso, não podem reivindicar direitos na justiça trabalhista. Isso se deu em um julgamento de conflito de competência, em que coube ao STJ definir qual ramo da justiça deveria julgar um pedido de indenização feito por um motorista.

Para Marx “a força produtiva de trabalho é determinada por meio de circunstâncias diversas, entre outras pelo grau médio de habilidade dos trabalhadores, o nível de desenvolvimento da ciência e sua aplicabilidade

tecnológica, a combinação social do processo de produção, o volume e a eficácia dos meios de produção e as condições naturais” (MARX, 1988, p. 48).

Registra-se nos últimos tempos pessoas trabalhando de forma precária para sobreviver, em condições nada interessantes, sendo que esse trabalho não lhe proporcionará segurança, saúde e sequer condição de manutenção futura. A exemplo dos Uber Eats, que se dispõem cada vez mais a trabalhar nessa situação, sendo que registram a sua inconformidade quando questionados se mudariam a situação de trabalho, se tivesse outra condição.

Portanto, como em tudo, há vantagens e desvantagens nesse tipo de trabalho, ainda considerado informal e autônomo, mas é de fato, uma ferramenta na batalha em favor da desregulamentação do mercado de uma forma geral e na ampliação de trabalhos precários.

2.2 Robôs

Segundo Isac Asimow (2014), que escreveu as leis da Robótica citando os seguintes termos: Um robô não pode ferir um ser humano ou, permanecendo passivo, deixar um ser humano exposto ao perigo; o robô deve obedecer às ordens dadas pelos seres humanos, exceto se tais ordens estiverem em contradição com a primeira lei; um robô deve proteger sua existência, na medida em que essa proteção não estiver em contradição com a primeira e a segunda leis; um robô não pode causar mal à humanidade nem permitir que ela própria o faça. Essas Quatro Leis fazem parte de ficção científica, posto que foram escritas na década de 50, mas o autor procurou imaginar como se daria a inserção de robôs no mundo, sua evolução e as interações com os seres humanos, criadas especificamente para proteger estes.

Nas criações científicas desse autor, o robô foi criado com características muito próximas às humanas, e em alguns casos ainda melhores, como os reflexos motores. Asimov sempre foi um grande entusiasta da ciência e tecnologia e procurou imaginar os robôs como um avanço que poderia beneficiar a humanidade de diversas formas, até mesmo na interação com crianças.

A tecnologia teve um avanço imensurável e, hoje Robôs são usados para os mais diversos tipos de serviços, substituindo boa parte da mão de obra humana. As Máquinas são criações que ultrapassaram os criadores: “elas progrediram além da possibilidade de um detalhado controle humano” (ASIMOV, 2014, p. 278). A ideia das máquinas evoluírem para além do entendimento humano é conhecida hoje como “singularidade tecnológica”.

Vários são os impactos sociais que ocorrem com a introdução de Robôs no mercado, e quando se fala em impactos causados pela robótica, o primeiro fator que nos vem à cabeça é o desemprego. Alguns segmentos perdem mais capital humano como, por exemplo, com a crescente automatização dos bancos, do comércio e das empresas em geral, causados pelo advento da informática. No entanto, em outros meios, como as indústrias, tendem a recrutar robôs e computadores guiados por uma necessidade primordial, pela sobrevivência no mercado, de modo a conseguir mais produtividade e qualidade para seus produtos, de forma barata e assim assegurar competitividade frente aos concorrentes.

É importante se atentar para os fatores do desemprego, pois não existem apenas os empregos destruídos pura e simplesmente pela tecnologia, mas também os empregos modificados por habilidades pacientemente adquiridas por trabalhadores, são, para alguns, bruscamente desqualificadas, porque foram tornadas inúteis pelo movimento do braço do robô.

O direito fundamental da proteção em face da automação encontra supedâneo no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal, onde há garantias mínimas trabalhistas, seja por meio de roupagem individualista ou ainda por implementação de direitos coletivos. Proteger o trabalhador dos influxos da automação abusiva é uma necessidade premente que já existe há décadas e vem se acentuando nas últimas décadas. O uso de robôs e certas automações deve, antes de tudo, resguardar regulamentação sobre o assunto, o que, aliás, no nosso ordenamento jurídico ainda está bastante escasso.

À vista disso, não resta dúvida, que o que deve ser feito não é impedir o crescimento da receptividade dos robôs nos meios de trabalho, pois isto está praticamente impossível. Por outro lado, não se deve assistir passivamente à sua chegada. O caminho é lutar para que sejam implantadas medidas que contraponham os seus possíveis impactos negativos, alcançando-se o escopo constitucional maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana, tutelando de forma efetiva a saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, bem como a disponibilização de empregos e trabalhos dignos.

2.3 Startups

Um novo modelo de empreendimento, inovador, baseado no pensamento dos designers e suas criações diferenciadas. Segundo Brown (2010), as empresas na atualidade não estão habituadas a abordar novas ideias, pois acabam restringindo-as aos modelos de negócios já existentes, pelo fato de que os modelos de negócios tradicionais são incrementais, previsíveis e fáceis de serem copiados, ao contrário de novas ideias que geram a incerteza. Assim, esse segmento traz a diferenciação ao projetar produtos e negócios voltados para atender necessidades diretas dos seus

usuários e clientes, usando técnicas para a busca de soluções e validação dos mesmos, em condições mais reais, acessíveis e possíveis.

De acordo com Ries (2012), uma startup não precisa necessariamente ser uma empresa tradicional. Nesse caso pode se entender que é incluído causas de cunho social, ou seja, sem fins lucrativos. Ela pode ser constituída de pessoas em prol de um bem em comum, isso sobre condições de extrema incerteza.

Portanto, essa nova forma de empreender, em que se atinge os objetivos com um melhor aproveitamento dos recursos, também vem com novas técnicas que devem ser estudadas com atenção e também vêm novos desafios e novos obstáculos que devem ser trabalhados com cautela. Com um novo conceito, que se diz evitar gastos e aumentar os lucros, reduzindo significativamente o tempo para se expandir uma proposta de negócio, portanto, considerado um modelo de trabalho enxuto. As *startups* têm o seu início como um experimento, mas sempre com intenção de crescer o mais rápido com o menor esforço possível, sendo assim considerado diferenciado, e sem dúvida, um novo modelo de trabalho no mercado, que traz grandes oportunidades, principalmente aos jovens com visão estratégica, mentalidade evoluída e que buscam, por conta própria, a sua formação, usam a criatividade para inventar novos produtos e serviços.

2.4 Home office

O Home Office foi criado como oportunidade de melhoria na qualidade de trabalho e, conseqüentemente, de vida dos funcionários, segundo as suas necessidades. Por conseguinte, tem-se falado em questões de melhorias ambientais, no que se refere à redução da circulação de pessoas pelas cidades, uma vez que o horário domiciliar do trabalhador pode ser flexível, satisfazendo suas necessidades de segurança, evitando

horários de picos, melhorando o trânsito, os meios de transportes, de comunicação, entre outros. Cumpre registrar que na reforma trabalhista, a legislação contemplou o trabalho telemático e informatizado, mas é fundamental detalhar o que se entende como pressupostos caracterizados pelas relações de trabalho.

Esta nova concepção de trabalho está sendo praticada nas organizações que adotam o home office – trabalho remoto – contudo, ainda é muito recente no Brasil para se registrar quais reais benefícios que podem gerar às empresas e aos trabalhadores segundo suas necessidades.

O home office pode ser visto como uma forma de flexibilização, abrangendo três dimensões, onde a primeira seria o local, pois não existe mais um único local e sim vários locais onde o funcionário poderia exercer a sua função; a segunda dimensão está exatamente na flexibilização do horário de trabalho ou do tempo que o funcionário pode se dedicar à tarefa; e, a terceira dimensão relaciona-se com o meio de comunicação, uma vez que os dados e informações podem circular através de e-mails, internet, redes sociais, telefones, entre outros (MELLO, 1999; ROSENFELD E ALVES, 2005).

Este tipo de trabalho, se utilizando da tecnologia, é uma realidade cada vez mais presente nas organizações privadas e públicas. Com isso, necessita que os gestores também se atualizem e modifiquem suas formas de gerir essas relações de trabalho, gerindo tanto as necessidades de cumprimento das metas organizacionais, como favorecendo novos recursos (infra-estruturais, tecnológicos, motivacionais, entre outros), para que esses trabalhadores desenvolvam seus trabalhos com suas capacidades, bem como atendam as garantias de trabalho seguro.

3 Saúde e segurança dos trabalhadores na contemporaneidade e a competência para apreciar as causas dessas relações de trabalho

Muitas dessas atividades foram criadas com o incentivo da tecnologia, inicialmente propagadas com o objetivo de estimular maior circulação de economia, menor tempo para desenvolver atividades e serviços, redução de gastos para o empregador, consumo sustentável, compartilhamento de tecnologia etc.; porém, vêm sendo desvirtuados, e transformados, algumas vezes, em precarização das relações de trabalho, como o fenômeno da “Uberização”, através da qual se verifica uma exploração da mão de obra, por parte de poucas e grandes empresas que concentram o mercado mundial dos aplicativos e plataformas digitais, que têm como principal característica, a ausência de qualquer tipo de responsabilidade ou obrigação em relação aos “parceiros cadastrados”, como são chamados os prestadores de serviços. Isto porque, na execução do serviço, deixa-se claro que tem como objeto: a prestação de serviços de tecnologia, contratados pelos “parceiros”, onde a responsabilidade de tudo (despesas com manutenção do veículo, gastos para realização do trabalho, acidentes etc.) cabe aquele contratado.

Quanto ao Home office, o artigo 75-E da CLT prevê que o empregador deve instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar, a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, prevendo o parágrafo único que o empregado deve assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Note-se que é dever do empregador acompanhar as condições de trabalho, tais como mobília, iluminação e ventilação, podendo solicitar periodicamente ao empregado informações quanto às condições dos equipamentos, fazendo a adequação quando estiverem em desconformidade com as normas de segurança e saúde do trabalho.

O trabalho desenvolvido através do home office é objeto de preocupação pela doutrina em diversos fatores, ressaltando aqui o fato da empresa deslocar o “local de trabalho” do empregado, que seria seu estabelecimento e deveria estar em conformidade com as normas de saúde e segurança do trabalho, mudando para outra região com a incerteza da proteção trabalhista, com vistas à redução dos custos. Conquanto, o tema é incipiente e certamente merece maiores reflexões e contribuições da doutrina trabalhista.

Os trabalhadores que trabalham com home office estão sujeitos à legislação trabalhista, e a Justiça do Trabalho é competente para julgar as causas relativas a esse tipo de trabalho. Já os trabalhadores, que trabalham com Uber, startups e outros meios tecnológicos, desde que não estejam claramente obedecendo ao art. 3º da CLT, se encontram no meio da discussão de quem têm competência para apreciar suas causas no momento atual. Em recente discussão sobre o trabalho desenvolvido por um motorista de aplicativo, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência, determinou que cabe ao Juizado Especial Cível de Poços de Caldas (MG) julgar o processo de um motorista de aplicativo, que teve sua conta suspensa pela empresa. O colegiado entendeu que não há relação de emprego no caso. No mesmo Estado, a 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, reconheceu haver vínculo de emprego entre a Uber do Brasil e um motorista cadastrado na empresa. Segundo a juíza Ana Maria Espi Cavalcanti, há todos os requisitos legais que caracterizam a relação empregatícia. Na sua decisão, ainda determinou que a empresa registrasse a carteira de trabalho do motorista e pagasse as verbas rescisórias referentes ao período em que o serviço foi prestado. A decisão foi além, estipulou ainda uma indenização pelo uso e pelo desgaste do carro, além dos gastos com combustível, manutenção, água e balas oferecidas aos passageiros.

O que pode se verificar, em breve reflexão, através de meios tecnológicos ou não, é que essas situações se tratam de relação de trabalho e há uma necessidade de regulamentação desses novos modelos, trazidos sob a justificativa de flexibilização das relações de emprego. Isso se mostra latente, quando se analisa que os Tribunais divergem muito, inclusive na mesma região. Não há espaço para se discutir simplesmente a natureza da relação entre “parceiros” e plataforma, mas a necessidade de impor responsabilidades, para que seja assegurado o direito à saúde, segurança e vida de todos os trabalhadores.

Conclusão

Praticamente sucedida pelo atual modelo econômico capitalista, a classe trabalhadora tem vivenciado intensa transformação nas relações de trabalho, sendo levada a prejuízos incalculáveis, seja financeiro, de saúde e/ou segurança. As reformas implantadas, somando-se ao avanço das tecnologias, à lógica do capital de redução de custos e aumento de produtividade, mais lucros, o mercado tem cada vez mais primado pela flexibilidade do emprego, despejando uma grande massa de trabalhadores em uma realidade ainda mais insegura e competitiva. A forma que esses trabalhos vêm se desenvolvendo, configura-se um atentado às garantias convencionadas pelo ordenamento pátrio, uma vez que não atende às normas internacionais de direitos humanos, garantias constitucionais e convencionais.

Tendo em vista a amplitude dos conceitos de novas tecnologias e inovações tecnológicas usualmente adotados, é possível imaginar a enorme extensão dos seus efeitos, tanto do ponto de vista social quanto econômico, político e psicológico na realização do trabalho. Esse fenômeno crescente pode provocar diversos resultados, como redução do quadro de pessoal, novos critérios de seleção do pessoal, surgimento de

novos serviços, oportunidade de novos negócios e obtenção de melhores condições de serviço.

Assim, como alhures, nem tudo é vantagem, em que pese a tecnologia acelerar processos, diminuir custos e trazer uma grande produtividade ao mercado, faz-se necessário implementar instrumentos jurídicos capazes de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, bem como frear esse processo de destruição dos direitos, que é o ponto que fere veementemente o sistema de garantias e direitos estipulados pelo ordenamento jurídico, portanto, cenário inegável de contradição e que urge melhor regulamentação.

Referências

AMADEU, E. A evolução recente da oferta de trabalho e do emprego no Brasil. In Notas sobre o mercado de trabalho, Brasília, Ministério do Trabalho. Nº 1, jul. 1998.

ANTUNES, A. A uberização leva à intensificação do trabalho e da competição entre os trabalhadores.

ASIMOV, Isaac. Eu, robô. São Paulo: Aleph, BROWN, Tim. Design Thinking: uma metodologia ponderosa para decretar o fim das velhas Center multiclientes atuantes no Brasil: estudo para identificar as forças propulsoras, restritivas e contribuições reconhecidas. 278f. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Economia e Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.

CHOWDHURY, S. et al. Administração no século XXI: o estilo de gerenciar hoje e no futuro. São Paulo: Prentice Hall, 2003. ideias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARX, K. Contribuição à crítica da economia política. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MARX, Karl. O Capital – crítica da Economia Política. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

MELLO, A. A. A. O uso do Teletrabaho nas empresas de Call Center e Contact. RIES, Eric. A Startup Enxuta. 1º Edição. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

SINGER, P. A precarização é causa do desemprego. Folha São Paulo, 10 dez. 1995, p.2, c. 2

SLEE, T. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante; 2017.
[Links]

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-09/motoristas-de-uber-nao-tem-vinculo-empregaticio-com-empresa-diz-stj>

<http://www.epsvv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-uberizacao-leva-a-intensificacao-do-trabalho-e-da-competicao-entre-os> (acessado em 16/SET/2019). [Links]

<https://trabalhista.blog/2019/02/04/sentenca-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-uber-e-motorista-do-aplicativo/>

Estudo sobre a inteligência artificial. http://www.citi.pt/educacao_final/trab_final_inteligencia_artificial/index_centro.html (Jul. 2003).

Notas sobre resistência à lei n.º 13.467/2017 a partir da contribuição da OIT ao paradigma de trabalho decente

Pedro Henrique Felix Lima ¹

1 Introdução: um breve traçado do mundo do trabalho contemporâneo.

Há mais de um século atrás, o filósofo Friedrich Nietzsche lançou uma de suas preciosas meditações que hoje bem sintetizam, em nossa compreensão, a realidade do trabalho no mundo contemporâneo:

Por falta de repouso, nossa civilização caminha para uma nova barbárie. Em nenhuma outra época os ativos, isto é, os inquietos, valeram tanto. Assim, pertence às correções necessárias a serem tomadas quanto ao caráter da humanidade fortalecer em grande medida o elemento *contemplativo*.

Encontramo-nos em uma era de constante expansão técnico-informacional- digital, em que as máquinas e os dispositivos móveis cada vez mais intermedeiam as relações interpessoais, dentre as quais se incluem as laborais².

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Integrante do Grupo de Pesquisa registrado no CNPQ “Trabalho, Constituição e Cidadania” da FD-UnB. Disponível em: http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf

² A Escola Dejouriana de Psicodinâmica do Trabalho nos dá a colaboração exata do trabalho humano como algo inequivocamente intersubjetivo, devendo, como tal, ser capturado por todas as ciências sociais que sobre o fenômeno do trabalho se debruçam: “Ao longo de toda a abordagem da psicopatologia do trabalho sobre a relação homem-trabalho, levaremos em conta, sem dúvida, que em qualquer circunstância ou situação o trabalhador não será nunca considerado um indivíduo isolado. Ele sempre toma parte ativa nas relações: relação com outros trabalhadores que sofrem, para construir estratégias defensivas em comum; relação com os pares, na tentativa de um reconhecimento de sua originalidade e sua identidade ou de sua pertença a um coletivo ou comunidade de ofício; relação com a hierarquia para fazer reconhecer a utilidade de sua habilidade ou de seus achados técnicos; relação com os subordinados, na tentativa de uma busca de um reconhecimento de sua autoridade e de suas competências etc. Apoiando-se na teoria psicanalítica do sujeito, a psicopatologia do trabalho é antissolipsista [anti-isolacionista] e

Expressão dessa dita “quarta revolução industrial” é o viver para produzir, o que acontece por meio dos inúmeros estímulos do cotidiano, situação a configurar uma sociedade de desempenho³. Em tempos de trabalho via plataformas digitais, a pessoa humana da/o trabalhadora/o passa a atuar com urgência e imediatismo em tudo; e, quando tudo é urgente, nada passa a ser realmente importante, nisso se incluindo sua higidez física e mental.

Tome-se o primeiro exemplo. O “Brasil ocupa a quarta posição mundial no ranking de acidentes de trabalho”⁴. Abstraindo-se dos casos de subnotificação e considerando apenas os empregos formais registrados em CTPS, de 2012 a 2018 foram notificados 4.503.631 acidentes de trabalho⁵, praticamente um acidente laboral por 49 segundos⁶.

Esses dados nos remetem ao que o filósofo pós-colonialista camaronês Achille Mbembe (2018) teorizou, superando a visão de *biopoder* presente em Michel Foucault, como *necropolítica* (formas contemporâneas de subjugação da vida ao poder da morte) a qual atinge justamente aqueles que ocupam a base da pirâmide do trabalho (alocados nos setores de *telemarketing*, serviços e na indústria), com

sempre *intersubjetiva*. Este ângulo de ataque é importante, na medida em que ele privilegia, no fim das contas, as relações com outros sujeitos e com os coletivos” (DEJOURS, 2015)

³ Byung-Chul Han (2017) elucida o atual estágio da humanidade nos seguintes termos: “A sociedade disciplinar de Foucault, feita de hospitais, asilos, presídios, quartéis e fábricas, não é mais a sociedade de hoje. Em seu lugar, há muito tempo, entrou uma outra sociedade, a saber, uma sociedade de academias de fitness, prédios de escritórios, bancos, aeroportos, shopping centers e laboratórios de genética. A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também, seus habitantes não se chamam mais

‘sujeitos de obediência’, mas ‘sujeitos de desempenho’.

⁴ Esta é a manchete de 2016 veiculada pela Agência Brasil (da Empresa Brasileira de Comunicação).

⁵ Casos em que foram emitidas Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), segundo informação do “Observatório e Segurança do Trabalho”. Consulta disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>. Acesso em: 28.07.2019.

⁶ Dados do “Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho” do Ministério da Saúde e OIT. Disponível em matéria jornalística veiculada pelo “Estadão” de 07.05.2019, Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acidentes-de-trabalho-e-a-falta-de-seguranca-laboral-no-brasil/>. Acesso em 29.07.2019.

os empregos mais sucateados e alvo direcionado da maior desproteção jurídica por parte do Estado. Em síntese, diz o citado autor que:

a expressão máxima da soberania reside, em grande parte, no poder e na capacidade de ditar que mpode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania [dentre as quais o é a prerrogativa de o Estado definir leis regentes da vida concreta] é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como implantação e manifestação do poder.

Parece-nos que uma legislação cujo porquê de existir deva ser a proteção da pessoa humana da/o trabalhadora/o - a legislação trabalhista - está a abrir brechas para que o sujeito adoça, acidentese, ou, irreversivelmente, morra, pelo trabalho, sistematicamente. A Lei n.º 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista” insere-se nesse contexto.

Em reforço, vamos a um segundo exemplo. Por meio de pronunciamento oficial, a OAB-SP denuncia o atual cenário de fragilização da rede de proteção à/ao trabalhadora/o no país, nos seguintes termos: “OAB classifica morte de entregador do *Rappi* de desmonte das relações de trabalho. Thiago Dias, 33, agonizou por horas em calçada sem receber auxílio médico e morreu em SP”⁷.

Em direção oposta à da atual quadra legislativa brasileira, de retirada sistemática de direitos sociais trabalhistas, o legislativo do economicamente pujante estado estadunidense da Califórnia, acabou de aprovar uma lei que considera empregado não apenas os trabalhadores de aplicativos, como também manicures, caminhoneiros, faxineiros, trabalhadores da construção civil e diversos

⁷ Matéria jornalística veiculada pela Folha de São Paulo em 13.07.2019.

outros obreiros precarizados que são falsamente enquadrados como autônomos⁸.

Depressão e *burnout* são típicas de doenças com etiologia multifatorial⁹ que estão estreitamente relacionadas com um meio ambiente de trabalho pouco sadio, em que a fronteira entre o tempo de labor e de descanso encontra-se cada vez mais diluída¹⁰, conforme abordado nos exemplos acima. Como dito inicialmente, o elemento *contemplativo*, possível por meio do descanso da mente que consista em um total não-fazer, compõe a condição humana e, como tal, deve ser integralmente garantido.

No entanto, as extenuantes jornadas de trabalho que hoje encontram respaldo legal¹¹, sob o pressuposto da produção a todo custo, e com a finalidade de incremento de um lucro que acaba não sendo partilhado com os obreiros, fragiliza esse direito ao descanso.

Dessa situação emergiu o que se convencionou chamar de “direito à desconexão do trabalho” como resposta legal que certos países, em especial a França¹², já deram à realidade do trabalho contemporâneo,

⁸ De acordo com Carelli (2019), “O mais interessante na lei [californiana] é a forma e os caminhos pelos quais ela pretende inserir esses trabalhadores. Para nós brasileiros é imediatamente verificado que a norma norte-americana bate de frente com o que foi feito recentemente com a chamada Reforma Trabalhista. [...] Assim, enquanto na nossa legislação temos a exigência de requisitos para a relação de emprego, que devem concomitantemente estar presentes para se considerar a condição de empregado, na Califórnia a necessidade de demonstração da existência cumulativa de requisitos é exigida para negar a existência da relação empregatícia. É a utilização da velha regra que o comum se presume e a exceção deve ser provada. Assim, qualquer pessoa que presta serviços ou provê trabalho em troca de remuneração, em princípio, deve ser considerado empregado, a menos que certos requisitos sejam demonstrados”.

⁹ Em 2017, no Brasil, a depressão foi a segunda maior causa de afastamento do trabalho. Disponível em: <http://www.trabalho.gov.br/noticias/4489-depressao-e-ansiedade-estao-entre-as-principais-causas-de-adoecimento-e-afastamento-do-trabalho>. Consulta em 18 ago. 2019. A Organização Mundial de Saúde, por sua vez, alerta que, em 2020, a doença será a mais incapacitante para o trabalho, no mundo. Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/noticias/bem-estar,depressao-sera-a-doenca-mental-mais-incapacitantes-do-mundo-ate-2020,70002542030>. Consulta em 18 ago. 2019.

¹⁰ De acordo com o defendido por HAN (2017), na sociedade do cansaço contemporânea, “O homem depressivo é aquele *animal laborans* que explora a si mesmo e, quicá deliberadamente, sem qualquer coação estranha. É agressor e vítima ao mesmo tempo”.

¹¹ Citem-se novos dispositivos legais inseridos na CLT pela mencionada Lei que abrem as portas para a normalização das jornadas extraordinárias: arts. 59, §§2º e 6º, 59-B, caput e parágrafo único.

¹² No caso francês, foi a Loi El Khomri (Loi n. 2016-1088, de 08 de agosto de 2016) que alterou o §6º e incluiu o §7º ao art. 2242-8 do Code du Travail. É curioso notar que essa lei, ao mesmo tempo em que institui novas liberdades

em que as fronteiras entre o tempo de labor e o tempo de descanso ficam cada vez mais diluídas.

No entanto, trata-se de iniciativa legislativa ainda tímida, que não dá conta da complexidade da matéria, tampouco oferece amplo arsenal normativo de resistência ao atual modelo de exploração do trabalho.

2 O paradigma de proteção ao trabalho humano decente extraído da atuação normativa da OIT.

Conforme salientado por Delgado (2018)

Com a derrubada, em 2016, no Brasil, do governo democraticamente eleito em 2014, retomou-se, no País, de maneira célere e compulsiva, as teses ultraliberalistas do Estado Mínimo e do império genérico e incontestável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas. Entre estas teses, sobrepõem-se as vertentes da desregulamentação trabalhista e da flexibilização trabalhista.

A Lei n.º 13.467/2017 foi recentemente promulgada (sua entrada em vigor ocorreu no dia 11.11.2017), após um trâmite legislativo realizado em tempo recorde para uma proposta normativa que se aplica ao cotidiano de milhões de pessoas que em terras brasileiras dependem sua força vital de trabalho, sem que fosse realizado o amplo e prévio debate com a sociedade, o que, se tivesse ocorrido, teria deixado a dita “Reforma” Trabalhista com ares bem menos antidemocráticos¹³.

contratuais e dá maior ênfase às negociações coletivas em detrimento da proteção legal (semelhantemente ao que fez a Lei n. 13.467/2017), prevê uma segurança aos trabalhadores, na previsão de que todas as empresas com mais de 50 funcionários deverão negociar com os sindicatos dos trabalhadores uma “carta de boa conduta” para definir os horários nos quais os empregados podem legitimamente se recusarem a atender mensagens e chamadas telefônicas de seus empregadores sem por isso sofrerem represálias. Ou seja, realmente, o fenômeno da flexibilização trabalhista tem penetrado as legislações de todos os quadrantes do planeta.

¹³ O PL n. 6.787/2016 foi apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados em dezembro de 2016. Tramitou pela referida Casa Legislativa por menos de 4 meses até a aprovação do Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017, que propunha a alteração de 117 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho discutidas em apenas 26 horas de debate parlamentar nas quais foram propostas mais de 850 emendas parlamentares. (Consulta às informações disponível

É uma legislação que, no plano das formas jurídicas heterônomas e das instituições brasileiras, mudou por completo os rumos do Direito do Trabalho no país, trazendo para o jurista o desafio de se ocupar de uma nova morfologia das relações de trabalho em um mundo contemporâneo que, de acordo com Antunes (2017) é marcado por uma nova fase da crise estrutural do capitalismo, iniciada em 2008, em que a precarização do trabalho em escala global se acentua no discurso das empresas como a única saída para o incremento de sua produtividade e competitividade no mercado.

Em 2019, a Organização Interacional do Trabalho completa 100 anos de existência. É uma instituição jurídica internacional surgida em um contexto de crise do trabalho após a Primeira Guerra Mundial, a qual assolou a Europa ocidental no início do século XX. A Conferência da Paz de 1919 aprovou o multilateral *Tratado de Versailles*, cuja Parte XIII dispôs sobre a criação da OIT e enunciou os princípios gerais que deveriam guiar a política da Sociedade das Nações no campo do Trabalho (SÜSSEKIND, 1998). O Brasil, por ter estado ao lado dos vitoriosos na referida Guerra, foi um dos 29 signatários desse Tratado e, portanto, um dos membros fundadores da OIT.

Precede a fundação dessa que viria a ser mais tarde uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (esta originada em 1945, após o fim da II Guerra Mundial e do Estado totalitário nazifascista na Europa) a famigerada Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII

em: <http://pt.calameo.com/read/0047921409dac17c04414>, p. 2) o que demonstra a relevância de uma matéria que não poderia ter sido tratada às pressas e a portas cerradas para o povo no Legislativo Federal. A lei em análise, que modificou e/ou revogou mais de 100 dispositivos do Texto Consolidado das normas de Direito do Trabalho no Brasil, o qual já havia passado por outras inúmeras alterações legislativas sucessivas desde a década de 1940, desafiou até mesmo a atividade hermenêutica consolidada em súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a exclusão da CLT, dentre tantos outros exemplos possíveis, das horas *in itinere* (esmiuçada pela Súmula n. 90 do TST) e da integração de gratificação de função exercida por mais de dez anos (item I da Súmula n. 372 do TST), além de ter alargado a desregulamentação das possibilidades de terceirização trabalhista, cujo entendimento pela jurisprudência pátria sedimentou-se na vertente interpretativa inserta no item I da Súmula n. 331 do TST, o qual veda a triangularização irrestrita das relações de trabalho.

de 1891, uma resposta aos movimentos operários que tomavam força na Europa da Segunda Revolução Industrial (iniciada em 1850/1870 com a introdução na Indústria dos veículos a vapor, até a Segunda Guerra Mundial).

Tal documento é tido como um dos marcos da fundação moderna dos direitos sociais e trabalhistas; contudo, hoje, ao analisar seu conteúdo, vê-se com relativa clareza que representava verdadeira defesa da propriedade privada e industrial e que tinha como finalidade, por meio do manejo da fé católica, enfraquecer a luta de classes operária à época¹⁴.

Em 10 de maio de 1944, a OIT é “refundada”: seus fins e objetivos foram reafirmados por meio da Declaração de Filadélfia (EUA), a qual enuncia princípios fundamentais no âmbito do trabalho que se alinham à ordem mundial dos direitos humanos, inaugurada pouco depois com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta em 10.12.1948.

Trata-se, portanto, da primeira declaração internacional de direitos com finalidade universal, pois proclama princípios “plenamente aplicáveis a todos os povos do mundo” (SUPIOT, 2014).

Dentre esses princípios destaca-se o de não ser o trabalho humano passível de troca (art. I, a), pois, na perspectiva kantiana de que o

¹⁴ As tais *Coisas Novas* propostas pelo Sumo Pontífice de outrora rechaça a concepção socialista de vida (“Os socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para os Municípios ou para o Estado [Omissis]. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social”), defende abertamente a propriedade privada (“Mas, e isto parece ainda mais grave, o remédio proposto está em oposição flagrante com a justiça, porque a propriedade particular e pessoal é, para o homem, de direito natural”) e acomoda a exploração do trabalho humano aos interesses do capital, sem genuína preocupação com a justiça social (“Entre estes deveres, eis os que dizem respeito ao pobre e ao operário: deve fornecer integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeu por contrato livre e conforme à equidade; não deve lesar o seu patrão, nem nos seus bens, nem na sua pessoa”). Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Consulta em: 18 ago. 2019 - g.n.

homem é um fim em si mesmo (formulação que decorre de seu *imperativo categórico*¹⁵), a dignidade humana deve ser objeto fundante de um Estado Democrático de Direito, como o é no caso brasileiro a partir do art. 1º, III, da Constituição da República de 1988.

Além desses princípios fundamentais, a Declaração da Filadélfia, em seu Título II, reafirma o elo indissolúvel entre a permanência da paz e a justiça social, o que gerou o compromisso de que os Estados integrantes da OIT priorizassem, desde então, a implementação de políticas públicas com vistas ao bem-estar material dos trabalhadores.

Em seu Título III, a Declaração da Filadélfia externa serem obrigações da OIT estimular a busca pelo pleno emprego, a formação pessoal e profissional adequada, a observância a parâmetros dignos de remuneração, de carga horária e condições materiais de trabalho, para além do reconhecimento, em sua plenitude, dos direitos à negociação coletiva, à tutela da vida e da saúde no ambiente laboral, à seguridade social e à proteção da infância e da maternidade.

Finalmente, em seu Título IV, a Declaração da Filadélfia diz que o progresso econômico e social de todos os países é o horizonte a ser usado para a exploração de matérias-primas, de modo a favorecer um comércio internacional constante e que garanta a melhoria da saúde, da educação e do bem-estar dos povos (EBERT, 2018).

Assim, percebe-se que, para o combate à pobreza e às desigualdades sociais (que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – art. 3º, III, da CRFB/1988) e a concretização da

¹⁵ Por imperativo categórico pode-se entender uma lei universal do Direito, uma norma moral universalizada que representa uma ação objetivamente necessária, sintetizada no seguinte enunciado de Kant (2013) na *Metafísica dos Costumes* “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.

justiça social¹⁶, a OIT apropria-se do conceito de trabalho decente¹⁷ como sendo aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna.

O *trabalho decente* apoia-se, segundo a OIT, nos pilares de **i)** existência de direitos fundamentais de liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e de eliminação de todas as formas de trabalho forçado; **ii)** abolição efetiva do trabalho infantil e eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação; **iii)** promoção de empregos de qualidade; **iv)** extensão da proteção social; e **v)** diálogo social.

Essa formulação inspirou o Brasil a assumir compromissos internacionais, tais como a “Cooperação Sul-Sul para proteção dos Direitos de Trabalhadores e Trabalhadoras Migrantes na Região da América Latina e Caribe”¹⁸.

¹⁶ Entendemos que a justiça social vem para superar a ideia da igualdade meramente formal, para se preocupar com a instauração de mecanismos legais e institucionais de igualdade substancial, consubstanciando-se em real igualdade de condições de vida e oportunidades, com vistas a extinguir, tanto quanto possível, diferenciações sociais injustificadas, tais como as decorrentes de preconceito. É manejada pela OIT em sua “Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais ao Trabalho” como garantidora da paz universal, bem como permanente e se encontra presente em diversas normas constitucionais brasileiras, dentre as quais cito, ilustrativamente, o art. 3º, I, da CRFB/1988 e a função social da propriedade privada, art. 5º, XXXIII, da CRFB/1988. A justiça social, assim, se manifesta em políticas de diminuição de desigualdades sociais sob o primado da *equidade, igualdade e distribuição*. (Cf. *Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites*, p. 109. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em: 17 ago. 2019.

¹⁷ O trabalho decente encontrou maturação global na Resolução final da Assembleia das Nações Unidas de setembro de 2005.

¹⁸ Consulta disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/projects/WCMS_365740/lang-pt/index.htm. Acesso em: 18 ago 2019. Releva esse projeto desenvolvido no Brasil, pois, de acordo com Antunes (2018), na atual conformação da classe trabalhadora, “O exemplo dos imigrantes talvez seja o mais emblemático: com o enorme incremento do *novo proletariado informal*, do subproletariado fabril e de serviços, novas atividades laborativas são exercidas pelos imigrantes que circulam em escala global. A classe trabalhadora, portanto, é composta – e isso é decisivo hoje – da totalidade dos trabalhadores assalariados, em todas as suas distintas modalidades de inserção no mundo do trabalho, incluindo aqueles subempregados, na informalidade e desempregados”

No estado do Pará, por exemplo, há alta concentração de casos de trabalho análogo ao escravo¹⁹. Ainda assim, das estratégias de luta contra essa situação, surgiu o Projeto “Algodão com Trabalho Decente”, em vigência até o final do corrente ano, por meio do qual se pretende contribuir para a promoção do trabalho decente em países produtores de algodão, como é o caso do Mali, de Moçambique, da Tanzânia, do Paraguai e do Peru, por meio da sistematização de experiências brasileiras de combate ao trabalho extenuante nessas plantações, a partir do compartilhamento dessas experiências e posterior adaptação nesses países²⁰.

O Brasil, por outro lado, permanece no rol dos países denunciados por violar normas internacionais do trabalho, a chamada “lista curta”, atualizada na 108ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra (Suíça) no último mês de junho.

Os arts. 611-A e 611-B inseridos na CLT pela Lei n.º 13.467/2017 são os que mais abertamente conflitam com as normas internacionais de proteção ao trabalho humano da OIT, em especial com suas Convenções n.º **98** (1949, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 49 de 1952), **151** (1978, ratificada pelo Decreto Legislativo n.º 206 de 2010) e **154** (1981, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 22 de 1992), pois não respeitam as disposições convencionais que versam sobre o direito à sindicalização e à negociação coletiva independente, mediante os quais a classe trabalhadora, conscientemente agregada²¹, possa negociar efetiva

¹⁹ Informações coletadas em: <https://www.diarioonline.com.br/noticias/para/noticia-572165-para-e-o-2-colocado-no-ranking-do-trabalho-escravo.html>. Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁰ Maiores detalhes sobre o Programa em: https://www.ilo.org/brasilia/programas-projetos/WCMS_451695/lang--pt/index.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

²¹ As normas da OIT não parecem pavimentar o caminho para a emancipação do homem frente ao capital por intermédio de uma *práxis* institucional revolucionária. Segundo Fernandes (2019), a consciência de classe surge da experiência unificada de intensa exploração, que arma a classe trabalhadora contra o processo de sua instrumentalização para atender aos anseios de um capitalismo que se desenvolve e se adapta aos novos tempos.

melhoria em suas condições de trabalho, com vistas ao exercício do labor em condições de dignidade²².

A Organização, por meio de amplo instrumental jurídico, coloca à disposição mecanismos que possam assegurar a existência do homem em condições de trabalho humano, cumprindo com sua missão de promover a justiça social. A decência de seu labor é viabilizada pelos limites exploratórios ao capital, delineados em sua Agenda programática de desenvolvimento sustentável.

Entretanto, na mesma esteira de aprovação acelerada e sem a participação da população no processo está a apreciação, pelo Legislativo Federal, da Medida Provisória n. 881/2019, apelidada como a “MP da liberdade econômica”. A proposta originária encaminhada pelo Executivo tinha a finalidade de instituir uma ambiência econômica mais competitiva e desburocratizada, mas o Projeto de Lei de Conversão n. 17 de 2019 passou a prever mudanças na CLT que estão em desacordo com as Convenções ns. **14** (Repouso Semanal na Indústria), **81** (Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio), **106**

Pelo contrário, a OIT, por meio de suas normas, mantém condições de sobrevida do modo de produção capitalista, pois ela busca condensar as tensões entre trabalho e capital, só que de uma maneira humanizada, em que o homem e sua força vital não sejam tratados pelas leis dos diversos países que a compõem como uma mercadoria, passível de troca imediata e desregrada, na esteira do disposto na Declaração de Filadélfia de 1944. O papel da OIT acaba sendo, nessa visão, unicamente o de limitar, ao máximo, a exploração do homem pelo capital; atuação necessária, mas ainda aquém de um horizonte revolucionário, em uma perspectiva materialista- histórica gramsciana, a qual propugna que “a conquista da libertação depende de uma revolução, porque ela não consiste simplesmente na negação do sistema atual, mas na negação da negação – uma abolição no sentido hegeliano de suprassunção (*aufheben*), o que requer a restauração do trabalho humano, das relações humanas e interação humana com a natureza para a sua essência *livre* [não exploratória] que fora pretendida ontologicamente” (*Ibidem*)

²² No art. 2-1, a Convenção n° 98 garante que “As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração”. Essa norma internacional de proteção ao trabalho se encontra plasmada no art. 8º, I, da Constituição da República de 1988 ao tratar dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Os governos autoritários que antecederam a atual ordem democrática, notadamente a Era Vargas (1930 a 1945), em que foram consolidadas as Leis do Trabalho no Brasil em um único documento, a CLT, e a Ditadura civil-empresarial-militar (1964-1985) não permitiam ampla liberdade sindical, uma vez que a regra era a interferência estatal restritiva da autonomia das partes, permeadas as relações sindicais por agentes do Estado brasileiro.

(Repouso Semanal no Comércio e nos Escritórios) e 155 (Segurança e Saúde dos Trabalhadores) da OIT²³.

Fica evidente que é no campo do direito internacional do trabalho, que despontam possíveis refúgios normativos para que o aplicador do direito encontre mecanismos de resistência a um avanço contra os direitos fundamentais trabalhistas.

Isso porque um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal revela a matriz iluminista no Direito a partir de Kant. Esse princípio fundamental também é extraído do art. I da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim diz: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação um aos outros com espírito de fraternidade”.

Ao lado da Declaração Universal, temos inúmeras Convenções da OIT incorporadas pelo direito interno brasileiro, algumas aqui já citadas, além de várias de suas Recomendações, sendo que as mais recentes absorvem em seu texto o conceito de trabalho decente.

É na concepção de Trabalho Decente presente nessas normativas internacionais que o aplicador do Direito encontra elementos de resistência juridicamente legítima à proteção de direitos fundamentais no trabalho.

²³ Em Nota Técnica conjunta, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT) e a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT) manifestaram-se contra a conversão da Medida Provisória em Lei, pois as alterações propostas ao regime jurídico-trabalhista “a pretexto de prestigiar a liberdade econômica, promove a supressão de direitos sociais amparados em normas constitucionais e internacionais do trabalho, de forma desproporcional, em evidente vício de inconstitucionalidade e inconveniência, além de promover radical afrouxamento do sistema fiscalizatório trabalhista, com intenso e irrazoável sacrifício dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores”. Consulta disponível em: <https://www.abrat.adv.br/plv17.pdf>. Acesso em 30.07.2019.

3 Notas conclusivas.

Procurou-se por meio do presente artigo científico, a partir de uma perspectiva multidisciplinar e do manejo de diversas fontes, fazer um diagnóstico crítico do atual estágio de desenvolvimento do mundo do trabalho, para, em seguida, traçar estratégias de enfrentamento ao avanço contra direitos sociais fundamentais dos trabalhadores plasmados em novas leis brasileiras do trabalho.

A contemporânea morfologia do trabalho humano, em todo o mundo, marcado pela globalização econômica e a reestruturação produtiva do capital estressa a concretização da justiça social no plano legislativo interno dos países e na formulação de políticas públicas, pois, nas palavras de Alain Supiot (2014), “Em lugar de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências da finança, e tratam-se os homens como ‘capital humano’ a serviço da economia”.

Dito isso, as conclusões a que se chega podem ser assim sintetizadas: 1) a Lei n.º 13.467/2017 é incompatível com o paradigma de trabalho decente presente nas Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, e nas demais normas internacionais que compõem o Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Declaração de Filadélfia de 1944, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT de 1998); e 2) Porém, considerando a ideia de trabalho decente, conforme a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da OIT²⁴ - a qual

²⁴ A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável é “um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade”, buscando “fortalecer a paz universal com mais liberdade”. São 17 os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável elaborados pela ONU, sendo que o de n.º 08 é o de “promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”. Maiores informações disponíveis em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Consulta em: 01.10.2019.

concretiza no plano do direito social ao trabalho nada mais que o princípio da dignidade da pessoa humana já previsto pela Constituição da República-, é possível o afastamento das disposições da Lei n.º 13.467/2017 que destoem dessa proteção internacional assegurada à pessoa humana do trabalhador.

Imprescindível, portanto, que a comunidade jurídica municie-se da compreensão das normas internacionais de direito do trabalho, para que o jurisdicionado tenha, a seu dispor, mecanismos de concretização de direitos seus de envergadura constitucional, da forma como anteriormente procurou-se contribuir.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *O Privilégio da Servidão: O Novo Proletariado de Serviços na Era Digital*. 1ª. edição. São Paulo: Boitempo, 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *É aprovada na Califórnia lei que considera empregados os trabalhadores de aplicativos*. Mas não é só isso: a lei californiana é um trem bala na contramão da reforma Trabalhista brasileira. 20.09.2019.

DEJOURS, Christophe; ABDOUCHELI, Elisabeth; JAYET, Christian. *Psicodinâmica do Trabalho*. Contribuições da Escola Dejouriana à análise da relação prazer, sofrimento e trabalho. São Paulo: Atlas, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

- DELGADO, Maurício Godinho (Org.); DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2015.
- EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A Constituição da OIT (1919) e a Declaração de Filadélfia (1944). *In*: ROCHA, Cláudio Jannotti da; LUDOVICO, Giuseppe;
- PORTO, Lorena Vasconcelos; BORSIO, Marcelo; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Coordenadores). *Direito Internacional do Trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos de proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 2018.
- FERNANDES, Sabrina. *Sintomas mórbidos. A encruzilhada da esquerda brasileira*. São Paulo, Autonomia Literária, 2019.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2017.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 1ª ed. São Paulo: N-1 Edições, 2018.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2009.
- SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Tradução: Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998.

Controle jurisdicional de constitucionalidade e a Reforma Trabalhista: o caso da contribuição sindical

*Priscila Kuhl Zoghbi*¹

1 Introdução

A Lei 13.467, comumente conhecida como Reforma Trabalhista, alterou de forma profunda e significativa as Consolidações de Leis do Trabalho (CLT), que por sua vez, consiste em um dos principais diplomas legislativos na esfera do direito laboral.

No entanto, vale frisar que, todo dispositivo legislativo, tendo sido objeto de alteração ou não, deve estar de acordo com a ordem constitucional. Uma das formas de garantir que tal compatibilidade ocorra consiste no controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

Esse artigo possui como escopo, portanto, analisar um dos pontos mais importantes da Reforma: a alteração do modelo de pagamento da contribuição sindical sob a ótica da Constituição Federal. Para que esse objetivo seja alcançado, o artigo, em sua primeira parte, busca inicialmente conceituar e definir o instituto do controle de constitucionalidade.

Em seguida, analisa-se a origem do instituto em uma das suas formas mais peculiares: o controle exercido por juízes ou por órgão do Poder Judiciário.

¹ Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (em andamento). Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). L.L.M em Gestão Empresarial pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (CEU Law School (2017). Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015). Advogada.

Posteriormente, analisar-se-á o instituto da contribuição sindical e a análise exercida pelo Supremo Tribunal Federal da alteração do seu regime de pagamento, presente na ADI 5794.

Por fim, apresentar-se-ão as conclusões.

2 Controle de constitucionalidade

2.1 Conceito e Definição

Controle de constitucionalidade pode ser entendido como a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição. Para tal análise utiliza-se como instrumento uma série de requisitos formais quanto substanciais.

Os requisitos formais podem ser objetivos – como a forma, o rito, os prazos, por exemplo – ou subjetivos, como a competência do órgão editor.

Por sua vez, os requisitos substanciais dizem respeito aos direitos e garantias previstos na Constituição².

É através do controle de constitucionalidade que se retira do sistema o ato normativo de menor densidade ou positividade que inflige ofensa, mesmo de forma implícita, ao texto constitucional³.

A doutrina apresenta diversas formas que o controle de constitucionalidade pode vir a ser exercido. No que tange ao órgão que exerce o controle, este pode ser um: (i) controle político; (ii) controle misto e (iii) controle jurisdicional.

Quanto ao último, – o controle jurisdicional – este pode ser entendido como aquele exercido por uma Corte Constitucional ou ainda por um órgão integrante do Poder Judiciário. Essa forma de controle pode, para fins didáticos, ser ainda subdividido em: modelo difuso, conhecido como

² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

³ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 26.

sistema americano, ou modelo concentrado comumente chamado de modelo austríaco ou europeu⁴.

No sistema austríaco há concessão da atribuição a um órgão jurisdicional superior ou mesmo a uma Corte Constitucional para o julgamento de questões constitucionais. Adota-se a estratégia de ações individuais para a defesa de posições subjetivas além de criar meios para a defesa delas. Esse sistema acaba por tornar o juiz ou o tribunal em um participante ativo no controle de constitucionalidade⁵.

Por sua vez, o modelo americano concede maior importância à defesa do interesse público em detrimento de posições exclusivamente subjetivas. Nos moldes desse sistema, assegura-se a qualquer órgão judicial encarregado de: “aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”⁶.

a. Origem do Instituto: Breve relato do caso *Marbury versus Madison*

Não é possível estudar a gênese do controle jurisdicional de constitucionalidade americano sem analisar a decisão resultante do caso *Marbury versus Madison*, ocorrido em 1803.

Em 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams buscava se reeleger, mas acabou perdendo a eleição para Thomas Jefferson.

No entanto, antes que o mandato de Adams fosse encerrado, houve a aprovação do *Judiciary Act* de 1801. Esta lei resultou em uma reorganização da justiça federal, conferindo ao Presidente, entre outras atribuições, o poder de nomear magistrados. Utilizando-se, então, da

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1059-1061.

⁵ *Ibidem*, p. 1061.

⁶ *Ibidem*, p. 1062.

referida lei Adams nomeou uma série de juízes, sendo tal ato reconhecido pelo Senado. Porém, em detrimento do pouco tempo disponível, alguns diplomas não foram entregues antes da posse do novo presidente, Thomas Jefferson.

Ao assumir a presidência, Thomas Jefferson nomeou James Madison como Secretário do Estado. Este, então, recusou-se a entregar os diplomas de investidura restantes, impossibilitando que os interessados assumissem o cargo. Um dos interessados, que apesar de já ter sido nomeado, mas que não havia tido o seu diploma de investidura até então entregue, foi *Willian Marbury*.

Marbury então buscou diretamente a Suprema Corte dos Estados Unidos requerendo a expedição de um *writ of mandamus*. Essa demanda levava como fundamentação principal o *Judiciary Act* de 1789, que previa tal competência à Corte. O relator do caso foi John Marshall, então presidente da Suprema Corte e antigo Secretário de Estado do presidente John Adams.

O pleito baseou-se em quatro principais questões. A primeira consistia na existência ou não do direito de *Marbury* ao diploma de investidura. Frente a esse questionamento, Marshall deliberou pela existência do direito pois o Presidente Adams havia realizado a nomeação. Além disso, o fato de o selo dos Estados Unidos já ter sido fixado no diploma de investidura pelo secretário do estado consistia em uma prova da legitimidade da assinatura e completude do ato.

Em segundo lugar, no caso de o requerente possuir o direito, questionava-se se esse direito havia sido violado e caso afirmativo, se haveria para tanto um remédio legal. Marshall, por sua vez, afirmou que a cada violação de um direito legal existe um remédio a fim de saná-la.

Em terceiro lugar, inquiriu-se se o remédio legal para o referido caso seria o *writ of mandamus* e se este poderia ser emitido pela Corte. Frente

a essa indagação, Marshall alegou que a Corte não possuía competência para emitir o referido *mandamus* ao Secretário do Estado pois essa situação configuraria um exercício de jurisdição originária, o que, por sua vez, não seria permitido pela Constituição em seu artigo 3º:

(...) In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction (...).

[= Em todos os casos que envolvam embaixadores ou ministros e cônsules, e naqueles nos quais o Estado deva fazer parte, a Suprema Corte terá jurisdição originária. Em todos os outros casos a Suprema Corte exercerá jurisdição recursal (...).

Concluiu-se que *Judiciary Act* de 1789⁷ – o qual previa a possibilidade da Suprema Corte de exercer jurisdição originária para expedição do *writ of mandamus* – seria incompatível com o artigo 3º da Constituição americana e, portanto, inconstitucional.

A última questão, e pela qual a decisão tornou-se mais conhecida, consiste na possibilidade de a Suprema Corte declarar que um ato proferido pelo Congresso esteja em desacordo com a Constituição⁸. Nesse sentido, John Marshall afirmou que, frente a um conflito entre uma lei inconstitucional e a própria Constituição, os magistrados, devem optar pela última, pois esta é a lei fundamental.

De acordo com FERREIRA FILHO, o juiz do caso constatou que, considerando-se a Constituição Americana como base do direito e

⁷ *Judiciary Act* (1789), Section 13: “The Supreme Court (...) and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, (...) and writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States”. [= A Suprema Corte (...) terá o poder de emitir *writs* proibitivos às cortes distritais, e *writs of mandamus*, nos casos garantidos pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que exerçam funções sob autoridade dos Estados Unidos”.

⁸ VILE, John. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16. ed. Plymouth: Rowman & Littlefield. p. 107-108.

imutável por meios ordinários, eventuais leis comuns que não estivessem de acordo com esta não podem ser consideradas como verdadeiras leis. Seguindo essa lógica, as leis que não estejam em conformidade com a lei maior são nulas, não gerando obrigações aos particulares.

Ademais, o magistrado demonstrou que ao Judiciário compete indagar a constitucionalidade de uma lei. E, caberá a este decidir, no caso de confronto entre leis, qual aplicar-se-á no caso concreto⁹.

3 Contribuição Sindical

A Lei 13.467/2017 alterou a redação do artigo 582 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que previa o regime das contribuições sindicais.

Vale lembrar que a contribuição sindical, implantada há várias décadas inicialmente sob a alcunha de “imposto sindical”, já constituía em uma receita controvertida do ponto de vista político-ideológico. Pois tratava-se de uma receita recolhida anualmente em favor do sistema sindical, não importando se o profissional contribuidor tratava-se de um empregado, empregador ou mesmo profissional liberal¹⁰.

Em outras palavras, a contribuição fazia-se obrigatória mesmo frente a trabalhadores que não fossem sindicalizados, possuindo, para estes, matiz parafiscal.

No texto antes da Reforma, o pagamento das referidas contribuições era de caráter obrigatório. De acordo com o art. 582, CLT em seu texto anterior:

⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os Comentários à Lei 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 266.

Os empregadores estão obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos Sindicatos.

No entanto, como pode-se deduzir da alteração produzida pela Lei 13.467/2017, a contribuição sindical passou a ser meramente facultativa:

Art. 582, CLT: “Os empregadores estão obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

Importante ressaltar que a referida transmutação do caráter obrigatório para opcional da contribuição sindical provou alterações em diversos outros dispositivos da CLT, não restringindo-se ao artigo supracitado. A título de exemplo: artigos 545, 578, 579, 587 e 602 da CLT. Ademais, os artigos 601 e 604 do diploma foram revogados.

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5794

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5794 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF).

O objeto da contestação tratou-se do artigo 1º da Lei 13.467/2017 que ocasionou múltiplas alterações no corpo da CLT, estando entre eles, o artigo 582 do referido diploma, o qual transmutou o caráter obrigatório do pagamento da contribuição sindical para meramente facultativo.

A CONTTMAF alegou que essa modificação consistiria em uma ofensa aos artigos 146, II e III¹¹, 149¹² e 150 §6^{o13}, da Constituição da República Federativa do Brasil. Far-se-ia mister que a nova regulamentação se desse através de lei complementar e norma específica. Ademais, tratar-se-ia de um desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

A referida ADI não consistia na única ação proposta que questionava a extinção da contribuição sindical compulsória. De forma conjunta, tramitaram outras 17 ADI's¹⁴ com o mesmo objetivo e, em contraposição, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC n° 55.

Por seis votos a três o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade da nova regência jurídica no que se refere à extinção da contribuição sindical obrigatória.

Entre os argumentos a favor da constitucionalidade da referida alteração vale citar a liberdade sindical, a suposta perversão da entidade sindical, fraca e descompromissada, já que sua sobrevivência não estaria

¹¹ Art. 146, II e III: “Cabe à lei complementar:

(...)

II- regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239”.

¹² Art. 149. “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)”

¹³ Art. 150 § 6º: “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g”.

¹⁴ São estas: ADI 5912; ADI 5923; ADI 5859; ADI 5865; ADI 5813; ADI 5887; ADI 5913; ADI 5810; ADI 5811; ADI 5888; ADI 5815; ADI 5850; ADI 5900; ADI 5945; ADI 5885; ADI 5892 e ADI 5806.

vinculada à satisfação dos interesses dos trabalhadores. Nesse sentido, o voto do Ministro Luis Fux:

(...) Ademais, a alegação de que a exação compulsória é necessária para uma representação forte e efetiva dos interesses do trabalhador ignora que a garantia de uma fonte de custeio, independentemente de resultados, cria incentivos perversos para uma atuação dos sindicatos fraca e descompromissada com os anseios dos empregados. Evidentemente, se todos eram obrigados ao pagamento das contribuições sindicais, concordassem ou não com a gestão da entidade sindical, é de se supor que a sobrevivência desta última não se vinculava à satisfação dos membros da categoria representada. Dessa maneira, a Lei nº 13.467/2017 tem por escopo o fortalecimento e a eficiência das entidades sindicais, que passam a ser orientadas pela necessidade de perseguir os reais interesses dos trabalhadores, a fim de atraírem cada vez mais filiados(...)¹⁵.

Votaram a favor da constitucionalidade da modificação: Ministros Luis Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Carmen Lúcia.

Por sua vez, os Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli e Rosa Weber argumentaram que tal alteração dificultaria que as entidades sindicais alcançassem seu objetivo primordial: defender os direitos dos trabalhadores, exercendo forte contraponto aos interesses dos empregadores.

De acordo com o Ministro Edson Fachin:

(...) E, ainda, a liberdade de associação deve ser harmonizada com o direito de uma categoria ser defendida por um sindicato único, de modo que admitir a facultatividade da contribuição, cuja concepção constituinte tem sido historicamente da obrigatoriedade, pode, ao menos em tese, importar um

¹⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>. Acesso: 12 de setembro de 2019.

esmaecimento dos meios necessários à consecução dos objetivos constitucionais impostos a estas entidades, dentre os quais destacam-se a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, III, da CRFB), participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (artigo 8º, VI, da CRFB), denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (artigo 74, §2º, da CRFB), ajuizar ações diretas e ações mandamentais coletivas perante a jurisdição constitucional (artigos 5º, LXX, e 103, IX, da CRFB).(…)¹⁶.

O julgamento da ADI nº 5794, que por conseguinte dirimiu a questão da constitucionalidade ou não do fim da contribuição compulsória devida aos entes sindicais, constitui em um importante exemplo da participação do Poder Judiciário no Controle de Constitucionalidade dos atos legislativos.

Veja que um dispositivo legal, gerado por um ato legislativo, foi objeto de análise de compatibilidade com a Constituição por parte de um órgão do poder judiciário.

Conclusão

Com a justificativa de realizar uma adequação entre a legislação à nova realidade do direito do trabalho, a Reforma Trabalhista modificou uma série de dispositivos legais, transmutando até o próprio objetivo do Direito do Trabalho: de elemento protetor da parte hipossuficiente como instrumento de legitimação da redução dos direitos do trabalhador.

A despeito de, pontualmente, a modificação no artigo 582 da CLT estar de acordo com o princípio da liberdade sindical, a análise das alterações deve ser feita a partir do objetivo primordial da Reforma como um todo: enfraquecer o sistema de sindicalismo brasileiro, uma vez que

¹⁶ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>. Acesso: 12 de setembro de 2019.

afetará de forma direta na principal fonte de custeio das entidades sindicais.

A modificação do referido artigo produzirá ainda, de forma indireta, uma série de outras mudanças no sistema sindical e afetando como consequência, Direito do Trabalho como um todo. A referida alteração, frise-se, não veio de forma singular, e sim acompanhada de da mutação de vários outros dispositivos que regulavam o sistema sindical. Tal conduta acaba por enfraquecer o sistema sindical, pois limitou, de forma considerável, sua principal fonte de custeio de forma repentina.

Por sua vez, a debilitação dos entes sindicais implica de forma negativa nos contratos de trabalho, pois o sindicato consiste em um dos principais instrumentos dos trabalhadores não apenas de negociação de melhores condições laborativas como também de manutenção das mesmas.

Referências

- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os Comentários à Lei 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VILE, John. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16. ed. Plymouth: Rowman & Littlefield.

O conceito de danos existenciais e sua positivação com a reforma trabalhista

*Rejane Pessoa de Lima*¹
*Andrea Bassalo Vilhena Gomes*²

1 Introdução

A reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17) ao mesmo tempo que positivou os danos existenciais, que constituem um dos institutos mais novos da responsabilidade civil, restringiu sua aplicação ao inserir como parte integrante dos danos extrapatrimoniais.

Este trabalho, primeiramente, aborda o surgimento dos danos existenciais na legislação brasileira e, na sequência, na esfera trabalhista.

Em segundo lugar, discutiremos o conceito de danos existenciais e seu tratamento pela doutrina, em especial, no âmbito trabalhista, e qual o bem resguardado por essa concepção. Por fim, levantaremos os dispositivos legais introduzidos pela chamada reforma trabalhista que propiciam o desuso pelos profissionais do direito, de Ações que contenham pedidos de indenizações decorrentes dos referidos danos.

2 Contextualização do surgimento dos danos existenciais

Ao longo dos anos, buscou-se humanizar o sistema capitalista, com destaque para o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de

¹ Doutoranda em Direitos Humanos pelo PPGD/UFGA. Professora do Curso de Direito da UNIFESSPA. e-mail: rejanelima@unifesspa.edu.br

² Mestranda em Propriedade Intelectual e transferência de Tecnologia pelo PROFNIT/UNIFESSPA. Professora do Curso de Direito da CEMAR. e-mail: abv_144@hotmail.com

Dezembro de 1966, e para a Constituição Federal do Brasil, aprovada em 1988, que estabeleceram, construtivamente, o trabalho como um fator indispensável para uma vida digna.

Vale ressaltar que a atual Lei Maior, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, em seu art. 6º, trouxe a previsão dos Direitos Sociais, no qual o trabalho está inserido. Ademais, encontramos princípios e direitos trabalhistas distribuídos do artigo 7º ao 11º, como meio de amparo e humanização do trabalho visando garantir uma vida saudável e digna.

Portanto, temos por meio da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei Maior de 1988, a garantia aos trabalhadores dos períodos de descanso; intervalos; férias; limitação da jornada de trabalho e outros direitos.

Verificamos, nesse sentido, que em nosso ordenamento jurídico existem vários institutos e normas jurídicas visando a proteção do ser humano em sua relação de trabalho frente ao empregador e aos riscos advindos desta relação contratual.

Destacamos que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), principalmente através das Convenções 29, 98, e 105, possui um grande papel nesta humanização do mundo do trabalho. Declara que deverão ser mantidas relações respeitadas no ambiente laboral, fomenta o acesso ao trabalho decente e produtivo em igualdade de condições, segurança e dignidade. Além disso, oferece diretrizes como liberdade de associação e liberdade sindical, reconhece direito de negociação coletiva, eliminação do trabalho forçado ou obrigatório, abolição do trabalho infantil e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, proteção aos direitos fundamentais sociais.

Diante dessa legislação humanista, internacional e brasileira, seria inevitável o surgimento de um novo conceito jurídico que fizesse uma

crítica contra a massificação e a ditadura do local de trabalho, dificultando o desenvolvimento da personalidade do trabalhador no Mundo moderno.

Neste sentido, surgiu o dano existencial, que mesmo originado da responsabilidade civil, busca a reparação integral dos danos causados ao indivíduo. Sendo no direito do trabalho, aplicado a favor do empregado por uma conduta ilícita do empregador.

Em relação à responsabilidade civil, convém destacar que este é um dos institutos que mais progrediu, pois passou pelo período de vingança privada, onde não existia a preocupação no estabelecimento de proporcionalidade, para responsabilização decorrente de uma conduta ilícita aplicada nos mesmos parâmetros de seu delito. Deste modo, a reparação passou a ser equiparada ao dano causado.

3 Conceito de danos existenciais

O dano é um dos elementos da responsabilidade civil, este pode ser patrimonial e extrapatrimonial, o primeiro se refere a danos de natureza corpórea, ou seja, quando existe diminuição do patrimônio corpóreo de uma pessoa, no caso do direito do trabalho, predominantemente do empregado. Já o segundo, é o dano que não se pode mensurar, economicamente, de imediato.

Diferente do dano patrimonial, atualmente, o dano existencial é uma modalidade de dano extrapatrimonial, que segundo a CLT em seu art. 223-B dispõe que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera oral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

Assim em uma definição, o dano existencial pode ser caracterizado quando ocorre uma violação dos direitos fundamentais do trabalhador, gerando prejuízos a seus projetos e relações pessoais pela prática de condutas ilícitas advindas de seus empregadores.

O conceito de danos existenciais entrou no Brasil a partir de 2011, havendo poucas análises publicadas na área do direito de família e do trabalho. O conceito de dano existencial surgiu como uma forma de oferecer mais dignidade e melhor qualidade de vida ao trabalhador, permitindo ao indivíduo cuidar de si e se realizar como ser humano, contribuindo ao mesmo tempo para a humanização da sociedade.

Diferentemente do dano moral, que possui repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.), o dano existencial é um dano sociológico que gera alterações nocivas na vida cotidiana da vítima (como a impossibilidade de executar tarefas relacionadas às necessidades básicas, tais como cuidar da casa, da própria higiene, dos familiares, falar e caminhar na sociedade, etc.).

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial decorrente da conduta patronal que pode gerar duas espécies de prejuízos ao empregado, quais sejam, a impossibilidade de o empregado executar o seu projeto de vida; e também a dificuldade de retomar a sua vida de relação.

A primeira espécie de prejuízo, dano ao projeto de vida, impede o empregado de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, os quais serão por sua vez responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. Esse dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima - incidindo sobre a sua liberdade de escolher o seu próprio destino.

Por sua vez, no prejuízo à vida de relação, que diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, impossibilitando o empregado de estabelecer a sua história vivencial e de desenvolver de forma ampla e saudável a sua história (compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades).

Preocupados em conceituar danos existencial Alvarenga & Boucinhas Filho (2013) apontam:

(...) o dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

O estudioso Farias (2014) comenta em seu estudo: “A proteção da saúde física e psíquica do trabalhador como um direito fundamental: uma análise sobre a ocorrência de dano existencial nas jornadas de trabalho” que existe inúmeras reclamações trabalhista com pedidos de horas extras o que demonstra o dano existencial ao trabalhador, provando que os empregados estão mais convivendo em ambiente laboral do que com sua família e comunidade.

Observando Segala (2015) constatamos, que, com a revolução tecnológica surgiram inúmeras espécie de atividade laborais, requerendo cada vez mais a presença do trabalhador no ambiente laboral, e essas modalidade começaram a desrespeitar direitos básicos dos empregados, deixando estes envolvido com o mundo laboral esquecendo laços familiares e abandonando o lazer. Bião e Frota (2019), lembram que o conceito de danos existenciais surgiu como “um mecanismo fundamental para a reparação da dignidade humana de milhares de trabalhadores”.

Analisando, Bião e Frota (2019) afirmaram que o indivíduo tem necessidade de ter contato com outros seres humanos e também construir projetos que o possibilitem sua inclusão na sociedade. Por isso, os danos existenciais significam “um conjunto de alterações não pecuniárias nas

condições de existência da pessoa humana; mudanças relevantes no curso de sua história de vida e, por conseguinte, daqueles com quem compartilha a intimidade familiar”.

Deve ser ressaltado ainda que a proteção ao obreiro e o dever de reparar o dano sofrido decorrente do ambiente laboral possui extrema importância, na medida em que, a proteção dos direitos do trabalhador é a efetivação da dignidade da pessoa humana que é um princípio fundamental insculpido em nossa Lei Maior de 1988 sendo a base de todo o direito.

4 Jurisprudência consolidada sobre dano existencial

Apesar de ser considerado que a comprovação do dano existencial é melhor identificada no ambiente laboral, não basta a simples alegação de que o trabalho frustrou algum projeto pessoal ou está impedindo a convivência familiar, afetiva ou social é necessária a comprovação de maneira inequívoca do suposto dano e o nexo causal com o trabalho, sendo ônus da prova do empregado. Cabe ao trabalhador a demonstração dos danos causados aos seus projetos de vida e à sua vida em sociedade, e que os mesmos decorreram de sua relação laboral.

Portanto a discussão no âmbito laboral gira em torno da averiguação do equilíbrio entre a qualidade de vida do trabalhador e as atividades desenvolvidas em decorrência da relação de emprego, o que acarreta uma melhor análise pelos legisladores e tribunais de algumas questões específicas como períodos de descanso, repouso semanal remunerado, a férias, ambiente laboral e concessões de licenças médicas relacionadas com a saúde do obreiro.

Entretanto, tem-se requerido a prova dos danos e prejuízos a vida do trabalhador, conforme tem sido o entendimento convencionalista de alguns Tribunais Pátrios, como abaixo se comprova:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. AUSÊNCIA DE PREMISA FÁTICA DE LABOR EM JORNADA EXTENUANTE. SÚMULA 126/TST. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização - metas pessoais, desejos, objetivos etc) e de relações interpessoais do indivíduo. Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Esta Corte tem entendido que a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). Todavia, de acordo com as premissas fáticas descritas no acórdão, insuscetível de reexame em sede de recurso extraordinário (Súmula 126/TST), não é possível concluir pela caracterização do dano moral, porquanto não ficou demonstrada a prática de jornada exaustiva de trabalho. Recurso de revista não conhecido" (RR-1616-75.2014.5.09.0088, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 13/09/2019).

RECURSO ORDINÁRIO. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA. DANO EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. Ainda que se admita que o empregado era submetido à jornada de trabalho excessiva, é necessário que comprove que tal situação acarretou de fato prejuízo à sua vida, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso do reclamante improvido. (TRT da 8ª Região; Processo: 0001351-91.2015.5.08.0015 RO; Data: 31/01/2018; Órgão Julgador: 3ª Turma; Relator: MARIA VALQUIRIA NORAT COELHO)

RECURSO ORDINÁRIO. DANO EXISTENCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. Ainda que se admita que o empregado era submetido à jornada de trabalho excessiva, seria necessário a comprovação que tal situação acarretou de fato prejuízo à sua vida, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso da reclamada provido para excluir da condenação a indenização por dano existencial. (TRT da 8ª Região; Processo: 0000996-

83.2016.5.08.0003 RO; Data: 23/11/2017; Órgão Julgador: 3ª Turma; Relator: MARIA VALQUIRIA NORAT COELHO)

A Constituição Federal de 1988 entendeu atribuir responsabilidade civil aos empregadores, desde que comprovada a culpa ou dolo, pelo que estabelece:

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

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

E também na dicção do novel Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por **ato ilícito** (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Portanto, para a indenização decorrente do dano existencial, deve ser provado o nexo causal existente entre o dano devidamente comprovado e o ato praticado pelo empregador ou pela atividade de risco. A título de exemplo, por mais que algum empregado passe por um bom período em viagens constantes ou dedicando muitas horas ao seu trabalho, analisando-se a situação como um todo, poderá ser constatado que houve aferição de ganhos, proeminência profissional ou ser enquadrada como uma carreira avantajada, o que dificultaria a comprovação de um profundo dano em sua existência.

Neste sentido, Gonçalves (2008) explica que existem pressupostos da obrigação de indenizar que, de acordo com o doutrinador, são: ação ou

omissão do agente, culpa,nexo causal e dano. Ressaltando que o elemento culpa em sua maioria é dispensável, isso não quer dizer imprescindíveis. Claro que não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano, como consagrado nos artigos 402 e 403 do Código Civil Brasileiro. Desta maneira, nem todo o dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade, afastando a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual.

5 Discussões perante a reforma trabalhista

A reforma trabalhista introduziu alguns conceitos novos, positivando situações não existentes na seara trabalhista, dentre as quais, algumas geram dúvidas ao empregador e trabalhador, além de retrocessos e interpretações que levam a entendimentos divergentes e que podem causar danos aos trabalhadores.

Nesse contexto de mudanças, temos o instituto do dano existencial que, além de ser uma construção nova para o Direito Brasileiro, passou a ser positivado com a Reforma trabalhista, integrando a Consolidação das Leis do Trabalho, em um novo Título II-A, denominado “Do Dano Extrapatrimonial”, artigos 223-B e 223-C, que trouxe a previsão do dano existencial como uma espécie de dano extrapatrimonial, assim definido:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são titulares exclusivas do direito à reparação.

Entre os pontos que podem causar interpretações divergentes quanto a este dispositivo, constatamos que o legislador deixou de reconhecer toda a jurisprudência já consolidada no direito Brasileiro, originado do direito italiano, pois estabeleceu que as pessoas jurídicas também teriam possibilidade de requerer danos existenciais, o que foge as decisões já

consolidadas, que seguem o entendimento ao significado de existir conforme Abragnano (2007, p. 402) “significa relacionar-se com o Mundo, ou seja, com as coisas e com os outros Homens, e, como se trata de relações não-necessárias em suas modalidades, as situações em que elas se configuram só podem ser analisadas em termos de possibilidade”. Para o mesmo autor, “a análise existencial é análise de relações: estas se acentuam em torno do Homem, mas imediatamente vão para além dele, porque se vinculam (de diversos modos, que é preciso determinar) à realidade e ao mundo de que fazem parte ou, em outras palavras, aos outros homens ou às coisas”. Deste modo, o dano existencial está ligado a figura do trabalhador e não relacionado a pessoa jurídica, como tenta parecer a reforma.

A possibilidade da empresa também pleitear danos extrapatrimoniais, conforme atualmente positivado na legislação obreira, limita-se ao dano moral, quanto a ofensas ligadas a imagem, marca, nome, segredo empresarial e o sigilo da correspondência que são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Ressaltamos que o dano existencial advém do existencialismo, onde o indivíduo tem a necessidade de se relacionar com outras pessoas, de alcançar metas propiciando que seu projeto de vida seja realizado, de ser feliz, assim como de ver-se obrigado a fazer escolhas autênticas sem interferência de outrem, agindo de maneira totalmente independente, responsável por suas escolhas, relacionando-se a pessoa humana.

Sendo uma nova espécie de dano no sistema jurídico brasileiro, convém citar a definição da especialista Soares (2009, p. 44) a respeito:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de

atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

O artigo 223-E é outro dispositivo, do recente Título II-A, que propicia interpretação em torno dos agentes causadores do dano existencial, que de acordo com o respectivo dispositivo daria a possibilidade de o agente ativo do respectivo dano não ser somente o empregador.

Tal situação se justificaria na própria Constituição em seu artigo 5, II, onde deixa claro que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. A respectiva justificativa deixa de considerar que em uma relação de emprego, se busca igualar os desiguais onde o empregado, que necessita do trabalho, não tem como se recusar a fazer horas extras ou a deixar de realizar trabalhos no repouso remunerado, ou nos períodos de férias ou em períodos destinados a descanso.

Percebemos que a Reforma trabalhista tenta colocar o empregado em situação de igualdade nas relações de trabalho, ao ponto de poder recusar a execução de atividades que venham prejudicar seu projeto de vida ou sua vida de relações. Assim, diante da possibilidade de recusar trabalho que lhe cause dano a sua existência, torna-se necessária a comprovação do prejuízo decorrente do labor, inclusive poderá ser atribuída culpabilidade ao obreiro em alguma situação.

Esquece o legislador que o índice de desemprego altíssimo em nosso país, e conseqüentemente de um grande exército de reserva, faz com que o empregado brasileiro se submeta a realidade de horas exaustivas e sem intervalos e a labor em períodos de férias.

Assim a reforma trabalhista embora traga em seu bojo a positivação dos danos existenciais impossibilita o seu pedido nas varas especializadas, a respectiva vedação de acumular dano moral e existencial está descrita no

artigo 223-F, da CLT. Além do que, causa outras dúvidas como a acumulação também de danos estéticos, pois estes seriam extrapatrimoniais ou não. Contribuindo mais ainda para confusões jurídicas. Deste modo, importante perceber que o dano existencial é diferente do dano moral:

Dano moral atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2008, p. 359)

Diferentemente do dano existencial, embora seja um dano imaterial, o dano moral não se restringe à amargura ou a aflição, pois, como observamos pelo conceito, o dano moral se refere à lesão sofrida pela pessoa no tocante à personalidade, na esfera subjetiva de uma pessoa. Ou seja, afeta a saúde, a honra, a imagem, a integridade física, etc., enquanto o dano existencial se origina de uma frustração ou de uma projeção que impede o indivíduo de alcançar as suas realizações pessoais, resultando na perda de qualidade de vida, obrigando à reformulação ou mesmo ao abandono dos planos de melhoria existencial.

Outro ponto que convêm ressaltar é quanto a jornada de trabalho, que é um dos pontos que mais se defere nas Varas trabalhistas o pedido de danos existenciais. Embora nossa Constituição em seu art. 7º, XIII, CF, dispõe que a duração da jornada de trabalho diária não será superior a oito horas (quarenta e quatro semanais), mantida pelo texto consolidado, baseado em respeito a princípios como o da legalidade, da dignidade da pessoa humana e o de proteção ao trabalhador, protegendo com isso a sua saúde do trabalhador. Impedido exageros de empregadores, assim coibindo cargas horárias exaustivas de labor.

Observamos ainda que a reforma trabalhista prejudicou a comprovação de danos existenciais, pois a nova legislação trabalhista facilita que o empregador possa desrespeitar os limites de jornada de labor e a fruição integral dos intervalos. Os novos artigos que tratam da duração do trabalho possibilitam a extensão da jornada sem grandes dificuldades, possibilidade descrita no artigo Art. 59, quando permite acordo individual de trabalho para extensão da duração da jornada, assim como possibilita o acordo individual para supressão do intervalo para refeição e descanso.

Além do art. 223-F da reforma trabalhista, praticamente impedir o pedido de dano existencial, quando estabelece que os danos extrapatrimoniais apenas podem ser requeridos cumulativamente com os danos materiais, abandonando, totalmente, a possibilidade de pedidos de danos morais e existencial no mesmo processo.

A previsão dos danos morais conjuntamente com os existenciais na conceituação dos danos extrapatrimoniais na CLT, além dos demais entendimentos trazidos com a reforma, contribui como fator negativo para que não haja mais requerimento pelo profissional do direito. Além do que, com a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais, o número de reclamações diminuiu consideravelmente, fato demonstrado pelo site de notícias do TST, conforme gráfico abaixo:

FIGURA 1 – Comparativo de reclamações trabalhistas entre Jan à Set dos anos de 2017 e 2018.

Fonte: http://tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445. Acesso em: 21 set. 2019

O respectivo demonstrativo retrata a realidade das demandas trabalhistas, onde o empregado temeroso de perder os valores de rescisão, deixa de requerer danos morais ou existenciais pela missão custosa em sua prova ou pela possibilidade de custo em caso de sucumbência para o trabalhador.

Outro dispositivo que contribui para a restrição dos pedidos de dano moral ou existencial, é o art. 223-G, também introduzido pela reforma, pois o mesmo limita os critérios balizadores para medir a extensão do dano e calcular a indenização devida, contrariando a Constituição Federal em seu art. 93, IX, que determina que a decisão judicial apenas precisa ser fundamentada, configurando na restrição ao exercício da jurisdição.

Seguindo esta linha, ainda de maior gravidade, a tarifação dos danos extrapatrimoniais, neles inseridos os danos morais e existenciais, de acordo com o salário contratual do ofendido, conforme descrito no § 1º do artigo 223-G, viola os artigos 5º, V, X e 7º, XXVIII da Constituição Federal

que asseguram tratamento especial ao instituto da reparação de prejuízo extrapatrimonial, prevendo reparação ampla e irrestrita decorrente de dano que tenha ocorrido na relação laboral.

Conclusão

Desta maneira, compreende-se que o dano existencial, verificado nas hipóteses de ofensa a dignidade da pessoa humana, acarretando gerando prejuízos aos projetos e relações pessoais pela prática de condutas ilícitas, também era utilizado na seara trabalhista, estando consolidado através da jurisprudência consolidada dos tribunais.

Com a reforma trabalhista os danos existenciais reconhecida pela jurisprudência trabalhista, passou a ser positivado, passando a compor os chamados danos extrapatrimoniais, expressão essa adotada para diferenciar do patrimonial, abrangendo também os danos morais, com tarifação da indenização correspondente utilizando como base de cálculo o salário da vítima dos referidos danos, de duvidosa constitucionalidade, acarretando interpretação divergente do que era adotado pelos tribunais pátrios.

Na seara trabalhista poderia ser requerida a indenização por danos existenciais sob a alegação de ofensa por algum ato ilícito, com a inclusão no título de danos extrapatrimoniais, pela Lei n. 13.467/2017, a responsabilidade pelo dano extrapatrimonial poderá ser atribuída por quem tenha gerado a ofensa ao bem jurídico tutelado, na medida da extensão do dano, inclusive o próprio trabalhador, que de forma voluntária decide em submeter a certas condições de trabalho.

Deste modo, apesar da reforma trabalhista, tenha trazido os danos extrapatrimoniais, e dentre deles, os prejuízos ao projeto vida e vida de relações, devem ser comprovados, e serão mensurados por critérios e parâmetros considerados questionáveis, desproporcionais e

inconstitucionais, inibindo a formulação de indenização por danos existenciais por meio de reclamações trabalhistas.

Referências

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1ª ed. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista de Alfredo Bosi, revista de tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedette. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Lex Magister, 2013. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx; Acesso em: 5 set. 2019.

BELLOTI, Aline Carla Lopes. **Indenização por dano existencial**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207483,51045-Indenizacao+por+dano+existencial>; Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional da 8ª Região**. TRT da 8ª Região; Processo: 0001351-91.2015.5.08.0015 RO; Data: 31/01/2018; Órgão Julgador: 3ª Turma; Relator: MARIA VALQUIRIA NORAT COELHO. Disponível em: https://juris.trt8.jus.br/pesquisa_julgados/jsessionid=M1Tkul-HlrbPGSLChwSONIHunpZXKoSgiM31_M-p.juris-jb-prod; acesso em 20/09/2019.

BRASIL. **Tribunal Regional da 8ª Região**. TRT da 8ª Região; Processo: 0000996-83.2016.5.08.0003 RO; Data: 23/11/2017; Órgão Julgador: 3ª Turma; Relator: MARIA VALQUIRIA NORAT COELHO. Disponível em: https://juris.trt8.jus.br/pesquisajulgados/jsessionid=M1Tkul-HlrbPGSLChwSONIHunpZXKoSgiM31_M-p.juris-jb-prod; acesso em 20/09/2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. São Paulo: Saraiva, 2019

FARIAS, André Carvalho. **A proteção da saúde física e psíquica do trabalhador como um direito fundamental**: uma análise sobre a ocorrência de dano existencial nas jornadas de trabalho MS - DIREITO (PPGD), 2014. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/aluno/visualiza.php?cod=1178>; acesso em: 2 set. 2019.

FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>. Acesso em: 2 set. 2019.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. **Dimensão existencial da pessoa humana, dano existencial e dano ao projeto de vida**: reflexões à luz do direito comparado. Disponível em: <https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2011/10/30/dimensao-existencial-da-pessoa-humana-dano-existencial-e-dano-ao-projeto-de-vida/>; Acesso em: 2 set. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

HONÓRIO, Cláudia; OLIVEIRA, Fabricio Gonçalves de. **Retrocesso sem precedentes: a reforma trabalhista e os danos extrapatrimoniais**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/14/retrocesso-sem-precedentes-reforma-trabalhista-e-os-danos-extrapatrimoniais/>; Acesso em: 9 set. 2019

LUCA, Guilherme de. **Dano Extrapatrimonial e o Direito do Trabalho pós-Reforma**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/leitura/dano-extrapatrimonial-e-o-direito-do-trabalho-pos-reforma>; Acesso em: 3 set. 2019.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Porto Alegre: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2010. Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf; acesso em: 5 set. 2019.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Reforma não tem efeito imediato de afastar princípios do Direito do Trabalho.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017out-27/reflexoes-trabalhistas-reforma-nao-efeito-imediato-afastar-principios-direito-trabalho>; acesso em: 3 set. 2019.

SEGALA, Michele. Responsabilidade civil por dano existencial: uma análise sob a perspectiva da dignidade humana nas relações laborais. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16535; Acesso em: 25 set. 2019.

A precarização do trabalho: a realidade do trabalho escravo contemporâneo e os desafios latentes para a concretização de direitos humanos e sociais

*Thássia Gomes Borralho*¹

1 Introdução

A América Latina experimentou, na segunda metade do século XX, intensas transformações políticas, sociais, culturais e jurídicas, com especial destaque para a superação dos regimes totalitários por regimes democráticos em vários países da região.

Nada obstante essa conquista, ainda hoje o contexto latino-americano continua sofrendo com três problemas crônicos: acentuada desigualdade, violência endêmica e centralismo do poder político mercê da baixa densidade dos insipientes Estados de Direito, marcados notadamente pelo insuficiente respeito aos direitos humanos no direito interno (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Neste peculiar panorama, observa-se que o Sistema Interamericano, que surgiu como parte integrante da paisagem institucional regional das Américas (ENGSTROM, 2017, p. 1253) e tem como órgão exponencial a Corte Interamericana, que ganha cada vez mais espaço na luta pela afirmação histórica dos direitos humanos.

Apenas a título de exemplo, destacam-se as mais importantes ocasiões em que especificamente o Brasil foi acionado perante a jurisdição

¹ Advogada trabalhista, OAB/MA 9785, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Escola Paulista de Direito, sócia proprietária do escritório RBN Advogados, membro da comissão de Direito do Trabalho OAB/MA, autora de artigo publicado em livro do Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos – INTERDH 2019 – DIREITOS HUMANOS: juridicidade e efetividade).

internacional da Corte Interamericana: calamidades no sistema penitenciário dos Estados de Rondônia (Penitenciária de Urso Branco), São Paulo (Fundação Casa do Tatuapé), Rio Grande do Sul (Presídio Central) e Maranhão (Penitenciária de Pedrinhas), além do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, que tratou sobre a Lei de Anistia, o caso dos Meninos Emascarados do Maranhão, que resultou em acordo na fase da Comissão, e, recentemente, o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, com sentença proferida em outubro de 2016.

Este último trouxe para o debate a existência de trabalho escravo no Brasil cujo combate (ainda) se demonstra frágil. Embora existam diversos tratados e convenções que visam rechaçar o trabalho escravo em que o Brasil é participante, o fato é que resistem formas contemporâneas de escravidão no país e similares. Para além de indenizações às vítimas das violações aos direitos humanos ou aos seus familiares, as decisões da Corte nos casos supracitados que envolveram o Brasil houve determinação de obrigações de fazer dirigidas não apenas ao Judiciário, mas principalmente ao Poder Executivo do país.

Essa constatação reforça a importância jurídica e social do estudo acerca das decisões da Corte Interamericana, incentivando a internalização dos seus fundamentos no trato cotidiano dos direitos humanos no Brasil a fim de promover o indispensável diálogo entre o Direito Internacional e o direito interno com vistas à proteção suficiente dessa especial categoria de direitos.

É a partir dessa especial análise que o direito interno brasileiro, influenciado pelas mudanças na legislação processual, poderá cumprir o mandato de integridade, coerência e estabilidade das decisões sobre direitos humanos, incluindo assim nuances do cotidiano que muito se

assemelham a práticas laborais que ultrapassam os limites de trabalho decente que respeita os direitos humanos.

No âmbito acadêmico, por fim, a importância da pesquisa reside na oportunidade que este tipo de estudo traz sobre os casos enfrentados pela Corte, elencando as decisões judiciais brasileiras sobre as formas contemporâneas de escravidão, os parâmetros de classificação para este tipo de labor e ao final tecendo comentários acerca do fenômeno da *uberização*, cuja reflexão se faz no sentido de não ser esta uma forma velada de trabalho extenuante que se assemelhe ao aqui abordado, sem olvidar das consequências que esta novidade traz para o âmbito do direito do trabalho que atualmente atravessa um momento de reforma.

2 Contexto histórico dos direitos humanos e trabalho

Século XIX. No ano de 1815, o Congresso de Viena reprimia e condenava o tráfico de escravos nos países e territórios no hemisfério norte. Durante este mesmo século, no ano de 1841, o Tratado Quintuplo, liderado pela Inglaterra e países liberais da Europa já promovia o combate a escravidão e tráfico de escravos (PETERKE, 2009, p.23).

Ao arrimo da Liga das Nações, a Convenção sobre a Escravatura, um dos primeiros tratados de direitos humanos universais, foi aprovada em 1926 (ratificada pelo Brasil em 1966), e a escravidão, sem exceção, proibida. Hoje a proibição da escravidão é parte do Direito Internacional Consuetudinário (PETERKE, 2009, p.24).

Metade do século XX. A sociedade encontrava-se atônita com as promessas fracassadas da Modernidade, pois os ideais do Iluminismo e a racionalidade do Positivismo científico não foram suficientes para impedir as graves violações aos direitos humanos ocorridas no período da Segunda Grande Guerra, com o extermínio de mais de 6 milhões de judeus.

O regime totalitário do nazismo escancarou a fragilidade do sistema de proteção dos direitos humanos existente até então, na medida em que foi o próprio Estado alemão quem violou as conquistas de seus próprios nacionais e praticou inúmeras agressões internacionais à pessoa humana, significando ruptura do paradigma da modernidade e criando o alerta para a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional (PIOVESAN, 2013, p. 284).

Frente a esse estado de coisas, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos com uma positivação internacionalista mediante a criação de normas e tribunais internacionais pelos Estados-membro dos organismos supranacionais, com impacto direto na vida das comunidades domésticas (RAMOS, 2013, p. 53).

O Direito, antes ligado à ideia de soberania e restrito aos limites territoriais dos Estados-membro, passa a sofrer verdadeiro influxo de normas internacionais de direitos humanos em virtude da consagração de um parâmetro internacional mínimo (PIOVESAN, 2013, p. 340), dentre as quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

O artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece a proibição do trabalho escravo, a servidão e trabalho forçado ou obrigatório que afete a dignidade e capacidade física e mental de reclusos, caso a legislação interna do país signatário estabeleça trabalho dessa ordem aos presidiários (PIOVESAN, 2013, p. 367). Tendo ratificado esta Convenção, o Brasil passa a se submeter a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outro instrumento é o Estatuto de Roma que estabeleceu a Corte Penal Internacional, ocasião em que no artigo 5º trata da sua competência para julgar crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto (BRASIL, 2002), dentre eles os crimes contra a humanidade, como, por exemplo, a escravidão.

O Brasil também é signatário das seguintes convenções: Convenção sobre Trabalho Forçado e Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, que, respectivamente, versam sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas, admitindo apenas exceções pontuais; e a derradeira trata da proibição do uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves; como medida de discriminação (OIT, 2010, p. 39; BRASIL, 1957; BRASIL, 1966).

Ademais, importante frisar o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, que foi ratificado pelo Brasil no ano de 2004, tratando, por sua vez, sobre a realidade brasileira do trabalho análogo à escravidão onde se busca uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, situações estas em que determinados sujeitos, comumente conhecidos como “gatos” aliciam e transportam indivíduos para locais em que serão submetidos à condições degradantes de trabalho (BRASIL, 2004).

Esses instrumentos normativos, para além de protocolos de intenção, constituíram-se em verdadeiros marcos jurídicos para a afirmação histórica dos direitos humanos nos mais diversos sistemas de proteção, uma vez que municiaram os organismos internacionais de ferramentas para a fiscalização e implementação dos direitos humanos no âmbito

interno de cada Estado-nação, possibilitando, eventualmente, a aplicação de sanções internacionais.

A proteção dos direitos humanos, a partir de então, não se restringe aos ordenamentos nacionais, passando a dispor de uma gama de proteção a fim de assegurar a efetiva implementação das normas no cotidiano das ações governamentais, promovendo, ademais, o empoderamento do Sistema mediante diálogos que permitem o fortalecimento dos direitos humanos (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Demais disso, a criação do assim chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos também passou a influenciar positivamente os aspectos políticos, especificamente no tocante à forma de governo, e a produção das leis domésticas em cada país.

Reconheceu-se, assim, a íntima ligação entre a defesa dos direitos humanos e a democracia como forma de governo, reconduzindo os Estados à centralidade da pessoa como valor fonte do Direito (PIOVESAN, 2013, p. 571), remodelando o ordenamento jurídico interno de cada país para o fim de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Assim se destaca que a dignidade da pessoa deve ser harmonizada com o pluralismo e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, sendo isto também resguardado pelos órgãos jurisdicionais, com ênfase aos tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos (SARLET, 2016, p. 52).

Sem adentrar nas teorias que tratam da relação entre o direito internacional e o direito interno, cabe destacar, e também em conformidade com a finalidade desta pesquisa, o chamado monismo internacionalista dialógico, segundo o qual é possível a coexistência e diálogo entre os tratados de direitos humanos e o direito interno de cada

Estado, sempre com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*), o que afasta a consideração de hierarquia ou separação entre as diferentes ordens jurídicas.

Isso somente é possível em razão da existência dos vasos comunicantes ou cláusulas de diálogo ou, ainda, cláusulas de retroalimentação (MAZZUOLI, 2014, p. 89) presentes nas diversas normas jurídicas, tanto nas de ordem internacional quanto nas de caráter doméstico.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos a cláusula de diálogo encontra-se no art. 29, alínea *b* da Convenção Americana, segundo a qual nenhuma interpretação pode limitar o gozo e exercício de direito ou liberdade reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-parte.

A busca por unidade, coerência e completude entre as normas internas e os tratados internacionais garante a sistematicidade dos Direitos Humanos, aumentando o grau de certeza/confiabilidade nas instituições envolvidas e que integram a rede de proteção dos Direitos Humanos, pressuposto básico da ideia de Justiça.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função socioambiental foram ressaltados e com isto balizada a evolução da legislação trabalhista brasileira. Foi a partir deste instrumento normativo que o trabalho ganhou valorização e passou a ser considerado um dos princípios centrais da democracia brasileira, consistindo, assim, em uma das formas mais expressivas de afirmação do ser humano (DELGADO, 2007, p.15).

Desta maneira, segundo o entendimento do estudioso Norberto Bobbio, a democracia é um princípio igualitário na medida em que pretende fazer com que prevaleça a força do número sobre a força da

individualidade singular, assim, auferindo poder de decisão aos indivíduos (BOBBIO, 2000, p. 58).

O tema aqui enfrentado versa sobre um assunto que aborda a temática de direitos humanos, ante a realidade de trabalho escravo na contemporaneidade. Esta nomenclatura encontra precedentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos que contribuíram para a formação de sua definição.

3 Casos enfrentados pelo Sistema Interamericano dos Direitos Humanos e direito interno brasileiro.

O reconhecimento do governo brasileiro de práticas análogas à escravidão em território nacional se deu em meados de 1995 com denúncia ofertada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contendo ali omissão estatal no sul do Pará (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003) e que ficou conhecido como caso “Zé Pereira”. Na denúncia foram verificadas condições laborais desumanas numa fazenda localizada no sul do Pará, chamada “Espírito Santo”, além disto, não havia remuneração e o sr. “José Pereira” também era impedido por pistoleiros de sair do local que trabalhava.

No referido documento foi alegada a falta de interesse e eficácia do Estado em investigar os processos relacionados às formas contemporâneas de escravidão. Com isto, houve violação dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 6º (proibição de escravidão e servidão), 8º (garantias judiciais) e 25º (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que culminou na responsabilidade internacional estatal, tendo sido reconhecida pelo Brasil num Acordo de Solução Amistosa. Por sua vez, o dono da fazenda não fora encontrado, pelo o que não recaiu efetivamente sobre ele qualquer penalidade (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

A reparação dos danos materiais e morais sofridos por “José Pereira” veio através de uma lei específica – Lei nº 10.706/2003 – por meio da qual a União arcou com R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) a título de indenização. Em decorrência do acordo entabulado entre as partes, foi também criada a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE (BRASIL, 2003) que tem como objetivo acompanhar a tramitação de leis relacionadas à erradicação do trabalho escravo no Congresso Nacional; acompanhar e avaliar os projetos de cooperação técnica firmados entre o Governo brasileiro e os organismos internacionais, bem como propor elaboração de estudos e pesquisas relacionadas à erradicação do trabalho escravo, (BRASIL, 2003).

Muito embora o acordo supracitado tenha sido considerado um avanço da política do país quanto à prática contemporânea de escravidão daquele período, a resolução amistosa do caso “Zé Pereira” não foi determinante para que tal conduta deixasse de existir. Na realidade, a responsabilidade atribuída ao Estado foi limitada ao ajustado neste caso.

Tanto é verdade que no ano de 2015 chegou até à Corte Interamericana de Direitos Humanos nova matéria tratando sobre o mesmo tema, este outro conhecido como Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (RAMOS, 2018, p. 445). O caso está relacionado ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas para fins de exploração forçada, na medida em que a partir de diversas denúncias, houve o resgate de 340 trabalhadores num período de 14 anos (NODA; OLIVEIRA, 2016, p.387).

Não menos diferente da primeira situação, este caso reflete de igual maneira a vulnerabilidade social que decorre da pobreza, tendo ocasionado a desproteção das garantias fundamentais das vítimas impossibilitadas de acessar os recursos para tutelar seus direitos. A maioria das pessoas resgatadas eram homens entre 15 e 40 anos de idade, afrodescendentes e originários dos estados mais pobres do Brasil e com

menor perspectiva de trabalho, que se dirigiram a outros estados em busca de trabalho, contudo, foram submetidos a trabalho escravo (CEJIL, 2016).

Restou comprovado o contexto de captação ou aliciamento de trabalhadores rurais por meio de fraude e falsas promessas, além de devidamente configurada a situação de discriminação estrutural histórica em razão da vulnerabilidade supramencionada (RAMOS, 2018, p. 445).

Neste cenário se verificou o trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde que seguiu até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, posto que o Estado brasileiro não adotou medidas de prevenção e resposta, tampouco forneceu às vítimas um mecanismo judicial que vislumbrasse a proteção de seus direitos e possível reparação, bem como a punição dos responsáveis.

O caso tornou-se emblemático por ser o pioneiro na jurisprudência da Corte sobre a escravidão contemporânea. Ali se identificaram elementos fundamentais na definição da escravidão neste molde, sendo eles: estado ou condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, pelo qual o escravizador exerça poder ou controle sobre o escravizado, anulando assim a personalidade e independência da vítima (RAMOS, 2018, p. 446).

Sobre estes mesmos elementos a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos aduz que para se entender uma situação como escravidão nos dias atuais, deve-se considerar os atributos do direito de propriedade, destacando-se a restrição ou o controle da autonomia individual e a perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa (CIDH, 2016).

Diante todo o trâmite perante a Corte, o Estado foi condenado pela sua omissão na prevenção e repressão da situação de escravidão contemporânea. Tal condenação pode ser uma oportunidade para o Brasil progredir quanto a proteção ao trabalhador, buscando aperfeiçoar sua

legislação, bem como delineando a responsabilidade internacional do Estado perante situações como esta.

Tão importante quanto a estes casos enfrentados pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, existe também um caso que ganhou contornos judiciais (processo nº 611/2002) que envolveu um ex-deputado federal, sr. Inocêncio Gomes de Oliveira, e que mantinha cerca de 53 funcionários em condições subumanas na Fazenda Caraíba, situada no município de Gonçalves Dias/MA. Pelo o que verificou caso, nas palavras do juiz do Trabalho de 1º grau, dr. Manoel Veloso, que conduziu o caso na Vara do Trabalho de Barra do Corda/MA – TRT 16ª Região, o que se tinha ali era “um espetáculo perverso e condenável, revoltante até, pela consequência maior de degradação da própria dignidade humana”.

Contudo, em razão da ausência da definição de trabalho escravo contemporâneo dentro da legislação brasileira, ainda se consegue aproximar do entendimento que se tem sobre a proibição da redução à condição análoga à de escravo, previsto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, bastando que se trate alguém como coisa, ou melhor, basta que haja a coisificação do trabalhador com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a dignidade como ser humano (STF, 2012; STF, 2014, p.1).

4 Trabalho precarizado, reforma e uberização.

Dessa forma, mesmo diante dessa similitude, ainda existem obstáculos que impedem o progresso da luta contra as formas contemporâneas de escravidão no Brasil e é neste contexto que podemos tratar de um tema que atualmente tem sido chamado como “uberização” do trabalho.

Por “uberização” se entende a mediação do trabalho por meio de plataformas e aplicativos em que se tem consumidores e prestadores de

serviço/fornecedores conectados. Do ponto de vista prático configura-se bastante interessante, eis que numa sociedade pós moderna a tecnologia, a eficiência e o tempo andam de mãos dadas.

Este fenômeno também chamado de *work on-demand*, como dito, envolve a execução de trabalho sob aplicativos, ou melhor, a realização das atividades é gerenciada por meio de plataformas pertencentes a empresas (por exemplo, a *Uber Technologies Inc.Startup*) que intervêm na definição de padrões mínimos de qualidade de serviço, na seleção e na gestão da força de trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2019).

A “uberização” traduz a passagem da figura de trabalhador para o de um nanoempresário-de-si completamente disponível ao trabalho, além do mais, usurpa garantias mínimas, contudo, mantém sua subordinação e, ainda, se apropria, de modo administrado e produtivo, de uma perda de formas publicamente estabelecidas e reguladas do trabalho (ABÍLIO, 2017). É visível o estabelecimento de regras, critérios de avaliação, métodos de vigilância sobre o trabalhador e seu trabalho, porém, se exime de responsabilidades e de exigências que poderiam configurar um vínculo empregatício (alteridade e subordinação, por exemplo).

Para além da parceria que pode ser transmitida entre empresas-aplicativo e os trabalhadores, são notórias as formas de controle e expropriação exercidas, basta que se verifique as inquietações de quem trabalha para estas empresas ao não concordar com a porcentagem por elas retida. Este cenário demonstra a precarização do trabalho, tendo em vista a identificação de elementos que hoje tecem a (árdua) exploração do trabalho de maneira generalizada.

A referida precarização configura grande impasse para a concretização de direitos sociais concernentes ao trabalhador, pois nesta modalidade de atividade o que se tem é o trabalho sem forma trabalho, a ausência de legislação e uma identidade profissional indefinida. Ademais,

os riscos diários, as situações críticas e os custos transmitidos ao trabalhador endossam ainda mais a precarização do trabalho desenvolvido nestas condições.

Um recente caso envolveu um entregador de aplicativo (*Rappi*) que fatalmente veio a óbito enquanto realizava uma diligência na cidade de São Paulo. Em resumo, o entregador Thiago Dias passou mal em decorrência de um AVC, não tendo recebido ajuda médica, tampouco socorro da empresa que estava prestando o serviço e faleceu (NIEDERAUER, 2019). Este é o cenário que configura o desmonte das relações de trabalho.

A bem da verdade, a crítica tecida não visa engessar as modalidades laborais, mas garantir minimamente condições de trabalho que respeitem direitos sociais e humanos, reagindo à realidade com a lógica civilizatória prevista no artigo 7º da Constituição Federal brasileira (redução dos riscos inerentes ao trabalho, não-discriminação no trabalho). Cabe, portanto, ao Direito acompanhar estes atuais formatos, buscando tutelar direitos fundamentais de trabalhadores que neles estão inseridos.

O panorama da pós modernidade traz hoje motoboy-celetista e entregador de pizza, amanhã motofretista (MEI), ontem montador em fábrica de sapatos, manobrista, pizzaiolo, feirante. Hoje motogirl, antes diarista, copeira. Motofretista, serralheiro, confeiteiro e também ajudante de pedreiro. Proprietário de loja de bebidas, trabalhador na roça, funcionário do **banco** e hoje motofretista autônomo. Motoboy hoje, antes faxineiro, porteiro e cobrador de ônibus (ABÍLIO, 2017).

Desta maneira, o indivíduo não ocupa o lugar de parte numa economia colaborativa, não existe o sentimento de que ele integra um processo de colaboração social, entretanto, a percepção é cada vez mais individualista. Tratar o indivíduo como mercadoria, muito se aproxima ao entendimento que tem o Supremo Tribunal Federal sobre a precarização do trabalho, bastando que haja a coisificação do trabalhador com a

reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a dignidade como ser humano (STF, 2012; STF, 2014, p.1).

Se prega a falsa ideia de liberdade, maquiando-se a precarização do trabalho. A reforma trabalhista, em alguns aspectos (extensão da jornada de trabalho e sua banalização, ampliação da terceirização, dentre outros), apresenta-se como determinante em garantir esse quadro de exploração e para uma implementação desenfreada de indivíduos que trabalham nas condições supracitadas e não tem direitos sociais respeitados.

Neste contexto, é importante que se observe a relação entre fato-valor-norma dos dias atuais, para que assim o Direito do Trabalho acompanhe as novas modalidades de trabalho sem se divorciar de princípios salutareos como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Assim, o Direito é ferramenta que deve equilibrar os novos desafios impostos pela tecnologia, sem olvidar da necessária abordagem epistêmica do Direito do Trabalho, que trará contornos a autonomia privada observando preceitos contidos na Constituição social e adiante se estima que evolua para uma nova clivagem hermenêutico-aplicativa (FELICIANO; PASQUALETO, 2019).

Conclusão

Considerando os cenários abordados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como o caso enfrentado pelo próprio direito interno brasileiro, vislumbra-se que existem medidas que buscam pelo respeito à dignidade do trabalhador e rechaçam a naturalização da coisificação do ser humano.

Contudo, novidades advindas com a onda da reforma trabalhista, abre-se novamente um leque de oportunidades para precarização do trabalho, fato é o fenômeno conhecido como uberização. Pelo exposto, verifica-se a real necessidade de traçar estratégias de atuação para o

enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, bem como para estas novas modalidades de labor que são traduzidas pela precarização do trabalho. Conforme dito alhures, a crítica elaborada não visa tornar inflexível as modalidades laborais, mas o objetivo será de conferir a garantia mínima de condições de trabalho que respeitem direitos sociais e humanos.

Referências

ABÍLIO, Ludmila Costek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. In: **Revista do Instituto Humanitas Unisinos. 1 de março de 2017. Disponível em:** <http://www.ihu.unisinos.br/186-noticias/noticias-2017/565264-uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao>. **Acessado em 11 de out.de 2019.**

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Pleno Internacional, de 17 de julho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11, 12, 13, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 105 concernente à abolição do Trabalho forçado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

BRASIL. **Decreto de 31 de julho de 2003**. Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - CONATRAE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9943.htm. Acessado em 1 de set.de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

CEJIL - CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL. Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde. Carta de Envío a la Corte IDH, **de 4 de março de 2015**. Disponível em: <https://summa.cejil.org/es/document/ohuf85gzcdpp309hfl6kanstt9?page=1>. Acessado em 11 de set.de 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 95/03, Solução Amistosa de José Pereira e Brasil**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>. Acessado em 1 de set.de 2018.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções, Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**. 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acessado em 5 de set.de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e garantias fundamentais**. n.2.2007.

ENGSTROM, Par. **Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System**. In: **Revista Direito & Práxis**. Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. **Redescobrimo o direito do trabalho: *gig economy*, uberização do trabalho e outra reflexões**. 2 de maio de 2019. Disponível em:

https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O_TRABALHO_NA_GIG_ECONOMY_-_Jota_2019.pdf. Acessado em 11 de out.de 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 8 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

NIEDERAUER, Ana Paula. **Entregador da Rappi tem AVC durante serviço e aguarda socorro por mais de duas horas**. Jornal O Estado de São Paulo. 12 de julho de 2019. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,entregador-da-rappi-tem-avc-durante-servico-e-aguarda-socorro-por-mais-de-duas-horas,70002920020>. Acessado em 11 de out.de 2019.

NODA, Juliana Markendorf; OLIVEIRA, Thamisa Gonzalez de. **Trabalho escravo contemporâneo: o caso trabalhadores da Fazenda Verde Brasil vs. Brasil**. Conjuntura Global, vol. 5, n.2. Curitiba: 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/download/49353/29548>. Acessado em 5 de set.de 2018.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil**. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf. Acessado em 2 de set.de 2018.

PETERKE, Sven (coord). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios**. In: Revista Direito & Práxis. Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, **Processo internacional de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.

STF. **Inquérito nº 3.412 Alagoas**. Relator(a): min. MARCO AURÉLIO, relator(a) p/ acórdão: min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/3/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869960/inquerito-inq-3412-al-stf>. Acessado em: 1 de set.de 2018.

STF. **Inquérito nº 3.564 Minas Gerais**. Relator(a): min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ª Turma, julgado em 19/8/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25295063/inquerito-inq-3564-mg-stf/inteiro-teor-146492142?ref=juris-tabs> . Acessado em 1 de set.de 2018.

GRUPO DE TRABALHO 02

A INVASÃO DA INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO MERCADO DE TRABALHO DO ADVOGADO

Coordenadora:

Profª. Dra. Karla Patrícia Souza (MT)

Debatedora:

Prof. Dr. Otávio Pinto e Silva (SP)

41º Congresso Nacional de Advogados Trabalhistas

CONAT (2. 2019. Belém, PA)

Breves considerações sobre o mercado de trabalho e os impactos das tecnologias digitais nos direitos sociais e humanos

*Noélia Castro de Sampaio*¹
*Renata Vérica de Sousa Silva*²

1 Introdução

A tecnologia está cada vez mais presente na rotina das pessoas, seja no âmbito profissional ou não. E esse avanço crescente, num futuro bem próximo, deverá conquistar ainda mais espaço.

Algumas ferramentas, consideradas facilitadoras, como softwares, programas, aplicativos e máquinas que automatizam processos, são criadas no mundo todo com o intuito de aperfeiçoar produções, diminuir desperdícios, reduzir o tempo gasto com produtividade e aumentar o lucro das empresas. Para isso é necessário que as empresas se adaptem a esse novo cenário, seja na relação com os consumidores ou com seus colaboradores; mas, principalmente com as pessoas.

Entre as novas situações com que se depara na contemporaneidade, estão o crescimento da interação em redes sociais, profissionais com menos amarras sociais, adeptos a horários de trabalhos diferentes do tradicional horário comercial, a exemplo do trabalho *home office*, bem como a flexibilização de horários e forma de trabalho, como a chamada “uberização”.

¹ Noélia Castro de Sampaio, advogada, professora, membro da comissão de direito do trabalho da OAB/PI e comissão feminista da ABRAT;

² Renata Vérica de Sousa Silva, advogada e membro da comissão de defesa de direitos da pessoa com deficiência da OAB/PI.

Com o crescimento automático da expansão dessas tecnologias, diversos problemas são levantados no dia-a-dia, no trabalho, inclusive, mudanças sociais. Para acompanhar essas mudanças, os negócios e o trabalho dependerão de boa regulação e aprendizado contínuo. Tem-se notado, nos últimos anos, oportunidades de emprego restritas e o surgimento de uma classe de trabalhadores subempregados e mal pagos, posto que estão trabalhando, mas sem garantias sociais e baixa segurança no trabalho.

O emprego trata-se de uma invenção da era industrial, que exigia força humana em massa e trabalho repetitivo que, com o avanço tecnológico, vem sendo substituído pela máquina. A tecnologia substituiu empregados e cria trabalhos inteligentes, proporcionando melhores condições de vida, salários mais expressivos e cria mercados que não existiam anteriormente. Contudo, é necessário investimento do trabalhador, qualificação e disposição para receber tais mudanças.

Com o avanço das tecnologias é certo que se criaram novas vagas de desempregados, e a tendência ao trabalho informal vem acentuando-se cada vez mais. Por essa razão, pode-se observar duas consequências a respeito da inserção das tecnologias no mercado: o emprego informal e o desemprego, dois problemas que apontam para uma mesma direção. Se o desemprego cresce na economia formal, aumenta, também, o emprego informal.

O Brasil tem mudado o seu perfil de mercado de trabalho nos últimos anos. Hoje, há claramente, três categorias diferentes de trabalhadores: uma constituída por talentos já feitos, o que pode ser traduzido em minoria, mas já faz com que as empresas disputem seus “passes”. Estes profissionais são os que possuem visão estratégica, mentalidade evoluída e que buscam, por conta própria, a sua formação, usam a criatividade para inventar novos produtos e serviços. Uma segunda categoria, constituída

por jovens, que têm uma boa formação intelectual, estão ligados nas tendências e nas tecnologias atuais, mas precisam de ajuda para entender melhor o como fazer. E, por último, uma categoria que, infelizmente não se enquadrará às novas oportunidades que surgirão, formada por pessoas que possuem pouca formação intelectual ou instrução, e que estão acostumados, ao longo dos anos, com a cultura do emprego para se manterem, resistindo em voltar a estudar e buscar outros desafios. E são estes que continuarão sofrendo e alimentando a fila de desempregados, até descobrirem que podem sobreviver ou viver precariamente, prestando serviços autônomos de pouca relevância.

Portanto, as tecnologias trarão novos empregos e oportunidades, mas têm mostrado que aumentou a economia informal, através de trabalhadores sem carteira assinada, fortalecendo o poder de barganha. O crescimento da renda informal tem demonstrado um sinal de atividade econômica em formas produtivas diferentes daquelas oficialmente reconhecidas, ou seja, realiza-se nos sistemas de conveniências e oportunidades.

2 A transformação digital no mundo do trabalho

Vivemos sinais de um novo momento na história da humanidade, em que nos deparamos continuamente com a tecnologia fazendo parte do nosso cotidiano, 24 horas por dia, seja para realizar pequenos trabalhos, seja para se alimentar, se locomover etc. Estamos vendo inovações disruptivas, ganhando espaço na sociedade, exatamente por apresentar soluções efetivas e a baixo custo, como é o caso dos serviços de transportes e alugueis de acomodações.

2.1 A Uberização e os Uber Eats

De acordo com Tom Slee (2017), a empresa Uber nasceu do casamento entre um aplicativo móvel (App) e motoristas de limusines, cujos serviços eram pagos pelos clientes por cartão de crédito. Em seguida, esse serviço expandiu a atuação para agregar motoristas não profissionais, mas ainda de carros de luxo, passando de 10 mil carros em 2013 para 150 mil em dois anos, com atuação em 83 países e 632 cidades. Ocorre que essa expansão alterou a rotina de muitos trabalhadores e criou formas de “ganhar o pão” sem muita segurança, precisão ou estabilidade.

O serviço cadastra a cada dia mais motoristas, porém, estes não possuem formação específica, não fazem um treinamento adequado para o trabalho e, em muitos lugares, não há normatização para o desempenho da atividade, bastando contar com um carro, um celular e acesso à Internet, estas são as ferramentas, em regra, para o trabalho de um Uber.

Os serviços do Uber são vendidos a preços inferiores aos praticados por taxistas, que obrigatoriamente devem pagar impostos, ser certificados e cumprir uma série de normas atinentes à legislação de cada país e/ou localidade, ainda repassam a empresa Uber um percentual, que chega a ser até 25% sobre cada corrida. Com a concorrência e a necessidade do mercado, a empresa passa a oferecer certas condições de trabalho, o que chama de “pacotes dinâmicos”, para que incentive o motorista trabalhar mais tempo, realizar mais corridas/dia e ganhar mais. Um diferencial apresentado pela empresa aos clientes como positivo, é informar previamente os dados do automóvel e motorista, assim como o valor da viagem.

Em entrevista a André Antunes, na Fio Cruz (2015), Marcio Pochmann diz que a concorrência e as disputas entre a classe trabalhadora na “uberização” serão alçadas a novos patamares, dado que impera a lógica do “cada um para si”, com conseqüente enfraquecimento dos

coletivos e da representação sindical. Em outras palavras, segundo o mesmo autor: “No fordismo e até mesmo no Toyotismo havia uma concepção de classe trabalhadora (...)”. Hoje o que nos é implantado e querem nos passar é uma transição para esta ideia não mais de trabalhador, mas de empreendedor. No entanto, faz-se necessário entender que para ter sucesso no Empreendedorismo, além de se utilizar várias técnicas, é necessário que haja público, onde a economia funcione, para que efetivamente, haja essa circulação de riquezas.

Ser autônomo e ter essa “flexibilidade no trabalho” é você ganhar com o trabalho, sem continuar com os anseios de classe média consumista. Hoje isso é uma disputa ideológica. Se você não admite ser trabalhador, na forma mais estrutural da palavra, se submetendo a informalidade sem precedentes, as lutas dos trabalhadores vão se perdendo.

Este tema está sendo debatido na Justiça do Trabalho de todo o mundo, esse formato de Uber como trabalho, chamado de “uberização” das relações de trabalho, vem trazendo à Justiça do Trabalho brasileira inquietações, sendo esta provocada a decidir se tem vínculo de emprego ou não. No Estado de Minas Gerais já se reconheceu vínculo de emprego entre a Uber e um motorista cadastrado na empresa para o transporte de passageiros por meio de aplicativo. Já o STJ – Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão reconheceu que os motoristas de Uber não têm vínculo empregatício e, por isso, não podem reivindicar direitos na justiça trabalhista. Isso se deu em um julgamento de conflito de competência, em que coube ao STJ definir qual ramo da justiça deveria julgar um pedido de indenização feito por um motorista.

Para Marx “a força produtiva de trabalho é determinada por meio de circunstâncias diversas, entre outras pelo grau médio de habilidade dos trabalhadores, o nível de desenvolvimento da ciência e sua aplicabilidade

tecnológica, a combinação social do processo de produção, o volume e a eficácia dos meios de produção e as condições naturais” (MARX, 1988, p. 48).

Registra-se nos últimos tempos pessoas trabalhando de forma precária para sobreviver, em condições nada interessantes, sendo que esse trabalho não lhe proporcionará segurança, saúde e sequer condição de manutenção futura. A exemplo dos Uber Eats, que se dispõem cada vez mais a trabalhar nessa situação, sendo que registram a sua inconformidade quando questionados se mudariam a situação de trabalho, se tivesse outra condição.

Portanto, como em tudo, há vantagens e desvantagens nesse tipo de trabalho, ainda considerado informal e autônomo, mas é de fato, uma ferramenta na batalha em favor da desregulamentação do mercado de uma forma geral e na ampliação de trabalhos precários.

2.2 Robôs

Segundo Isac Asimow (2014), que escreveu as leis da Robótica citando os seguintes termos: Um robô não pode ferir um ser humano ou, permanecendo passivo, deixar um ser humano exposto ao perigo; o robô deve obedecer às ordens dadas pelos seres humanos, exceto se tais ordens estiverem em contradição com a primeira lei; um robô deve proteger sua existência, na medida em que essa proteção não estiver em contradição com a primeira e a segunda leis; um robô não pode causar mal à humanidade nem permitir que ela própria o faça. Essas Quatro Leis fazem parte de ficção científica, posto que foram escritas na década de 50, mas o autor procurou imaginar como se daria a inserção de robôs no mundo, sua evolução e as interações com os seres humanos, criadas especificamente para proteger estes.

Nas criações científicas desse autor, o robô foi criado com características muito próximas às humanas, e em alguns casos ainda melhores, como os reflexos motores. Asimov sempre foi um grande entusiasta da ciência e tecnologia e procurou imaginar os robôs como um avanço que poderia beneficiar a humanidade de diversas formas, até mesmo na interação com crianças.

A tecnologia teve um avanço imensurável e, hoje Robôs são usados para os mais diversos tipos de serviços, substituindo boa parte da mão de obra humana. As Máquinas são criações que ultrapassaram os criadores: “elas progrediram além da possibilidade de um detalhado controle humano” (ASIMOV, 2014, p. 278). A ideia das máquinas evoluírem para além do entendimento humano é conhecida hoje como “singularidade tecnológica”.

Vários são os impactos sociais que ocorrem com a introdução de Robôs no mercado, e quando se fala em impactos causados pela robótica, o primeiro fator que nos vem à cabeça é o desemprego. Alguns segmentos perdem mais capital humano como, por exemplo, com a crescente automatização dos bancos, do comércio e das empresas em geral, causados pelo advento da informática. No entanto, em outros meios, como as indústrias, tendem a recrutar robôs e computadores guiados por uma necessidade primordial, pela sobrevivência no mercado, de modo a conseguir mais produtividade e qualidade para seus produtos, de forma barata e assim assegurar competitividade frente aos concorrentes.

É importante se atentar para os fatores do desemprego, pois não existem apenas os empregos destruídos pura e simplesmente pela tecnologia, mas também os empregos modificados por habilidades pacientemente adquiridas por trabalhadores, são, para alguns, bruscamente desqualificadas, porque foram tornadas inúteis pelo movimento do braço do robô.

O direito fundamental da proteção em face da automação encontra supedâneo no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal, onde há garantias mínimas trabalhistas, seja por meio de roupagem individualista ou ainda por implementação de direitos coletivos. Proteger o trabalhador dos influxos da automação abusiva é uma necessidade premente que já existe há décadas e vem se acentuando nas últimas décadas. O uso de robôs e certas automações deve, antes de tudo, resguardar regulamentação sobre o assunto, o que, aliás, no nosso ordenamento jurídico ainda está bastante escasso.

À vista disso, não resta dúvida, que o que deve ser feito não é impedir o crescimento da receptividade dos robôs nos meios de trabalho, pois isto está praticamente impossível. Por outro lado, não se deve assistir passivamente à sua chegada. O caminho é lutar para que sejam implantadas medidas que contraponham os seus possíveis impactos negativos, alcançando-se o escopo constitucional maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana, tutelando de forma efetiva a saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, bem como a disponibilização de empregos e trabalhos dignos.

2.3 Startups

Um novo modelo de empreendimento, inovador, baseado no pensamento dos designers e suas criações diferenciadas. Segundo Brown (2010), as empresas na atualidade não estão habituadas a abordar novas ideias, pois acabam restringindo-as aos modelos de negócios já existentes, pelo fato de que os modelos de negócios tradicionais são incrementais, previsíveis e fáceis de serem copiados, ao contrário de novas ideias que geram a incerteza. Assim, esse segmento traz a diferenciação ao projetar produtos e negócios voltados para atender necessidades diretas dos seus

usuários e clientes, usando técnicas para a busca de soluções e validação dos mesmos, em condições mais reais, acessíveis e possíveis.

De acordo com Ries (2012), uma startup não precisa necessariamente ser uma empresa tradicional. Nesse caso pode se entender que é incluído causas de cunho social, ou seja, sem fins lucrativos. Ela pode ser constituída de pessoas em prol de um bem em comum, isso sobre condições de extrema incerteza.

Portanto, essa nova forma de empreender, em que se atinge os objetivos com um melhor aproveitamento dos recursos, também vem com novas técnicas que devem ser estudadas com atenção e também vêm novos desafios e novos obstáculos que devem ser trabalhados com cautela. Com um novo conceito, que se diz evitar gastos e aumentar os lucros, reduzindo significativamente o tempo para se expandir uma proposta de negócio, portanto, considerado um modelo de trabalho enxuto. As *startups* têm o seu início como um experimento, mas sempre com intenção de crescer o mais rápido com o menor esforço possível, sendo assim considerado diferenciado, e sem dúvida, um novo modelo de trabalho no mercado, que traz grandes oportunidades, principalmente aos jovens com visão estratégica, mentalidade evoluída e que buscam, por conta própria, a sua formação, usam a criatividade para inventar novos produtos e serviços.

2.4 Home office

O Home Office foi criado como oportunidade de melhoria na qualidade de trabalho e, conseqüentemente, de vida dos funcionários, segundo as suas necessidades. Por conseguinte, tem-se falado em questões de melhorias ambientais, no que se refere à redução da circulação de pessoas pelas cidades, uma vez que o horário domiciliar do trabalhador pode ser flexível, satisfazendo suas necessidades de segurança, evitando

horários de picos, melhorando o trânsito, os meios de transportes, de comunicação, entre outros. Cumpre registrar que na reforma trabalhista, a legislação contemplou o trabalho telemático e informatizado, mas é fundamental detalhar o que se entende como pressupostos caracterizados pelas relações de trabalho.

Esta nova concepção de trabalho está sendo praticada nas organizações que adotam o home office – trabalho remoto – contudo, ainda é muito recente no Brasil para se registrar quais reais benefícios que podem gerar às empresas e aos trabalhadores segundo suas necessidades.

O home office pode ser visto como uma forma de flexibilização, abrangendo três dimensões, onde a primeira seria o local, pois não existe mais um único local e sim vários locais onde o funcionário poderia exercer a sua função; a segunda dimensão está exatamente na flexibilização do horário de trabalho ou do tempo que o funcionário pode se dedicar à tarefa; e, a terceira dimensão relaciona-se com o meio de comunicação, uma vez que os dados e informações podem circular através de e-mails, internet, redes sociais, telefones, entre outros (MELLO, 1999; ROSENFELD E ALVES, 2005).

Este tipo de trabalho, se utilizando da tecnologia, é uma realidade cada vez mais presente nas organizações privadas e públicas. Com isso, necessita que os gestores também se atualizem e modifiquem suas formas de gerir essas relações de trabalho, gerindo tanto as necessidades de cumprimento das metas organizacionais, como favorecendo novos recursos (infra-estruturais, tecnológicos, motivacionais, entre outros), para que esses trabalhadores desenvolvam seus trabalhos com suas capacidades, bem como atendam as garantias de trabalho seguro.

3 Saúde e segurança dos trabalhadores na contemporaneidade e a competência para apreciar as causas dessas relações de trabalho

Muitas dessas atividades foram criadas com o incentivo da tecnologia, inicialmente propagadas com o objetivo de estimular maior circulação de economia, menor tempo para desenvolver atividades e serviços, redução de gastos para o empregador, consumo sustentável, compartilhamento de tecnologia etc.; porém, vêm sendo desvirtuados, e transformados, algumas vezes, em precarização das relações de trabalho, como o fenômeno da “Uberização”, através da qual se verifica uma exploração da mão de obra, por parte de poucas e grandes empresas que concentram o mercado mundial dos aplicativos e plataformas digitais, que têm como principal característica, a ausência de qualquer tipo de responsabilidade ou obrigação em relação aos “parceiros cadastrados”, como são chamados os prestadores de serviços. Isto porque, na execução do serviço, deixa-se claro que tem como objeto: a prestação de serviços de tecnologia, contratados pelos “parceiros”, onde a responsabilidade de tudo (despesas com manutenção do veículo, gastos para realização do trabalho, acidentes etc.) cabe aquele contratado.

Quanto ao Home office, o artigo 75-E da CLT prevê que o empregador deve instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar, a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, prevendo o parágrafo único que o empregado deve assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Note-se que é dever do empregador acompanhar as condições de trabalho, tais como mobília, iluminação e ventilação, podendo solicitar periodicamente ao empregado informações quanto às condições dos equipamentos, fazendo a adequação quando estiverem em desconformidade com as normas de segurança e saúde do trabalho.

O trabalho desenvolvido através do home office é objeto de preocupação pela doutrina em diversos fatores, ressaltando aqui o fato da empresa deslocar o “local de trabalho” do empregado, que seria seu estabelecimento e deveria estar em conformidade com as normas de saúde e segurança do trabalho, mudando para outra região com a incerteza da proteção trabalhista, com vistas à redução dos custos. Conquanto, o tema é incipiente e certamente merece maiores reflexões e contribuições da doutrina trabalhista.

Os trabalhadores que trabalham com home office estão sujeitos à legislação trabalhista, e a Justiça do Trabalho é competente para julgar as causas relativas a esse tipo de trabalho. Já os trabalhadores, que trabalham com Uber, startups e outros meios tecnológicos, desde que não estejam claramente obedecendo ao art. 3º da CLT, se encontram no meio da discussão de quem têm competência para apreciar suas causas no momento atual. Em recente discussão sobre o trabalho desenvolvido por um motorista de aplicativo, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência, determinou que cabe ao Juizado Especial Cível de Poços de Caldas (MG) julgar o processo de um motorista de aplicativo, que teve sua conta suspensa pela empresa. O colegiado entendeu que não há relação de emprego no caso. No mesmo Estado, a 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, reconheceu haver vínculo de emprego entre a Uber do Brasil e um motorista cadastrado na empresa. Segundo a juíza Ana Maria Espi Cavalcanti, há todos os requisitos legais que caracterizam a relação empregatícia. Na sua decisão, ainda determinou que a empresa registrasse a carteira de trabalho do motorista e pagasse as verbas rescisórias referentes ao período em que o serviço foi prestado. A decisão foi além, estipulou ainda uma indenização pelo uso e pelo desgaste do carro, além dos gastos com combustível, manutenção, água e balas oferecidas aos passageiros.

O que pode se verificar, em breve reflexão, através de meios tecnológicos ou não, é que essas situações se tratam de relação de trabalho e há uma necessidade de regulamentação desses novos modelos, trazidos sob a justificativa de flexibilização das relações de emprego. Isso se mostra latente, quando se analisa que os Tribunais divergem muito, inclusive na mesma região. Não há espaço para se discutir simplesmente a natureza da relação entre “parceiros” e plataforma, mas a necessidade de impor responsabilidades, para que seja assegurado o direito à saúde, segurança e vida de todos os trabalhadores.

Conclusão

Praticamente sucedida pelo atual modelo econômico capitalista, a classe trabalhadora tem vivenciado intensa transformação nas relações de trabalho, sendo levada a prejuízos incalculáveis, seja financeiro, de saúde e/ou segurança. As reformas implantadas, somando-se ao avanço das tecnologias, à lógica do capital de redução de custos e aumento de produtividade, mais lucros, o mercado tem cada vez mais primado pela flexibilidade do emprego, despejando uma grande massa de trabalhadores em uma realidade ainda mais insegura e competitiva. A forma que esses trabalhos vêm se desenvolvendo, configura-se um atentado às garantias convencionadas pelo ordenamento pátrio, uma vez que não atende às normas internacionais de direitos humanos, garantias constitucionais e convencionais.

Tendo em vista a amplitude dos conceitos de novas tecnologias e inovações tecnológicas usualmente adotados, é possível imaginar a enorme extensão dos seus efeitos, tanto do ponto de vista social quanto econômico, político e psicológico na realização do trabalho. Esse fenômeno crescente pode provocar diversos resultados, como redução do quadro de pessoal, novos critérios de seleção do pessoal, surgimento de

novos serviços, oportunidade de novos negócios e obtenção de melhores condições de serviço.

Assim, como alhures, nem tudo é vantagem, em que pese a tecnologia acelerar processos, diminuir custos e trazer uma grande produtividade ao mercado, faz-se necessário implementar instrumentos jurídicos capazes de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, bem como frear esse processo de destruição dos direitos, que é o ponto que fere veementemente o sistema de garantias e direitos estipulados pelo ordenamento jurídico, portanto, cenário inegável de contradição e que urge melhor regulamentação.

Referências

AMADEU, E. A evolução recente da oferta de trabalho e do emprego no Brasil. In Notas sobre o mercado de trabalho, Brasília, Ministério do Trabalho. Nº 1, jul. 1998.

ANTUNES, A. A uberização leva à intensificação do trabalho e da competição entre os trabalhadores.

ASIMOV, Isaac. Eu, robô. São Paulo: Aleph, BROWN, Tim. Design Thinking: uma metodologia ponderosa para decretar o fim das velhas Center multiclientes atuantes no Brasil: estudo para identificar as forças propulsoras, restritivas e contribuições reconhecidas. 278f. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Economia e Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.

CHOWDHURY, S. et al. Administração no século XXI: o estilo de gerenciar hoje e no futuro. São Paulo: Prentice Hall, 2003. ideias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARX, K. Contribuição à crítica da economia política. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MARX, Karl. O Capital – crítica da Economia Política. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

MELLO, A. A. A. O uso do Teletrabaho nas empresas de Call Center e Contact. RIES, Eric. A Startup Enxuta. 1º Edição. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

SINGER, P. A precarização é causa do desemprego. Folha São Paulo, 10 dez. 1995, p.2, c. 2

SLEE, T. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Elefante; 2017.

[Links]

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-09/motoristas-de-uber-nao-tem-vinculo-empregaticio-com-empresa-diz-stj>

<http://www.epsvv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-uberizacao-leva-a-intensificacao-do-trabalho-e-da-competicao-entre-os> (acessado em 16/SET/2019). [Links]

<https://trabalhista.blog/2019/02/04/sentenca-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-uber-e-motorista-do-aplicativo/>

Estudo sobre a inteligência artificial. http://www.citi.pt/educacao_final/trab_final_inteligencia_artificial/index_centro.html (Jul. 2003).

Carta de Belém/Pará

1) O fracasso das políticas supressoras dos direitos sociais, especialmente aferível depois de dois anos de vigência das normas regressivas estabelecidas pela reforma trabalhista imposta pela Lei 13.467/2017, quando não se afere qualquer benefício à sociedade e à classe trabalhadora, à medida em que apenas se incrementaram o desemprego, a precariedade, a ilicitude nas relações de trabalho;

2) o repúdio aos intentos de agravar ainda mais a questão social, com uma reforma previdenciária supressora de direitos constitucionalmente assegurados e que pretende gerir os recursos públicos e privados da classe trabalhadora por um sistema financeiro ávido por lucros, ainda que ao custo do sofrimento e morte da população;

3) a necessidade de regulamentar o uso de novas tecnologias de modo a preservar as normas trabalhistas, seus princípios e as garantias e direitos constitucionais dos cidadãos trabalhadores;

4) a Constituição Federal de 1988 não pode ter o seu conteúdo garantista e social esvaziado, incumbindo às instituições a preservação de seu espírito de promoção da igualdade, de eliminação de preconceito e discriminação como objetivos fundamentais, sendo imprescindível a recuperação do caráter progressivo dos direitos sociais;

5) o seu irrestrito apoio às lutas pela afirmação dos direitos dos povos indígenas e de comunidades quilombolas cujo trabalho merece proteção, reconhecimento e políticas públicas de asseguaração e promoção;

6) o seu compromisso com a defesa dos corpos intermediários coletivos em representação das classes envolvidas nas relações de trabalho,

especialmente os sindicatos, que não podem ser eliminados pela asfixia econômica que lhes foi imposta por uma legislação inadmissível;

7) a advocacia trabalhista exerce papel fundamental na promoção e defesa dos direitos sociais e não se presta a ser utilizada como pretexto para a restrição ao acesso à justiça e repele todas as insinuações de generalização de suas condutas, quando, na verdade constitui o bastião de salvaguarda dos cidadãos sem voz;

8) a inadmissibilidade da tentativa de parcela minoritária da magistratura de interferir na contratação de honorários advocatícios, matéria de cunho deontológico da profissão que incumbe exclusivamente à própria advocacia regulamentar, por meio de sua entidade máxima a Ordem dos Advogados do Brasil;

9) sua afeição à interseccionalidade de pautas de reivindicações, sejam de classe identitárias, sempre no sentido da defesa das liberdades, dos direitos humanos e em favor de maiorias e minorias sub-representadas e vilipendiadas. Por fim, exorta os integrantes da classe à união em defesa da democracia, da Justiça do Trabalho tal como deve ser, da advocacia social, para o enfrentamento dos tempos atuais de modo desprovida de ódio ou rancor, mas qualificado pela firmeza de nossas convicções mais profundas.

Por um direito justo, célere, efetivo e social!

Belém, 08 de novembro de 2019.

PROGRAMAÇÃO CONAT 2019

TEMA CENTRAL: “VER O PESO DAS REFORMAS”

Local: Auditório Mercado Ver o Peso

06/11/2019

16:00 às 19:00 - Credenciamento

20:00 - Solenidade de Abertura e Homenagens

Patrono Nacional - Osvaldo Sirota Rotbande

Patrona Regional - Maria de Fátima Pinheiro de Oliveira

Comenda José Martins Catharino - Moema Baptista

21:00 - Conferência de abertura: “VER O PESO DAS REFORMAS”

Conferencista: Felipe Santa Cruz

22:00 - Jantar de 40 anos da ATEP (por adesão)

07/11/2019

9:00 - OBSOLESCÊNCIA 4.o. ADVOGADO: EU ROBÔ

Palestrante: Daniela Muradas Antunes

Palestrante: Paula Figueiredo

Palestrante: Juliana Teixeira Esteves

11:00 - A CONSTITUIÇÃO ESVAZIADA

Palestrante: Valdete Severo

Palestrante: Antônio Fabrício de Matos Gonçalves

Palestrante: Gisele Cittadino

13:00 - INTERVALO PARA ALMOÇO (LIVRE)

15:00 - PREVIDÊNCIA OU TANATOPOLÍTICA DA IMPREVIDÊNCIA. SUICÍDIO, HOMICÍDIO, GENOCÍDIO.

Palestrante: Maria Lúcia Fattorelli

Palestrante: Júlia Lenzi Silva

Palestrante: Luis Carlos Moro

17:00 - INTERVALO - Café com lançamento da Revista da ABRAT, em homenagem à Ministra Delaíde Miranda Arantes.

17:30 - HONORÁRIOS. ASSISTÊNCIA, ANUÊNCIA, SUCUMBÊNCIA

Palestrante: Georgenor Franco Filho

Palestrante: João Pedro Ferraz dos Passos

Palestrante: Paula Frassinetti Mattos

19:30 - ENCERRAMENTO

08/11/2019

Oficinas Simultâneas:

Sala Tupinambá

08:00 às 12:00 - ATEP

ASPECTOS PRÁTICOS DOS NOVOS CONTRATOS TRABALHISTAS

Presidente de Mesa: José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Cesupa)

Ministrantes:

José Claudio Monteiro de Brito Filho, Doutor: características da relação de emprego tradicional;

Vanessa Rocha Ferreira (Cesupa), Doutora: trabalho intermitente;

Felipe Prata Mendes (Cesupa), Mestre: terceirização;

Emilia Farinha (Cesupa), Mestre: teletrabalho;

Allan Moreira (Cesupa), Mestre: uberização.

Sala Arapiun

08:00 às 10:00 - ABRAT

NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Ministrantes:

Felipe Vasconcelos

Magnus Farkatt

10:00 às 12:00 - ABRAT

COMPLIANCE

Ministrantes:

Rafael Lara

Iuri Pinheiro

Sala Tupaiú

08:00 às 10:00 – ATEP

O FUTURO DO TRABALHO

Presidente de Mesa: André Serrão (OAB/PA)

Ministrantes:

Márcio Tuma (OAB/PA)

Rubens Moraes Júnior (OAB/PA)

10:00 às 12:00 – ATEP

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

Presidente de Mesa: Jeferson Bacelar (UNAMA)

Ministrantes:

Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante Rocha (UFPA)

Natália Mascarenhas Simões Bentes (Cesupa)

Sala Arara Vermelha

08:00 às 10:00 – ATEP

A ATUAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Presidente de Mesa: Isaac Ramiro Bentes

Ministrantes:

Vicente Ferrer de Albuquerque Júnior

Ramiro Gonçalves Sales. Mestre

10:00 às 12:00 – ATEP

REVISÃO DE TACS - PROCESSO COLETIVO POR CAUSA DA REFORMA

Presidente de Mesa: Evandro Antunes Costa (ATEP)

Ministrantes:

Gisele Góes (UFPA)

Debora da Silva Vieira (UFPA)

Auditório Mercado Ver o Peso

08:00 às 10:00 – ABRAT

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Ministrantes:

Antônio Queiroz Júnior

Naiara Moraes

10:00 às 12:00 – Assembleia Geral Ordinária da ABRAT

10:00 – Assembleia Geral Ordinária da ABRAT

12:00 – INTERVALO PARA ALMOÇO

15:00 – O PROCESSO E A AÇÃO VISTA COMO OUSADIA. O PROCESSO E O RECURSO VISTO COMO PETULÂNCIA.

Palestrante: António Garcia Pereira

Palestrante: Gisele Góes

17:00 - INTERVALO - CAFÉ COM MOVIMENTOS SOCIAIS

17:30 - DERROGATIVAS DAS PRERROGATIVAS

Palestrante: Nilton Correia

Palestrante: Daniela de Andrade Borges

Palestrante: Eduardo Imbiriba

19:30 - CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

TEMA: DISTOPIA OU UTOPIA. E A.I.?

Conferencista: Cezar Britto

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org