



RED UnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

Edição comemorativa - 30 anos da Constituição e Reforma Trabalhista:
desafios e perspectivas para o futuro



30 anos
CONSTITUIÇÃO
da CIDADANIA



TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA
GRUPO DE PESQUISA



DIREITO.UnB

nº 15

2018

ISSN 2177-6458

**Revista dos Estudantes de Direito da
Universidade de Brasília**

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília

ISSN 1981-9684
ISSN 2177-6458 (eletrônico)

Décima Quinta Edição – Edição Comemorativa dos 30 anos da
Constituição Federal
Segundo Semestre de 2018

Editoração e Revisão
Conselho Editorial

Organização e Avaliação
Gabriela Neves Delgado

Capa
Eduardo Varela

Apoio:



Centro Acadêmico de Direito da UnB

34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 15 (2018) – Brasília: REDUnB, 1997 -</p> <p>Anual</p> <p>ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	--

CONSELHO EDITORIAL

A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é editada por alunos de graduação em Direito da UnB. O Conselho Editorial responsável por esta edição foi composto pelos seguintes membros:

Gabriel Campos Soares da Fonseca

João Gabriel Costa dos Santos

Valter Pedroso Vitelli

Vítor Rabelo Naegele

ORGANIZAÇÃO

A publicação de artigos na Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é condicionada à aprovação do Conselho Consultivo, que emite parecer sobre cada trabalho recebido. Nesta edição comemorativa dos 30 anos da Constituição Federal de 1988, a RED|UnB conta com produções exclusivas acerca da temática do Direito do Trabalho e oriundas da Faculdade de Direito da UnB, com a organização e seleção dos trabalhos a cargo da Professora Gabriela Neves Delgado, membra do Conselho Consultivo:

Organizadora: Gabriela Neves Delgado - Universidade de Brasília
Professora Associada de Direito do Trabalho da UnB. Pós-Doutora em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq). Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Advogada.

Diretor do Conselho Consultivo: Thiago Luís Santos Sombra - Universidade de Brasília
Professor de Direito Privado e Doutorando na Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito Privado pela PUC-SP, Pós-Graduado pela Univerisità degli Studi di Camerino (Itália), Pesquisador Visitante da London School of Economics and Political Science. Foi Procurador do Estado de São Paulo. Advogado. Autor de livros e artigos, revisor de periódicos e consultor de agências de fomento à pesquisa.

SUMÁRIO

PREFÁCIO 13 - 14

GABRIELA NEVES DELGADO
LUÍS CARLOS MOURA GUIMARÃES

*TRABALHOS ACADÊMICOS DA PÓS-GRADUAÇÃO E DO GRUPO DE PESQUISA
“TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA” (UNB/CNPQ)*

**1. OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS:
ECOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA
DINÂMICA DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIOTRABALHISTAS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988** 15 - 33

GABRIELA NEVES DELGADO
ANA CAROLINA PARANHOS DE CAMPOS RIBEIRO

**2. DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE NEOLIBERAIS: A CONSTITUIÇÃO DE
1988 E A CRISE PERMANENTE** 34 - 58

RENATA QUEIROZ DUTRA

**3. A AUSÊNCIA DE DIÁLOGO SOCIAL VERDADEIRO NA REFORMA
TRABALHISTA: PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO DE 1988** 59 - 72

RAIANNE LIBERAL COUTINHO

**4. O PRESENTE DE GREGO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A
REFORMA TRABALHISTA E A TRANSIÇÃO PARA UM MODELO
INTERMITENTE DE TRABALHO** 73 - 91

STÉFANO CUNHA ARAÚJO

**5. A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA DE 1988** 92 - 118

MARIANE KORESSAWA BEZERRA

6. PRECARIIDADE NO TELETRABALHO: GESTÃO DE ADOECIMENTO 119 - 129

LEANDRO HENRIQUE COSTA BEZERRA

**7. A RESPONSABILIDADE PELO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NO
REGIME DE TELETRABALHO** 130 - 142

CRISTIANE ROSA PITOMBO

8. A PROTEÇÃO À SAÚDE DAS TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DAS DIRETRIZES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO HUMANO 143 - 162

HELENA MARTINS DE CARVALHO
NICOLLE WAGNER DA SILVA GONÇALVES
RAQUEL LEITE DA SILVA SANTANA

9. O TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA: IMPACTOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ADEQUADO 163 - 172

PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT

10. A REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO DAS RELACIONES TRABALHISTAS PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA: NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL 173 - 197

PEDRO HENRIQUE FELIX LIMA

11. O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA 198 - 216

MARIA CECILIA DE ALMEIDA MONTEIRO LEMOS

TRABALHOS ACADÊMICOS DA GRADUAÇÃO, DO PROGRAMA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNB E DO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO TUTORIAL DA FD/UNB

12. A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR: NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 620 DA CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 217 - 226

PEDRO HENRIQUE DE CASTRO MOTTA
ANA VICTÓRIA LINHARES REZENDE

13. CRÍTICA AOS NOVOS CONTORNOS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 324 E NO RE 958.252/MG 227 - 238

GABRIEL VISOTO DE MATOS
ISABELLA TANUY GONÇALVES
LUÍS CARLOS MOURA GUIMARÃES

14. JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA DO MOTORISTA PROFISSIONAL: DANO EXISTENCIAL EM PERSPECTIVA 239 - 246

ANA LUÍS GONÇALVES ROCHA

15. O TEMPO DE DISPONIBILIDADE PERMANENTE E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS

247 - 254

JÚLIA MACHADO AGUIAR
ROBERTA ARRECHEA

16. A PROTEÇÃO DE DADOS DO TRABALHADOR: O DIREITO DO TRABALHO CONSTITUCIONALIZADO E SEU DIÁLOGO COM O DIREITO À PRIVACIDADE

255 - 264

CLARA LACERDA ACCIOLY

17. DECISÕES SOBRE O VÍNCULO TRABALHISTA COM A UBER E A NECESSIDADE DE SE REVISTAR INSTITUTOS TRADICIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO: COMO ACOMPANHAR AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS?

265 - 278

MATHEUS VINCÍCIUS AGUIAR RODRIGUES

18. A ATUAÇÃO DO UBER NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS

279 - 284

ANA LETÍCIA COSTA RODRIGUES BEZERRA
NATHÁLIA GUIMARÃES OHOFUGI

19. A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: IMPACTOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 611-B DA CLT SOBRE OS TRABALHADORES

285 - 294

GUSTAVO GALASSI LIMA
MARIANA OZAKI MARRA DA COSTA

20. A POSSIBILIDADE NEGOCIAL SOBRE INSALUBRIDADE: A LEI 13.467/2017 E OS PRINCÍPIOS DA PROGRESSIVIDADE, DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

295 - 308

CECÍLIA ROSAL SILVA
GABRIELA DE LIMA CHEHAB
PAULA MACHADO RIBEIRO
SARAH DAM FREITAS

21. CRÍTICAS AO ARTIGO 394-A DA CLT: REPERCUSSÕES SOCIAIS DO TRABALHO INSALUBRE DA GESTANTE E DA LACTANTE

309 - 321

GABRIELA ROMEIRO TITO DE MORAES
JOELANE RODRIGUES CARVALHO
PATRÍCIA VIEIRA MURADA
PAULO RICARDO DA SILVA SANTANA

22. ENTRE INDISPONIBILIDADE E AUTONOMIA: A ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS PÓS REFORMA TRABALHISTA

322 - 337

CLÁUDIO DE AZEVEDO BARBOSA

TRABALHO CONJUNTO DO GRUPO DE PESQUISA “TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA” (UNB/CNPQ)

23. PEDIDO DE INGRESSO DO GRUPO DE PESQUISA COMO *AMICUS CURIAE* NA ADI 5826

338 - 373

GABRIELA NEVES DELGADO
MILENA PINHEIRO MARTINS
RODRIGO LEONARDO DE MELO SANTOS
AMANDA MAGALHÃES CARRILHO
HELOISA LOHANE GONÇALVES DA SILVA
NATALIE ALVES LIMA
PRISCILA MARIA MENEZES DE ARAÚJO

PREFÁCIO

5 de outubro de 1988. Essa singular data remete ao dia da consolidação de uma nova ordem constitucional para o Brasil – a Constituição Federal de 1988 –, projetada como um ideal de esperança democrática e daquilo que o país projetava para sua própria história.

Entre as diversas aspirações, o constituinte esculpiu aqueles que seriam os direitos fundamentais de natureza social, destinados não apenas à proteção do trabalhador individualmente considerado, mas também da coletividade justralhista.

Transcorridos 30 anos da promulgação do Texto Constitucional, o Brasil perpassou intensas mudanças e experimentou das mais diversas situações até que se chegasse ao presente momento histórico, tendo também o Direito do Trabalho passado por variados questionamentos, cujas repercussões ensejaram mudanças profundas na legislação trabalhista, de forma a desafiar sua perspectiva teleológica edificada no princípio da proteção ao trabalho humano.

Entre o conjunto de alterações implementadas no Direito do Trabalho brasileiro desde os idos de 1988, tem destaque a promulgação da Lei nº 13.467/2017, a denominada Lei da Reforma Trabalhista, responsável por sedimentar inúmeras zonas de tensão em contraposição ao padrão civilizatório e humanista modulado pela Constituição Federal de 1988.

A Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), em parceria com a Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB), e com o Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq) promovem a **15ª Edição da RED|UnB**, cientes de sua posição na realidade brasileira e da necessidade de contribuir para a análise dos impactos jurídicos da Reforma Trabalhista à luz da Constituição, além dos desafios que se perfilam para os próximos anos.

Com o aniversário de 30 anos da Constituição, a comunidade acadêmica da Faculdade de Direito da UnB orgulhosamente apresenta essa **edição comemorativa do periódico**, que se propõe a fomentar a pesquisa jurídica e a produção científica justralhista entre os alunos da Graduação e da Pós-Graduação, pesquisadores de iniciação científica e do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”.

Esta edição também celebra a posição pioneira alcançada pelo Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq), que foi admitido como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5826, no Supremo Tribunal Federal, com o propósito de contribuir para o debate acerca da inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, regulamento pela Lei nº 13.467/2017. A peça de ingresso contou com análise de mérito e segue integrada à presente publicação.

Com esta edição comemorativa, a Faculdade de Direito da UnB celebra seu papel fundamental na dinâmica de consolidação de uma Escola de Direito do Trabalho do Centro-Oeste, divulgando o que há de melhor na produção acadêmica do pensamento justralhista brasileiro.

Brasília, 14 de dezembro de 2018.

Gabriela Neves Delgado
Luís Carlos Moura Guimarães

OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: ECOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA DINÂMICA DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIOTRABALHISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

70 YEARS OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ECHOES OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN THE NARRATIVES OF RECOGNITION OF SOCIAL AND LABOUR RIGHTS AT THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION

Gabriela Neves Delgado¹
Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro²

RESUMO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é a base do direito internacional dos direitos humanos codificado a partir de 1945. Serve como um pilar ético, principiológico e normativo para constituições e legislações de vários Estados, bem como para os sistemas regionais e globais de proteção à pessoa humana. No âmbito brasileiro, seu conteúdo humanista e civilizatório estaria refletido nas narrativas da Assembleia Nacional Constituinte, consagrando o reconhecimento dos direitos humanos no Texto Constitucional. Assim, a Constituição Federal de 1988 consagra não apenas direitos humanos de natureza civil e política, mas também de natureza sociotrabalhista, econômica, cultural e de seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Constituição Federal de 1988; Direitos sociotrabalhistas.

ABSTRACT

The Universal Declaration of Human Rights is the milestone of the international human rights law, codified since 1945. It works as an ethical, legal and normative framework for several constitutions and State laws, as well as for regional and global human rights systems. In Brazil, the Universal Declaration's humanist and civilizing directives were encompassed since the narratives of the National Constitutional Assembly, therefore influencing the recognition of human rights at the Constitutional helm. In this way, the Federal Constitution of 1988 not only consecrates human rights of civil and political nature, but also social, economic and cultural rights, as well as labour rights and social protection guarantees.

KEYWORDS: Universal Declaration of Human Rights; Brazilian Federal Constitution of 1988; Labour and social rights.

¹ Professora Associada de Direito do Trabalho da UnB. Pós-Doutora em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq). Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Advogada.

² Mestre em Direito, Estado e Constituição. Bacharel em Relações Internacionais. Licenciada em História. Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq).

Introdução

Em 2018, a celebração dos 30 anos da promulgação da *Constituição da República Federativa do Brasil* coincide com o aniversário de 70 anos da *Declaração Universal de Direitos Humanos* (DUDH), um marco teórico de natureza política e jurídica para o sistema internacional de proteção de direitos humanos pelo conteúdo que encerra.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* é composta por 30 artigos que, pela primeira vez na história da humanidade, compilam direitos assegurados a qualquer ser humano pelo fato de ser “membro da família humana”³, não sendo permitida nenhuma forma de discriminação em seu reconhecimento e aplicação.

De modo algum se poderia afirmar que esse documento foi um trabalho simples ou sem controvérsias⁴. O processo de institucionalização contou com inúmeros rascunhos⁵, até a formulação definitiva aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Enquanto documento-guarda chuva, integrante do corpo jurídico da ONU e pilar da que é chamada *Carta Internacional de Direitos Humanos*⁶, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* serviu como documento norteador para a definição das múltiplas dimensões das garantias e dos direitos humanos e liberdades fundamentais, todos de matiz universal, indisponível, interdependente e imprescritível. Em sentido semelhante, é o marco jurídico do Sistema Internacional de Direitos Humanos, que culmina, entre outros, em mecanismos de proteção de direitos humanos no seio da ONU, e nos sistemas regionais, como o europeu, o americano e o africano.

Por conseguinte, tanto o histórico, quanto o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos encerra motivos de sobra para se comemorar um avanço demonstrativo de humanidade e de solidariedade no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

³ A expressão “membros da família humana” consta do preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos.

⁴ Cf. ROBERTS, Christopher N. J. **The contentious history of the International Bill of Human Rights**. New York, NY: Cambridge University Press, 2015.

⁵ Cf. SHABAS, William A. (Ed.). **The Universal Declaration of Human Rights**. The Travaux Préparatoires. 3 Volume Hardback Set. London: Middlesex University & Leiden University, 2013.

⁶ Sobre a Carta Internacional de Direitos Humanos, consultar: DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. Revista TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun. 2013, pp. 199-219.

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: comentários a partir de um olhar atento

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos inicia afirmando a intrínseca conexão entre o reconhecimento da dignidade de cada ser humano e a liberdade, a justiça e a paz, o que revela uma nítida natureza de convergência ético-normativa entre todos os que formularam e adotaram a resolução no seio da ONU, naquele dia 10 de dezembro de 1948, que seria celebrado a cada ano como o Dia Mundial dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro instrumento internacional que traça um caminho concreto para o reconhecimento, defesa e proteção de certos direitos e garantias para todos os povos e nações, tanto para indivíduos quanto para coletividades, sem discriminação e sem a possibilidade de renúncia. Quase cinquenta anos depois, na Conferência Internacional de Direitos Humanos, o documento final intitulado Declaração e Programa de Viena, de 25 de junho de 1993, reconhece, expressamente, a universalidade, a imprescritibilidade, a indisponibilidade, e a dimensão multicultural e inter-relacional entre os direitos humanos e as garantias fundamentais.

Influenciados pela memória dos horrores de duas trágicas guerras mundiais, os delegados dos 56 Estados presentes na aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos partilharam a visão de que a massiva violação de direitos humanos durante a guerra, em especial pelo fascismo e pelo nazismo, impulsionaram o espírito de solidariedade de que resultou a Declaração⁷, o que ficou registrado no segundo parágrafo de seu preâmbulo⁸.

Diante da memória do que se queria evitar novamente a qualquer custo, nações e Estados de diferentes culturas, religiões e especificidades concordaram que havia um rol mínimo comum de direitos titularizados para cada ser humano, o que demonstra a compatibilidade entre o reconhecimento de direitos e garantias universais e a perspectiva multicultural no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ainda no preâmbulo da Declaração, desponta a menção tanto ao reconhecimento da igual titularidade de direitos por todos os seres humanos quanto ao compromisso de se promover, por meio da cooperação, o respeito universal e efetivo dos direitos elencados, bem como o progresso social para a melhoria das condições de vida, o que agrega a noção de que o direito à liberdade e

⁷ MORSINK, Johannes. World War Two and the Universal Declaration. **Human Rights Quarterly**, Vol. 15, N. 2, May 1993, pp. 357-405.

⁸ Conforme a redação dos parágrafos 2 e 3 do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; (...)”.

o respeito à dignidade humana exigem uma plataforma positiva⁹ que não se restringe ao âmbito jurídico, civil e político das chamadas liberdades negativas.

Essa plataforma composta de liberdades negativas e de liberdades positivas, que assegura a perspectiva multidimensional que vigora no documento-diretor dos direitos humanos, poderia ser estruturada, para fins didáticos, pelo eixo do Direito (reconhecimento legal), da Educação (conscientização e formação de cidadãos globais), da Seguridade Social (entendida em sentido amplo) e da Cooperação Transversal (em múltiplos níveis)¹⁰.

Nesse sentido, a interpretação do preâmbulo por si só já indicaria a chave de leitura do Direito Internacional dos Direitos Humanos que ganhava corpo naquele dia histórico: o princípio da igualdade, afastando e proibindo qualquer discriminação¹¹; o princípio da progressividade, contrário à visão estática de direitos humanos; o princípio da vedação ao retrocesso e às violações de direitos humanos, do que derivaria a inspiração para os sistemas internacional e regionais de proteção de direitos humanos e de responsabilização dos Estados; assim como a perspectiva multidimensional dos direitos humanos, que agrega os âmbitos econômico, social, cultural e os demais necessários ao progresso dos povos e à promoção do valor da pessoa humana, motivo pelo qual, nesta data celebrativa dos 70 anos, verificam-se mais de 60 instrumentos de direitos humanos acolhidos no seio das Nações Unidas a partir da Declaração, por isso considerada um “documento vivo em um mundo em movimento”¹².

Em seus 30 artigos, o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma expressa e concretamente o valor da pessoa humana, traduzido em direitos universais e garantias fundamentais e na potencial responsabilização de agentes que descumpram este corolário de humanidade.

Em seus arts. 1º ao 3º, a Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe que todos os seres humanos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e, por serem livres e iguais em dignidade e direitos, podem exigir e invocar todos os direitos e garantias elencados, sem

⁹ Sobre o tema, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2a Ed. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁰ RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **A Doutrina da Proteção Integral nas dinâmicas internacional e brasileira**: uma proposta quadrangular a partir do estudo da erradicação das piores formas de trabalho infantil. Orientadora: Gabriela Neves Delgado. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2014.

¹¹ Exceto as condições indicadas no art. 29, que deve ser lido com particular cuidado para não desviar o foco do intrínseco humanismo que rege o texto. “Artigo 29º, 1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.”

¹² BROWN, Gordon (Ed.). *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: a Living Document in a Changing World*. Cambridge, UK: Open Book Publishers, 2016, p. 29-34.

distinção de ordem pessoal (raça, sexo, cor, religião, opinião política), comunitária (origem nacional ou social), política (estatuto derivado do país ou território da naturalidade da pessoa), entre outras.

É interessante e notável o uso dos termos pela Declaração. Nos primeiros artigos, utiliza-se o termo “ser humano”, que abrange a pessoa desde a concepção até a morte, sem questionamentos, pelo simples fato da identidade biológica do DNA e do pertencimento à espécie *Homo sapiens*. Nos demais artigos, os delegados redatores utilizam o termo “pessoa” em contraposição ao epíteto “indivíduo”. Essa é uma marca de linguagem bastante expressiva por sua intencionalidade em exaltar o pertencimento de cada pessoa à “família humana”, termo utilizado no preâmbulo.

Tanto é assim que, após o reconhecimento da igualdade e da liberdade, regulamenta-se o direito à segurança física, nos arts. 4º e 5º da Declaração. Nestes estão positivadas duas normas imperativas de Direito Internacional, ou seja, de direito cogente ou *jus cogens*, referentes à proibição da escravidão e da servidão, bem como à proibição da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Os arts. 6º e 7º tratam do reconhecimento da personalidade jurídica e da igualdade perante a lei e da igual proteção da lei, enquanto os arts. 8º, 10º e 11º tratam do acesso à justiça; do direito ao devido processo legal; do direito a um juiz imparcial e a um tribunal independente e do princípio da presunção da inocência.

Em sentido semelhante, o art. 9º dispõe que ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado e o art. 13º assegura o direito à liberdade de movimento, direito que é complementado pela prerrogativa de asilo (art. 14).

Os arts. 12º, 15º e 16º protegem o direito à nacionalidade e à privacidade, honra, reputação e à não interferência na vida privada e na família, considerada “o elemento natural e fundamental da sociedade, [tendo direito, portanto] à proteção do Estado” (art. 16).

Os arts. 17º ao 21º instituem os direitos às liberdades civis ou políticas, dos chamados direitos humanos de primeira geração, compreendendo o direito à propriedade; o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; o direito à liberdade de opinião e de expressão; à liberdade de reunião e de associações pacíficas; o direito a tomar parte nos negócios e de acessar as funções públicas de seu país em condição de igualdade; além do direito ao voto.

Já os arts. 22º ao 27º asseguram os direitos econômicos, sociais e culturais, respectivamente: o direito à segurança social, inclusive, se necessário, por meio de cooperação internacional para viabilizar a prestação pelo Estado; a proteção contra o desemprego; o direito ao trabalho, à livre

escolha do trabalho, a salário igual por trabalho igual; o direito à ação sindical; o direito ao repouso, ao lazer, as férias periódicas e à limitação da jornada de trabalho; o direito a um nível de vida suficiente para assegurar saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, alojamento, assistência médica e acesso aos serviços sociais necessários. Também reconhecem o direito à proteção especial à maternidade e à infância, desfrutando, todas as crianças, da mesma proteção social; o direito à educação obrigatória gratuita; e, por fim, o direito de acesso à cultura, à propriedade intelectual e à participação no progresso científico e nos benefícios que possa gerar.

Note-se que a Declaração prevê, com assertividade e clareza, o direito humano ao trabalho, ao prescrever, em seu art. 23º, que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”, acrescentando que “quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social”. Reflete, assim, a necessidade de interferência, se preciso for, nas relações entre trabalhador e empregador, a fim de assegurar uma ordem produtiva, econômica e trabalhista justa e digna para o trabalhador, em um esforço que vem sendo implementado, de forma paralela e, aliás, anterior, pelos tratados e convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde 1919.

Outro tópico relevante neste conjunto refere-se à proteção especial à infância e à maternidade e na especificação do direito à educação, com três graus de exigibilidade. Conforme redação do art. 26º, no primeiro, se exige a oferta e o acesso à educação obrigatória gratuita, aquela que corresponde ao ensino elementar fundamental; em seguida, recomenda-se a generalização de acesso ao ensino técnico e profissional, que não é obrigatório; e solicita-se seja assegurado o acesso ao ensino superior em função do mérito e em condições de plena igualdade.

Em um esforço de direcionamento, também no art. 26º, a Declaração assegura aos pais a prioridade de escolha do gênero de educação que será dada aos filhos e esclarece que a educação é um caminho que conduz à “plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”, tendo a educação o papel de “favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, grupos raciais e religiosos, bem como para a manutenção da paz”.

O art. 28º é eloquente em evidenciar um direito que, posteriormente, foi categorizado como um direito de terceira geração. Trata-se do direito a uma ordem social no plano nacional e internacional que viabilize o gozo efetivo dos direitos e liberdades enunciadas. Essa é a base do direito à paz.

Já os arts. 29º e 30º reforçam a linha de interpretação da Declaração Universal de Direitos Humanos ao não permitir interpretá-la de forma a destruir ou negar direitos e liberdades elencadas e, ainda mais precisamente, a pregar que tais direitos e liberdades devem ser exercidos de forma convergente aos fins e princípios das Nações Unidas.

Com o auxílio da Carta das Nações Unidas, de 1945, tem-se que tais fins e princípios consistem em:

Art. 1º Manter a paz e a segurança internacionais (...); desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

A ONU faz, portanto, expressa referência aos direitos humanos logo em seguida ao fim da Segunda Guerra (1939-1945), em seu documento fundacional, que foi regulamentado, por assim dizer, pela adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos três anos depois.

2. O status da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seu impacto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em 1948 como forma de especificar o conteúdo mínimo do termo “direitos humanos”, que aparece sem definição específica na Carta das Nações Unidas.

A partir de sua aprovação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se inspiração para os demais instrumentos de direitos humanos, permitindo a ampliação dos direitos considerados intrínsecos à dignidade da pessoa humana, estatuto a que todo o sistema de direitos e garantias, internacional e domésticos, visam a resguardar e fundamentação antropológica, jurídica e filosófica da formulação da Declaração, em particular quando se consideram os horrores das duas guerras mundiais e o fracasso da Liga das Nações (LN).

Por exemplo, no preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, lê-se o seguinte texto, que fundamenta a enumeração dos direitos intrínsecos à pessoa humana:

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais, (...)

Por conseguinte, tendo em vista sua relevância, surgiu uma linha de direito internacional que considera que o status jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi alterado com o passar do tempo, ensina o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH ou, no original, OHCHR).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é, em si mesma, um documento vinculante. No entanto, contém uma série de princípios e direitos que estão na base dos padrões de direitos humanos consagrados em outros instrumentos internacionais que são vinculantes - como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Além disso, a Declaração foi adotada por consenso pela Assembleia Geral e, portanto, representa um forte compromisso para com sua aplicação. Os Estados cada vez mais consideram que adotar a Declaração é como vincular sua legislação nacional¹³.

Tal perspectiva também foi defendida em um trabalho seminal de Hurst Hannum, em 1996, sobre “O status da Declaração Universal dos Direitos Humanos no direito doméstico e no direito internacional”, quando era Relator do Comitê para a Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos da International Law Association (ILA)¹⁴. Para Hannum, a Declaração Universal teria alcançado um patamar de influência moral, política e jurídica muito além do que seus redatores originais teriam previsto, não apenas servindo como modelo para constituições, leis e políticas de proteção de direitos humanos, mas abarcando dispositivos que se integraram ao costume internacional, que, este sim, é vinculante aos Estados, o que o professor já tinha constatado em 1996, tanto pela prática diplomática, quanto por decisões de tribunais e de outros acadêmicos. Ele, inclusive, alerta que a existência de outros instrumentos de direito internacional dos direitos humanos que são de natureza vinculante não diminui a importância da Declaração, como se constatou com a renovação do compromisso para com essa Declaração pelos Estados participantes da Conferência de Viena, em 1993¹⁵.

¹³ Tradução livre de trecho que oferece uma resposta institucional quanto ao status jurídico da Declaração universal dos Direitos Humanos é dada na redação do website do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos sobre este documento. No original: “The Declaration is not, in itself, a legally binding instrument. However, it contains a series of principles and rights that are based on human rights standards enshrined in other international instruments that are legally binding – such as the International Covenant on Civil and Political Rights. Moreover, the Declaration was adopted by consensus by the General Assembly and therefore represents a very strong commitment by States to its implementation. States are increasingly considering adopting the Declaration as binding national legislation.” Office of the High Commissioner for Human Rights, OHCHR. United Nations [online]. **Declaration on Human Rights Defenders**. Acesso em: 12/12/2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/issues/srhrdefenders/pages/declaration.aspx>

¹⁴ HANNUN, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. **GA Journal International and Comparative Law**, 1995/1996, 288-397. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1396&context=gjicl>

¹⁵ HANNUN, 1996, pp. 289, 290 e .

De um documento de natureza afirmativa, ou seja, não obrigatória (*non binding*, ou *soft law*), mas com consequências para os Estados e atores de Direito Internacional, tal como são as declarações e alguns marcos regulatórios no Direito Internacional, entre outros, e de forma distinta ao que ocorre com os tratados, que, por seu processo de incorporação à ordem nacional ou doméstica são concebidos com natureza vinculante (*binding*, ou *hard law*)¹⁶, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se integrou ao costume internacional tamanha sua importância civilizatória.

Por conseguinte, pode-se afirmar que *a Declaração Internacional dos Direitos Humanos é um instrumento vinculante em razão do conteúdo civilizatório e humanístico que encerra.*

Em outras palavras, em 1993, ano em que a *Declaração e o Programa de Ação de Viena* reconheceram as características singulares dos direitos humanos, foi reforçada tal conotação ética da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que seu conteúdo não seria apenas uma composição de valores compartilhados ou uma referência ético-normativa que direcionaria o Direito Internacional e a proteção da pessoa humana, mas sim que teria se tornado um instrumento integrado ao costume internacional, ao qual se pode recorrer para ensejar a responsabilização dos Estados e a prestação ou promoção eficaz do direito humano ou da liberdade fundamental violada.

Quer alguns Estados a reconheçam como vinculante, quer outros não a considerem vinculante (se considerada apenas uma visão estrita das fontes do Direito Internacional), é inquestionável a inspiração que a Declaração Universal dos Direitos Humanos oferece aos Estados para organizarem e efetivamente criarem novas realidades de proteção aos seres humanos e novos padrões de civilidade, tal como se observa no seio da ONU, como no Mecanismo de Revisão periódica Universal (UPR), ou nos sistemas regionais de direitos humanos.

Em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há uma correspondência histórica direta, pois, em 1948, no mesmo ano em que se formou a Organização dos Estados Americanos (OEA), lançou-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, cujos artigos aparecem em novos, mas semelhantes termos, no texto base dos instrumentos de proteção da pessoa humana no continente Americano, a dizer, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos

¹⁶ “Soft law” (norma ou princípio não obrigatória, mas com efeitos) e “hard law” (norma ou princípio obrigatório ou vinculante) são conceitos do Direito Internacional que tratam da exigibilidade do direito elencado nas fontes de Direito Internacional, mas cuja coercitividade não se equipara ao uso da força. Existem em termos de constrangimento em face de outros Estados e de compromissos assumidos, por exemplo. No entanto, “a interpretação acerca do papel prático do direito internacional está longe de ser unânime”. CARVALHO, Daniel Ferreira de Souza. O fenômeno Soft Law bate à porta do Direito Internacional Contemporâneo. Orientadora: Prof. Dra. Maria Heloísa Cavalcante Fernandes. Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do bacharelado em Relações Internacionais, Brasília: UNICEUB, 2006, p. 28.

Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 1988.

Em detalhes, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem inclui, em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”, adotando como critério a proteção internacional dos direitos do ser humano.

Já no continente europeu, em 1950, o Conselho da Europa adotou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, abrindo seu preâmbulo com a expressa referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem e registrando, em seguida, “que esta Declaração se destina a assegurar o reconhecimento e aplicação universal e efetiva dos direitos nela enunciada”. A Convenção Europeia segue o conteúdo dos arts. 2 a 5 da Declaração Universal, prevendo, portanto, o direito à vida e a proibição à privação arbitrária deste direito, seguindo o reconhecimento da proibição da tortura, da escravatura e do trabalho forçado e reconhecendo o direito à liberdade e à segurança. Em seu art. 7, reconhece o princípio da legalidade e, no art. 14, a proibição da discriminação, dispondo, nos arts. 15 e 18, sobre as restrições de direitos.

Anos depois, em 1969, no preâmbulo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os Estados signatários reafirmaram o propósito de consolidar, nas Américas, dentro do quadro das instituições democráticas, “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”, retomando os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nos anos 1990, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, conhecida como Carta de Banjul e aprovada sob os auspícios da Organização da Unidade Africana - OUA, chamada de União Africana - UA, desde 2002, prevê direitos e liberdades fundamentais contidas na Declaração Universal de Direitos Humanos, reconhecendo, em seus arts. 4 a 6, conteúdo semelhante aos previstos nos arts. 2 a 5 da Declaração, acrescentando, ainda, a ênfase na autodeterminação dos povos, principalmente nos arts. 21, 22, o direito à paz (art. 23) e o combate ao colonialismo e aos desafios humanitários, sociais e econômicos derivados desse processo histórico, principalmente nos arts. 19 e 20. Além disso, tal como na Declaração Universal, reconhecem direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive os direitos do trabalho (art. 15) e o direito à saúde física e mental (art. 16), protegendo, ainda, a família (art. 18).

Nos três casos, a previsão de Declarações, Cartas e Convenções de Direitos do Homem e dos Povos fundamentou a criação de instituições concretas, judiciais e não judiciais, de proteção dos direitos humanos, a exemplo da Comissão Interamericana, criada em 1953 e em funcionamento

desde 1960, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1979; do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 1959; e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, criado em 2004 e em funcionamento desde 2006.

Assim, desde a sua concepção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem sido considerada um pilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, integra a chamada Carta de Direitos Humanos, referencial ético-normativo de uma das três vertentes de proteção da pessoa humana, o Direito Internacional de Direitos Humanos, sendo as demais o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, que os precede¹⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também está espelhada na Constituição de 1988, trazendo possibilidades e desafios para o Brasil no momento em que são celebrados 30 anos de sua promulgação.

3. Reflexos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988: a dinâmica de reconhecimento e expansão de direitos sociotrabalhistas

No Brasil, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi internalizada por meio de Decreto¹⁸. Isso não significa, porém, que o País não considere sua relevância e capilaridade jurídica, sobretudo no que se refere à Constituição Federal de 1988. Por exemplo, desde os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, foram feitas referências explícitas aos direitos humanos e ao conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁷ Argumento brilhante desenvolvido em: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRINGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. São José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha & Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. Ainda sobre o tema consultar: DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun. 2013, pp. 199-219.

¹⁸ Em contraposição, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi internalizado pelo Decreto n. 592, de 1992, assim como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo Decreto n. 591, de 1992. Nessa matéria cabe uma nota. Apesar de a Constituição de 1988 refletir os valores da Declaração universal dos Direitos Humanos, demonstrando ter sido uma grande tomada de fôlego em relação à proteção dos direitos universais da pessoa humana, apenas internalizou os dois Pactos Internacionais - que estão intrinsecamente relacionados à Declaração - em 1992, quase quatro anos depois da Constituição. Isso indica certa lentidão na formalização de um padrão de desenvolvimento em direitos humanos, ou seja, de se reconhecer, no nível nacional, dois instrumentos já alinhados ao que foi legitimado em 1988, embora o movimento de formalização do direito internacional dos direitos humanos desde 1988 tenha sido contínuo e crescente.

Consultando as atas e anais da Assembleia Nacional Constituinte¹⁹, é possível observar elementos da Declaração Universal dos Direitos Humanos refletidos tanto nas audiências públicas e nos anteprojeto, quanto no texto final da Constituição Federal de 1988 e nas emendas constitucionais posteriormente aprovadas.

A própria divisão em comissões temáticas para a redação da Constituição revela o aspecto participativo e inclusivo que se buscou para a composição e redação do texto que definiria a ordem e as aspirações para o Brasil e para a população.

Três comissões se destacaram, entre as dez que foram formadas, quanto à inserção da temática dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, com particular atenção para os direitos sociais e trabalhistas. Foram elas: a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; a Comissão da Ordem Social; e a Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação²⁰.

A primeira Comissão, *Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, deu origem às seguintes subcomissões: (i) da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais; (ii) dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias; (iii) dos direitos e garantias individuais. Nela se manifesta claro compromisso com os direitos negativos, das liberdades fundamentais, no paradigma conhecido como a primeira geração de direitos humanos e que tem por fundamento o direito à vida e à liberdade.

A segunda Comissão, denominada de *Comissão da Ordem Social*, foi dividida nas seguintes subcomissões: (i) dos direitos dos trabalhadores e dos servidores públicos; (ii) da saúde, da seguridade e do meio ambiente; e (iii) dos negros, populações indígenas, pessoas com deficiência e minorias.

Já na primeira reunião de instalação da *Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias*, o sr. Presidente Ivo Lech propõe a proteção especial a cada um destes grupos, como forma de se começar a superar a dívida social.

Tenho dito, sempre que se fala da dívida externa, e da interna, que a dívida principal é a dívida social, a dívida que temos de resgatar. Esta subcomissão talvez contemple o direito destas minorias, não segregando-as em um capítulo à parte da Constituição, mas o que seria uma segregação legal, mas que, em cada Capítulo da Carta do Brasil novo que vamos escrever, esteja lá, sem

¹⁹ Os documentos estão disponíveis no arquivo eletrônico do Senado Federal, na seção **Publicações e Documentação**, Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp

²⁰ SENADO FEDERAL [online]. **Publicação e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissões e Subcomissões. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>

discriminação, juntamente com direitos e garantias de todos os cidadãos, o direito dessas minorias sobre as quais vamos aqui nos deter²¹.

Foi ainda nesta Subcomissão em que o sr. constituinte Florestan Fernandes tratou da ausência de ou da insuficiente representação de algumas minorias e da histórica marginalização dos negros, repudiou a escravidão e ainda criticou que até aquele momento o trabalho das empregadas domésticas ainda não era definido e protegido como trabalho digno²², assuntos que futuramente dariam base para a ampliação dos direitos sociotrabalhistas, não somente para trabalhadores rurais e urbanos, mas também, embora não na redação original, para os trabalhadores domésticos, pela Emenda Constitucional 72 de 2013²³, bem como daria amparo às ações afirmativas e ao Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288, de 2010)²⁴.

Note-se que a segunda Comissão imprimiu decisivo conteúdo social ao projeto constituinte. Na *Subcomissão dos Direitos dos trabalhadores e dos servidores públicos*, tem destaque o compromisso de se resguardar densidade ao conceito de trabalho, tendo ele sido elevado à condição de princípio fundamental da República (art. 1, inciso IV) e de direito fundamental do ser humano (art. 60, caput). Para além disso, com o suporte no valor fonte da dignidade humana, também foi possível aferir, do processo constituinte, a construção normativa e axiológica do conceito de direito fundamental ao trabalho digno²⁵.

A terceira Comissão, *Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*, ensejou a formulação das seguintes subcomissões: (i) da educação, cultura e esportes; (ii) da ciência e tecnologia e da comunicação; (iii) da família, do menor²⁶ e do idoso.

²¹ SENADO FEDERAL [online]. **Publicação e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas com Deficiência e Minorias, p. 92. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf

²² Idem, pp. 22-26.

²³ Sobre a evolução dos direitos dos empregados domésticos no Brasil, consultar: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **O Novo Manual do Trabalho Doméstico**: com os Comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2 Ed. São Paulo: LTr, 2016.

²⁴ SENADO FEDERAL [online]. **Publicações e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, pessoas com Deficiência e Minorias. Disponível em:

http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf

²⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2a Ed. São Paulo: LTr, 2015.

²⁶ Observe-se que a Constituição de 1988 precede a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069, de 1990, que aboliu o termo “menor”, vigente desde a revogação do Código do Menor, de 1979, mas que já aparecia, junto com o termo *delinquente*, desde 1927, no Código de Mello Mattos, também sobre matéria semelhante. Para interessados, recomendam-se obras de Tânia da Silva Pereira, Wilson Donizeti Liberati e de Joseane Rose Petry Veronese, entre tantas outras possibilidades.

Numa análise histórica das atas e da própria nomenclatura dessas subcomissões, observa-se explícito compromisso constitucional brasileiro para com uma ordem social inclusiva e protetiva, a fim de se resguardar os direitos sociais, trabalhistas e de seguridade social contra restrições e arbitrariedades, porque sua previsão constitucional aumenta a possibilidade de se exigir a prestação positiva do Estado, o que é uma dimensão indispensável dos direitos sociais.

Justamente, os direitos sociais são considerados direitos positivos, entrando no paradigma conhecido como a segunda geração dos direitos humanos, caracterizados por visar a concretização do princípio da igualdade, base da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ressalte-se que o princípio da igualdade é fundamento da justiça social e da dignidade humana, *pois não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem condições de dignidade*.

Os direitos trabalhistas e de seguridade social também são uma dimensão dos direitos humanos²⁷. Decorrem de um aprofundamento no reconhecimento dos direitos positivos, também tutelados pela Constituição, trazendo a interface entre os princípios da igualdade e da fraternidade.

A abertura da Constituição Federal de 1988 revela manifesto compromisso com a questão social e trabalhista, bem como com a disciplina da ordem econômica, educativa, de seguridade e o resguardo aos direitos civis e políticos, com base no princípio da dignidade humana, que norteia o Estado Democrático de Direito.

Aqui, é importante recordar a lição de Maurício Godinho Delgado, quando trata do inovador tripé conceitual do Estado Democrático de Direito, cuja estrutura foi edificada com a Constituição de 1988. O primeiro pilar é a “pessoa humana, com sua dignidade”; o segundo, a “sociedade política, concebida como democrática e inclusiva”; e, o terceiro, a “sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva”²⁸.

É notável, portanto, o zelo do constituinte em elencar, entre os cinco fundamentos da República Federativa, três de matiz claramente social: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1, incisos II a IV, CF/1988).

Mais ainda surpreende, na Constituição, a redação do art. 3º, que reflete o compromisso originário com a justiça social, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos (art. 3º, incisos I a IV, CF).

²⁷ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun. 2013, pp. 199-219.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direitos e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 3 ed. São paulo: LTr, 2015, p. 46.

Ainda há um mérito de forma, já que a Constituição de 1988 foi contribuição inovadora e diferenciada por inserir o direito ao trabalho no rol de direitos e garantias fundamentais. A nova arquitetura constitucional assegurou caráter de fundamentalidade ao direito ao trabalho, elevando-o como uma das fórmulas de inserção social protegida da pessoa em sociedade.

Outro grande mérito está no caráter dinâmico da Constituição²⁹. Por sua estrutura, a Constituição ampara legislação infraconstitucional e a adesão a tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, o que permitiu que o Brasil fosse pioneiro na aprovação de legislação qualificada e ampla de proteção a minorias, idosos, crianças e adolescentes. São, assim, notórios os Estatutos e Leis Orgânicas que ampliam direitos especiais e especializados, consagrando, na prática, o direito da igualdade e o objetivo de se dar amparo aos vulneráveis e de se reduzirem desigualdades de toda natureza. São exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 1990; a Lei orgânica da Saúde, Lei n. 8.080, de 1990; a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n. 8.742, de 1993; o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, de 2003; o Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288, de 2010; o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 2015, entre outros.

Principalmente devido aos art. 5º, 6º, 7º e 8º, o Brasil se compromete, portanto, em elencar os direitos universais da pessoa humana, nos âmbitos individual, social e trabalhista, permitindo a paulatina ampliação e responsabilização do Estado para com sua violação, como demonstra a aceitação do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça.

Em análise do art. 6º, que enumera e consagra os direitos sociais, cabe indicar uma progressiva expansão, em alinhamento à adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos, à conscientização em direitos humanos entre a sociedade civil e o Poder Legislativo e à experiência dos Planos Nacionais de Direitos Humanos.

Desde a redação embrionária do art. 6º, nos idos de 1988, foram acrescentados três novos direitos sociais ao seu texto: a Emenda Constitucional n. 26, de 2000, acrescentou o direito à moradia; a Emenda Constitucional n. 64, de 2010, o direito à alimentação; a Emenda Constitucional n. 90, de 2015, o direito ao transporte.

Esse movimento de extensão dos direitos sociais se alinha ao princípio da progressividade social, trazendo até a possibilidade de adoção de medidas legislativas e, se necessário, de assistência e cooperação internacionais. De fato, o Congresso Nacional teve importante papel ao aprovar tais

²⁹ Conforme a Constituição Federal, art. 5º, § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

emendas, realizando o previsto no art. 2º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, internalizado pelo Decreto n. 591, de 1992.

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição de 1988 apresenta sólido e extenso arcabouço de proteção à pessoa humana e à sua condição de dignidade, consagrando os direitos humanos em suas múltiplas dimensões, oferecendo, ainda, instituições sólidas para que se exija a prestação e promoção de direitos fundamentais pelo Estado.

Não à toa, nestes 30 anos de vigência, a Constituição de 1988 conquistou o apelido de “Constituição Cidadã”, eis que edificada sob parâmetros civilizatórios e humanísticos. No plano interno, seu conteúdo consubstancia o marco contemporâneo do constitucionalismo brasileiro em seu processo de maturação³⁰ e, no plano internacional, ecoa os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Conclusão

O estudo da Declaração Universal dos Direitos Humanos configura, assim, uma oportunidade de celebrar os avanços da humanidade no reconhecimento da dignidade de cada ser humano e no esforço de promoção dos valores de igualdade, liberdade e solidariedade. Aliás, como documento guarda-chuva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos permite que tratados internacionais de direitos humanos ulteriores venham a expandir o rol de direitos humanos e garantias fundamentais, viabilizando também a responsabilização dos Estados e de seus agentes em casos de violações.

Com essa Declaração, a comunidade internacional logrou êxito em expressar valores universais e reconhecer uma plataforma comum para todos os seres humanos, povos e nações, que, conforme a perspectiva dinâmica de interpretação dos direitos humanos³¹, não é estática, nem absoluta, com vistas a impulsionar ou somar avanços costumeiros, legislativos e jurídicos internamente conquistados.

Além dos impactos no direito internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos está refletida nos princípios e no rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direitos e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 3 ed. São paulo: LTr, 2015, p. 42.

³¹ DELGADO; Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun. 2013, pp. 211-212.

Desde a narrativa da Assembleia Nacional Constituinte, em suas Comissões e Subcomissões, observa-se o compromisso daquela época em firmar os pilares do constitucionalismo contemporâneo fundados no conceito de Estado Democrático de Direito, em seu inovador tripé conceitual: a pessoa humana com sua dignidade, a sociedade política democrática e inclusiva e a sociedade civil também democrática e inclusiva³².

No tempo presente, passados 30 anos da Constituição Federal de 1988 e 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esse compromisso deve ser permanentemente renovado mediante contínua legitimação do Estado Democrático de Direito, de matiz social e humanista, capaz de refletir toda a densidade do projeto constitucional brasileiro.

Referências Bibliográficas

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2510&revista_caderno=25>

BROWN, Gordon (Ed.). **The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: a Living Document in a Changing World**. Cambridge, UK: Open Book Publishers, 2016, p. 29-34.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRINGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. São José, Costa Rica: Ed. Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha & Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

CARVALHO, Daniel Ferreira de Souza. **O fenômeno Soft Law bate à porta do Direito Internacional Contemporâneo**. Orientadora: Prof. Dra. Maria Heloísa Cavalcante Fernandes. Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do bacharelado em Relações Internacionais, Brasília: UNICEUB, 2006, p. 28.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2007.

COURTIS, Christian. **La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007, pp. 49-78.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

³² DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direitos e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3 ed. São paulo: LTr, 2015, p. 42.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun. 2013, pp. 199-219.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 3 ed. São paulo: LTr, 2015, p. 46

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **O Novo Manual do Trabalho Doméstico**: com os Comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2 Ed. São Paulo: LTr, 2016.

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista *et al.* **Direitos Humanos**. Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

HANNUN, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. **GA Journal of International and Comparative Law**, 1995/1996, pp. 288-397. Acesso em: 12/12/2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1396&context=gjicl>

MORSINK, Johannes. World War Two and the Universal Declaration. **Human Rights Quarterly**, Vol.. 15, N. 2, May 1993, pp. 357-405.

Office of the High Commissioner for Human Rights, OHCHR. United Nations [online]. **Declaration on Human Rights Defenders**. Acesso em: 12/12/2018. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/issues/srhrdefenders/pages/declaration.aspx>

PIOVESAN, Flavia. Social, economic and cultural rights and civil and political rights. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v.1, n.1, p.20-47, 2004. Acesso em: dez. 2018.

RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **A Doutrina da Proteção Integral nas dinâmicas internacional e brasileira: uma proposta quadrangular a partir do estudo da erradicação das piores formas de trabalho infantil**. Orientadora: Prof. Dra. Gabriela Neves Delgado. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2014.

ROBERTS, Christopher N. J. **The contentious history of the International Bill of Human Rights**. New York, NY: Cambridge University Press, 2015

SENADO FEDERAL [online]. **Publicação e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissões e Subcomissões. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp

SENADO FEDERAL [online]. **Publicações e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Trabalhadores e dos Servidores Públicos. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7a_Subcomissao_Dos_Direitos_Dos_Trabalhadores.pdf

SENADO FEDERAL [online]. **Publicações e Documentação**. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Ordem Social. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, pessoas com Deficiência e Minorias. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf

SHABAS, William A. (Ed.). **The Universal Declaration of Human Rights**. The Travaux Préparatoires. 3 Volume Hardback Set. London: Middlesex University & Leiden University, 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1987.

DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE NEOLIBERAIS: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CRISE PERMANENTE¹

SOCIAL RIGHTS IN NEOLIBERAL TIMES: THE CONSTITUTION ON 1988 AND THE PERMANENT CRISIS

Renata Queiroz Dutra²

RESUMO

Pensar a efetividade dos direitos sociais no trintenário da Constituição de 1988 pressupõe compreender em que medida os direitos sociais são alicerce das concepções de Estado Democrático de Direito e Cidadania. Por outro lado, a contradição consiste em perceber que a vigência da Constituição mais atenta e fiel às dimensões político-jurídicas desses dois conceitos é atravessada justamente pela implementação e alargamento do neoliberalismo, com a consequente instalação de uma crise permanente para toda racionalidade que se oponha aos desígnios do mercado e institua outros parâmetros para a socialização humana, para o trabalho e para a institucionalização das relações e conflitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; Constituição; Cidadania; Neoliberalismo.

ABSTRACT

Any thoughts on the effectiveness of social rights on the 30th anniversary of the 1988 Constitution requires an understanding of, in what level, social rights are the basis for the concept of a Democratic State and of Citizenship itself. On the other hand, the contradiction consists in noticing that the validity of a Constitution faithful to the juridical and political dimensions of these concepts is trespassed by an ever-growing neoliberalism, followed by the implementation of a permanent crisis to all rationality that stands in opposition to market rules and that establishes other parameters for human socialization, work and the institutionalization of social relationships and conflicts.

KEYWORDS: Social Rights; Constitution; Citizenship; Neoliberalism.

¹ As ideias desenvolvidas nesse artigo constaram, em uma primeira versão, na tese de doutorado defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNB, sob o título “Trabalho, Regulação e Cidadania: a dialética da regulação social do trabalho em call centers na região metropolitana de Salvador” (2017), recentemente convertida no livro “Trabalho, Constituição e Cidadania: a dialética da regulação social do trabalho”, publicado pela editora LTr em 2018.

² Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora Adjunta de Legislação Social e Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Introdução

A Constituição Federal de 1988 alcança o seu trintenário e a questão da sua efetividade, que vem sendo disputada imediatamente após sua entrada em vigor, torna-se ainda mais latente.

O projeto constitucional traçado em 1988, sob os ares da redemocratização e com ampla construção dos movimentos sociais organizados, traçou um horizonte consistente para a sociedade brasileira, que, nos últimos 30 anos, tem enfrentado a contradição de reivindicá-lo como bandeira de luta, ao tempo em que o assiste se distanciar em face das novas imposições econômicas e políticas globais: sobretudo a partir da década de 1990, “o mercado” tem imposto seus desígnios à custa do direito e da Constituição.

Pensar o lugar dos direitos sociais nesse processo é pensar exatamente o pilar caracterizador de um Estado Democrático de Direito, notadamente em países cuja noção de cidadania não se encontra consolidada. É sob a égide da afirmação de direitos sociais que o Estado liberal é superado, que o Estado social se soergue e que o Estado Democrático de Direito se aperfeiçoa, atrelando vivamente as noções de democracia e cidadania.

Não obstante, esse trilhar de desenvolvimento do constitucionalismo social e dos próprios modelos de Estado de Direito não se afigura linear e, especificamente na última quadra do século XXI, é atravessado pela afirmação da racionalidade neoliberal, devassando o conteúdo dos direitos sociais e, por conseguinte, as próprias noções de democracia e de construção de arenas públicas para a cidadania.

No Brasil, a ruptura democrática de 2016 e as reformas que a sucederam, com destaque para o congelamento dos gastos públicos (destinados à efetivação de direitos sociais) via Emenda Constitucional nº 96, a reforma educacional, a reforma trabalhista e as iminentes reformas previdenciárias e do Sistema Único de Saúde compõem uma agenda política delineada pelo neoliberalismo.

Seu conteúdo investe contra aquilo que caracterizava o projeto social da Constituição de 1988 e que, em grande medida, estabelecia sua arquitetura institucional para a proteção não de um sujeito de direitos abstrato, mas de um sujeito de direitos situado em termos de classe: o trabalhador brasileiro.

Nesse ensaio, busca-se romper com a ideia de que o sacrifício dos direitos sociais é cobrado em cenários de crise, até mesmo com respaldo na compreensão de que o capitalismo,

enquanto sistema, convive cíclica e inevitavelmente com crises: o desafio dos direitos sociais no sistema capitalista – ademais se radicalizado pela racionalidade neoliberal – é se afirmar enquanto direito e, a partir dele, afirmar o direito como uma tecnologia de conteúdo eminentemente social e autônomo em relação à esfera econômica e seus caprichos.

1. Estado liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito: qual o lugar dos direitos sociais?

Os direitos sociais estão alicerçados fortemente na ideia de regulação do sistema capitalista, nos moldes desenvolvidos por Polanyi³, que tende a contradizer a concepção econômica neoclássica que pressupõe uma harmonia intrínseca às economias de mercado.

Contrapondo-se às ideias centrais do liberalismo econômico, a perspectiva da intervenção estatal justifica-se em face do caráter estático e, por isso mesmo, deficiente, do modelo econômico neoclássico. Como explica Ana Frazão, o vício desse esquema teórico reside em tomar as situações de consumidores e das empresas como dados não questionados, não fazendo qualquer reflexão sobre tais pontos de partida: tal exercício teórico implica abstrair da análise questões cruciais, como as diferenças de classe, as relações de poder e as desigualdades sociais, numa representação completamente abstrata dos sujeitos envolvidos no processo de produção e circulação de riquezas⁴.

A noção de regulação remete à construção crítica de Karl Polanyi em relação ao liberalismo econômico e à premissa do mercado auto-regulável⁵. Para o autor, ao instituir a economia de mercado, amparada nos pressupostos da igualdade e da liberdade dos sujeitos, o sistema capitalista prescindiria de uma fundamentação moral, religiosa ou política que o embasasse, se desenvolvendo a partir da lógica da reprodução do capital e da acumulação de riquezas, mediante fundamentos econômicos que tenderiam a colonizar a vida social de modo danoso à sociedade.

Como anunciou Polanyi, ao contrário do que supunha o pensamento liberal, a orientação tendencial do sistema capitalista para converter em mercadoria todos os fatores sociais, inclusive elementos como terra, trabalho e dinheiro, caminhará fatalmente para a degeneração da condição humana, do meio ambiente e da própria viabilidade produtiva do capitalismo⁶.

³ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁴ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Sociedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 67.

⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁶ *Idem*, p. 31.

As consequências da extensão da lógica do mercado, supostamente autorregulável, para as demais esferas da vida social resultariam em um processo autodestrutivo para a organização social e castigador para os sujeitos trabalhadores:

Permitir que o mecanismo do mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural, e até mesmo o árbitro da quantidade e uso do poder de compra, resultaria no desmoronamento da sociedade. Essa suposta 'mercadoria', a força de trabalho, não pode ser impelida, usada indiscriminadamente, ou até mesmo não utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece ser o portador dessa mercadoria peculiar. Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do homem ligado nessa etiqueta. (...) Entretanto, nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções, mesmo por um período de tempo muito curto, a menos que a sua substância humana natural, assim como a organização dos negócios, fosse protegida contra os assaltos desse moinho satânico⁷.

A necessidade de contramovimentos que freassem o mecanismo autodestrutivo do sistema capitalista fez com que se vislumbresse, então, a ideia de **regulação**, compreendida por Polanyi como a atribuição vinculada ao Estado (pressionado e demandado pela sociedade civil) do papel de formular ações, com base em fundamentos políticos e sociais de proteção, que, se não orientassem os caminhos do sistema de mercado, ao menos impusessem limites à cartela de possibilidades por ele eleita⁸.

A ideia de regulação, na obra de Polanyi, vai se afinar com a noção de intervenção estatal no campo econômico. Tal noção vai ser moldar e se transformar a partir das diferentes perspectivas de Estado que a orientam, permitindo intervenções maiores, menores, seletivamente diversas, mais ou menos democráticas⁹.

Assim, o desenvolvimento e a afirmação do Estado Liberal, sucedido pelo Estado Social, e pelo paradigma aperfeiçoado do Estado Democrático de Direito, num processo não linear e recentemente fissurado pela ascensão de políticas de orientação neoliberal¹⁰, compõem cenários diversos para se pensar o fenômeno regulatório, na chave acima apresentada.

Portanto, essa ideia de regulação vai se desenvolver a partir das múltiplas interferências normativas do Estado nas relações de trabalho, na concorrência, na garantia da propriedade privada e da livre iniciativa, nas questões ambientais, tributárias, na saúde pública, entre outros temas caros à manutenção da tessitura da sociedade de classes. Essas interferências,

⁷ *Idem*, p. 78-79.

⁸ POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 78-79.

⁹ Ellen Wood, por sua vez, questiona os limites da condição democrática em relação ao capitalismo em razão da separação entre as esferas política e econômica, na medida em que se aparta de todo e qualquer questionamento e deliberação política as questões atinentes à produção. Tal separação, para a autora, é característica do capitalismo enquanto sistema, e não especificamente de um determinado modelo de Estado (WOOD, Ellen Miexins. *Democracia contra capitalismo*: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo, 2011).

¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

em qualidade e intensidade, oscilam em função dos paradigmas de Estado constitucional contemporâneo, mas tem pilares assentados na ideia de direitos fundamentais¹¹.

Importante observar que dentre as intervenções estatais de monta mais relevante para uma perspectiva regulatória estão as políticas públicas de concretização de direitos sociais para aqueles que vivem do trabalho, por meio da regulação das relações de trabalho e não trabalho (notadamente a Previdência social) e da garantia do acesso das classes trabalhadoras a bens jurídicos fundamentais como saúde, educação, moradia, saneamento básico, transporte, etc, sem os quais sua sobrevivência digna não pode ser assegurada e cuja aquisição não é alcançada no mercado por aqueles que vivem do seu trabalho e se encontram em situação de pobreza e marginalidade.

Como observa Frazão, ao contrário do que se supõe, mesmo no **Estado liberal**, a intervenção estatal na economia foi significativa, de modo a se questionar se teria sido possível à economia prosperar sem o arcabouço jurídico que lhe foi proporcionado pelo Estado (proteção da propriedade, da vida, da proteção aos contratos, entre outros). Para a autora, o mercado só existe em razão do Estado e evidência significativa disso teria sido a demanda, além do Código Civil, de legislações aptas a acomodar e assegurar as relações comerciais e, posteriormente, mesmo a reprimir o abuso do poder econômico¹².

Um segundo momento, demarcado como **Estado Social**, por outro lado, modifica a característica seletiva da intervenção estatal na economia e na sociedade, para compreender o Estado como planejador do desenvolvimento econômico e das relações de produção. Essa perspectiva não perpassou, senão em modelos autoritários, a negação dos conflitos e sujeitos sociais, mas sua integração, como explica Giuseppe Cocco:

Isto é, a expansão do papel do Estado, e em particular de sua intervenção direta na regulação do mercado e no controle de porções importantes do aparelho produtivo teve como condição necessária a recomposição política, em sujeitos coletivos, das elites empresariais e dos trabalhadores ao mesmo tempo. Em outras palavras, podemos dizer que o Estado-planejador (fordista-keynesiano) afirmou-se como dispositivo de integração do conflito social. Este último transformou-se assim de trabalho negativo (de ruptura) em principal fator de desenvolvimento¹³.

¹¹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

¹² FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 74-85.

¹³ COCCO, Giuseppe. *Trabalho e Cidadania: produção e direitos na crise do capitalismo global*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 106.

No plano jurídico, todavia, os excessos do Estado Social se localizam na assunção de uma tutela paternalista¹⁴ que, nas palavras de Menelick de Carvalho Netto, “elimina precisamente o que ela afirma preservar”, na medida em que “subtrai dos cidadãos o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade do povo reduzido a uma condição de massa”¹⁵.

Também Ana de Oliveira Frazão aponta as contradições do Estado Social a partir da “funcionalização crescente da autonomia privada diante do poder público, a fim de assegurar a harmonia social”, conceito este deturpado por Estados totalitários e que, em grande medida, contribuiu para a construção de um nível significativo de passividade dos sujeitos em face do Estado¹⁶.

Essa crítica será absorvida pelo **Estado Democrático de Direito** no sentido de tentar conciliar os valores da liberdade e da igualdade, de forma mais aperfeiçoada, com a valorização da cidadania.¹⁷ Tal conformação estatal, embora confortante em relação às frustrações do Estado Social, e abraçada efusivamente pelos grupos sociais portadores de novas demandas por cidadania, se projeta de forma deficitária na realidade, na medida em que sua idealização convive com a ascensão do pensamento econômico neoliberal, que corrói, de início, as bases do idealizado Estado Democrático de Direito.

Se o projeto do Estado Democrático de Direito consiste justamente em conciliar a intervenção estatal para a garantia de direitos sociais (prestações materiais) com a garantia de liberdade e autonomia aos cidadãos, o impedimento do primeiro objetivo pelo projeto neoliberal e a fragilização das possibilidades efetivas de exercício da autonomia no mundo da vida que esta pauperização material engendra (desvirtuando o segundo objetivo) colidem frontalmente com a concretização desse modelo.

A discussão, portanto, reside não apenas na formatação de um paradigma de Estado que estabeleça uma normatividade compatível com os valores da liberdade e da igualdade, promovendo direitos sociais fundamentais sem desfigurar a condição de cidadania, mas também na compreensão dos mecanismos que permitem que as relações entre dinâmicas econômicas e dinâmicas jurídico-políticas se estabeleçam em favor de uma tal construção

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2011, p. 145.

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

¹⁶ FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 116.

¹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (org.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

jurídica abstrata. O próprio modo de conceber e assegurar direitos sociais oscilará entre esses paradigmas.

Por exemplo, o conceito de Alexy de direitos sociais fundamentais os identifica como prestações materiais que podem ser alcançadas no mercado, *mediante pagamento em dinheiro*¹⁸.

Já para Sarlet, os direitos sociais, econômicos e culturais consistem em requisito para a concretização da dignidade da pessoa humana. O autor defende que a situação de pobreza que inviabiliza a inclusão social e traduz-se num déficit efetivo de autodeterminação, comprometedor do mínimo existencial e da auto-estima dos indivíduos, revela-se atentatória à dignidade da pessoa humana¹⁹.

Outros autores, como Marilena Chauí, aproximarão esse conceito das ideias de democracia e cidadania.

2. Cidadania e Direitos Sociais na Constituição de 1988

Marilena Chauí, ao elencar os elementos indicativos de uma democracia efetiva, sustenta que é imprescindível pensar não apenas no processo eleitoral ou nos procedimentos de disputa do poder, mas considera uma forma sociopolítica assentada nas ideias de igualdade e liberdade, que convivam e dialoguem com as desigualdades sociais decorrentes da dinâmica capitalista a partir da semântica dos direitos e que, nesse sentido, esteja aberta ao processo de permanente criação de direitos, compreendendo o conflito como elemento legítimo e necessário à sociedade democrática. Associados a tais premissas, o caráter popular do poder, a diferenciação entre poder e governo e a realização de eleições periódicas comporiam a forma democrática²⁰.

Como decorrência dessa definição complexa de democracia, o pensamento de Chauí sobre a cidadania pode ser sintetizado em torno dos princípios da democracia, passando necessariamente pela conquista e consolidação social e política. Nesse sentido, a cidadania teria como pressupostos a existência de instituições, mediações e comportamentos, que se materializariam “na criação de espaços sociais de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, como partidos,

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 499-519.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. *Crítica y Emancipación*, (1): 53-76, junio 2008.

legislação e órgãos do poder público”²¹. Distingue-se da cidadania passiva, traduzida como favor do Estado, a cidadania ativa, que institui o cidadão e a cidadã como titulares de direitos e deveres, mas essencialmente criadores de direitos para abrir novos espaços de participação política²².

Também Lucília de Almeida Neves Delgado demarca a construção da cidadania como produto histórico não linear, no qual há um processo permanente de conquista de direitos e dimensões dessa cidadania e em relação ao qual o cidadão não seria senão “sujeito da história na busca pela ampliação da sua própria cidadania”²³.

Os conceitos de cidadania e democracia, portanto, são conexos e apresentam estreitas relações com a noção de trabalho enquanto valor, como observa Delgado²⁴.

Os conceitos de democracia, cidadania e valor-trabalho, tal como afirmados acima, reclamam profundamente a ideia de inclusão, nas dimensões política, social, institucional²⁵, mas também econômica.

São as desigualdades econômicas, para Chauí, o principal desafio das democracias ao prometer inclusão, igualdade e liberdade através dos direitos²⁶. Também para Ellen Wood seria esta a maior discussão sobre a (im)possibilidade da realização democrática em sociedade capitalista. A autora pontua o fato de que o capitalismo separou as esferas econômica e “extra-econômica” (política, jurídica, social), permitindo o trânsito democrático apenas na segunda esfera, ao tempo que manteve intocada a primeira. Nesse sentido, a questão para a democracia no capitalismo seria um mecanismo de controle da esfera das desigualdades econômicas, ou seja, da esfera da produção:

[...] o mercado capitalista é um espaço político, assim como econômico, um terreno não apenas de liberdade e escolha, mas também de dominação e coação. Quero agora sugerir que a democracia precisa ser repensada não como categoria política como categoria econômica. Não estou sugerindo uma “democracia econômica”, entendida como maior igualdade na distribuição. Estou sugerindo democracia como um regulador econômico, um mecanismo acionador da democracia²⁷.

²¹ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova* [online]. 1994, n.33, pp.5-16. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002>.

²² *Idem*.

²³ NEVES, Lucília de Almeida. Cidadania: Dilemas e perspectivas na República Brasileira. In: *Revista Tempo*. Rio de Janeiro, Vol. 4, 1997, pp. 80-102.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Democracia, Cidadania e Trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

²⁵ *Idem*, pp. 91.

²⁶ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. Crítica y Emancipación, (1): 53-76, junio 2008.

²⁷ WOOD, Ellen. *Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 248.

Na síntese de Sayonara Grillo, o esforço de articulação entre democracia e trabalho necessitará compreender suas limitações enquanto as propostas de organização democrática estiverem sujeitas aos velhos imperativos do mercado e submetidas às coações econômicas²⁸.

A promulgação da Constituição de 1988 e o horizonte de expectativas políticas e sociais por ela aberto, o qual, certamente se reorienta em razão da retomada do fôlego da ação política (marcada significativamente pela atuação do “novo sindicalismo”) por meio da reabertura democrática, traz novos marcos simbólicos para a regulação do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 emerge no cenário político brasileiro no contexto da redemocratização política e é produto de um processo constituinte forjado por ampla contribuição da sociedade e dos movimentos sociais, incluindo os sindicatos.

Caracterizada, do ponto de vista jurídico, como uma Constituição que erige o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 teria por mérito, de forma inédita na história constitucional brasileira, oferecer, por meio da ideia de democracia, a solução para a administração da tensão entre igualdade e liberdade. Estariam articuladas, nesse paradigma, autonomias públicas e privadas voltadas à concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais²⁹.

Na compreensão de Gabriela Neves Delgado, esse novo paradigma de Estado estaria calcado na pluralidade e no reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, que perpassariam as noções de dignidade da pessoa humana, da sociedade política democrática e inclusiva e da sociedade civil igualmente democrática e inclusiva. A partir daí, extrai como importante contribuição a reformulação da ideia de cidadania, enraizada então como a aptidão para a aquisição de direitos e centrada na proteção da dignidade da pessoa humana. Com base nessa compreensão de Estado, a autora desenvolve como um de seus pilares a ideia de direito fundamental ao trabalho digno³⁰.

Como decorrência lógica da proteção ao trabalho digno, ter-se-ia, no cerne do Estado Democrático de Direito, a imposição do dever estatal de oferecer condições para a concretização desse direito, notadamente seus aspectos indisponíveis, por meio de uma regulamentação “objetiva e direta”³¹.

²⁸ SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. Cidadania, Trabalho e Democracia: um dos percursos possíveis para uma difícil, mas necessária articulação na história. In: *Revista LTR*, vol. 71, novembro de 2007. pp. 1355-1365.

²⁹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

³⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 48.

³¹ *Idem*, p. 184.

Ângela de Castro Gomes, atenta às críticas e às pechas depreciativas emprestadas à legislação trabalhista brasileira, as quais se assentavam, sobretudo, na inefetividade de seu conteúdo, no seu caráter manipulatório e numa suposta inspiração fascista, entende a promulgação da Constituição de 1988 como um momento político de ruptura com essa tradição, na medida em que os direitos sociais são reconhecidos com valor destacado e, além disso, há reforço para as instituições que o aplicam, notadamente o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho³².

Para a historiadora, o marco constitucional de 1988 devolve aos direitos sociais a função política precípua que o Estado novo e o Regime militar haviam retirado. Nessa senda, esses direitos voltam a ser, à luz do Documento Político de 1988, espaço privilegiado para a afirmação de valores democráticos³³.

Nessa senda, retomando o importante diálogo com o conceito de democracia apresentado por Marilena Chauí³⁴, releva indicar, no novo paradigma constitucional, a legitimação dos conflitos, o reconhecimento das balizas da participação popular e dos movimentos sociais, a valorização dos direitos fundamentais (dentre eles os sociais), e o desenho de uma arquitetura institucional compatível com a garantia desses valores.

No âmbito das relações de trabalho, tal constatação se revela pelo reconhecimento simultâneo, na condição de fundamentos da República Federativa do Brasil, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como demonstração da disposição constitucional de trabalhar este conflito, assim como pela inserção dos direitos sociais e, dentre eles, o direito do trabalho, no conjunto dos direitos fundamentais.

A Constituição, ao propor uma nova relação entre a sociedade civil e a sociedade política, centrada na ideia de dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais, coloca uma nova perspectiva para o trabalho e, como decorrência, novas dimensões de cidadania no trabalho.

Precipuamente, o art. 6º da Constituição consagra como direitos fundamentais sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, tendo por destinatários, historicamente situados, os trabalhadores que, pela sua condição de despossuídos e pela dependência do seu trabalho para viver, demandam da organização social,

³² GOMES, Ângela de Castro; e SILVA, Fernando Teixeira da. *A justiça do trabalho e sua história: os direitos dos trabalhadores no Brasil*. Campinas: Editora da Unicamp, 2013. p.32-33.

³³ *Idem, ibidem*.

³⁴ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo, Editora Cortez, 2011.

desde os primórdios da Revolução Industrial, exatamente, esse rol de prestações sociais basilares.

Ainda nessa linha, a constitucionalização do Direito do Trabalho e a nova amplitude conferida à proteção da pessoa humana, com a ampliação da cartela de direitos já reconhecidos e a inserção de algumas categorias (domésticos, rurais, avulsos) revelam esse aspecto.

Do ponto de vista do desenho institucional, o marco constitucional de 1988 reforça o *status* da Justiça do Trabalho, ampliando sua estrutura e regionalizando-a. Embora tenha preservado num primeiro momento a composição classista, foi revisada pela Emenda Constitucional nº 24/1999 para assegurar a figura institucional do julgador imparcial, como os demais ramos do Poder Judiciário.

Na Constituição também se desenha a fiscalização do trabalho, que é incumbida exclusivamente à União Federal por meio do art. 21, XXVI, do Texto Constitucional (“organizar, manter executar a inspeção do trabalho”).

E se reforçou do papel do MPT, como de todo o Ministério Público na defesa da democracia e da cidadania, revelando ganhos para a tutela do trabalho, mediante legitimação para atuar, além da já reconhecida função interveniente, como órgão agente judicial e extrajudicialmente, com destaque para o inquérito civil e a ação civil pública (arts. 127, *caput*, e 129, II, III e IX, da CF/88)³⁵.

Ainda, opera-se um novo desenho para a Seguridade Social (art. 194), agora composta pelos braços da Assistência Social, da Saúde e da Previdência Social, tendo o SUS como conquista de acesso gratuito à saúde (art. 200), em perspectivas preventivas e de recuperação, por parte dos trabalhadores, bem como o acesso obrigatório e contributivo à Previdência, decorrente do vínculo empregatício, com ampla cobertura de riscos sociais (art. 201 da CF/88)

Importante, ponderar, nesse contexto, a relevante abstenção de intervenção do Estado nas instituições sindicais, embora margeada tal medida pela persistência de alguns institutos de caráter autoritário no Texto Constitucional, como a contribuição sindical obrigatória, o modelo sindical da unicidade e a persistência do Poder Normativo da Justiça do Trabalho (que veio a ser mitigado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004).

A nova ordem constitucional inaugura a greve (art. 9º) como um direito dos trabalhadores e assegura, ainda, a figura do representante dos trabalhadores no ambiente de trabalho, como garantia de sua democratização (art. 11). As liberdades civis e políticas amalgamadas no art. 5º convergem para a viabilização das práticas políticas coletivas.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, pp. 115-116.

Nessa senda, além de um novo arcabouço de direitos, há um novo desenho institucional para o exercício da regulação estatal³⁶, bem como novas condições de participação ativa dos sujeitos nas dinâmicas regulatórias, a partir do aprofundamento da ideia de cidadania, bem como por meio da redefinição das condições de atuação dos sindicatos.

A redefinição do horizonte político, a partir da democratização assentada e da ampliação da noção de cidadania, com relevantes espectros sobre o desenho da regulação do trabalho, contudo, não foi garantia da efetividade desse projeto, como os dados sobre informalidade e precarização do nosso mercado de trabalho evidenciam³⁷.

Os caminhos para a compreensão dessa frustração, inclusive dos limites da noção de cidadania bem como do alcance da perspectiva democrática, até a falibilidade das instituições, passam pela relevante compreensão de que o paradigma constitucional posto convive, em tensão e esgarçamento históricos, como a ascensão da racionalidade econômica neoliberal.

3. A racionalidade neoliberal e a ofensiva contra os direitos sociais: o esgarçamento do projeto constitucional de 1988.

É na efervescência da abertura democrática e no calor da conquista dos movimentos sociais representada pela Constituição Cidadã que tem início um período marcado pela acoplagem do Estado brasileiro à dinâmica global neoliberal.

No campo econômico, a inefetividade desse horizonte constitucional será invocada como forma de sobrevivência às crises do capital e à competitividade no mercado globalizado. Não é à toa que a década de 1990 foi protagonista dos maiores recuos de proteção ao trabalho, protagonizados também pela via jurisprudencial, com destaque para o avanço da terceirização trabalhista e para a preferência pelo negociado sobre o legislado.

³⁶ “Nosso modelo legislado de relações de classe, pois, é bastante complexo, combinando uma infinidade de normas de regulação das relações individuais e coletivas que capital e trabalho estabelecem entre si e com o Estado, e uma miríade de instituições cuja missão é garantir que as normas sejam cumpridas, ou que o direito do trabalhador seja assegurado (CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 70).

³⁷ De acordo com pesquisa divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, a informalidade no Brasil, no período de 2014 a 2015, oscilou de 44,1 para 45,1%, acompanhada de uma taxa de desemprego que alcançou 8,9% em 2015 (IPEA. *Nota técnica n° 23: Análise da dinâmica de emprego setorial de 2014 a 2015* [Bruno Amorim e Carlos Henrique Corseuil]. Brasília, dezembro de 2016). A informação sobre precarização do trabalho, por consistir em dado de natureza qualitativa, pode ser consultada nas pesquisas de Druck e Franco (DRUCK, Graça; FRANCO, Tania. *A perda da razão social do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007); Antunes (ANTUNES, Ricardo (Org). *Riqueza e Miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006) e Pochmann (POCHMANN, Márcio. *Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012), entre outros autores que analisam a questão.

Igualmente marcam o período a reforma do Estado protagonizada pelo Governo FHC, com uma sequência de privatizações, em relação às quais o setor de telecomunicações foi especialmente atingido e reformulado e que marcam, efetivamente, a adesão do Estado brasileiro ao neoliberalismo.

Não é demais registrar que a reforma administrativa, operada em caráter seletivo, implicou o sucateamento de instituições de vigília do Direito do Trabalho, como o Ministério do Trabalho e Emprego³⁸, além de ter suscitado, na década de 1990, debates públicos a respeito da desnecessidade de um ramo especializado em Direito do Trabalho no âmbito do Poder Judiciário.

Essa agenda se revigora a partir de 2016, com a concretização do golpe parlamentar, cujos desdobramentos em relação à estrutura regulatória e à proteção social ainda não podem ser plenamente mensurados, embora se anunciem em perspectiva mais agressiva que aquela observada na década de 1990.

A convivência entre um momento de abertura democrática e um contexto de desregulamentação e flexibilização também é reconhecido por Maurício Godinho Delgado que coloca o advento da Constituição de 1988 dentro de uma conjuntura por ele denominada “crise cultural” decorrente da incorporação do pensamento neoliberal à cultura jurídica brasileira³⁹.

O processo de transição do modelo fordista para o conjunto que se denominou pós-fordista foi sustentado ideologicamente pela hegemonização de um pensamento econômico orientador das políticas dos Estados, que se intitulou neoliberalismo.

Por neoliberalismo, Delgado entende a readequação da antiga matriz econômica liberal, que instaura “o império da dinâmica econômica privada, a quem devem se submeter a normatividade pública e a atuação estatal”⁴⁰.

Um momento de consolidação e declaração desse pensamento pode ser localizado no Consenso de Washington, oportunidade em que foi apresentado como proposta da comunidade financeira internacional (em especial FMI e BIRD) para ajustar as economias dos países

³⁸ Exemplificativamente, Krein e Filgueiras registram uma queda do número de auditores fiscais do trabalho no Brasil depois da década de 1990: o número cairia de 3285 para 2740, não obstante, nesse período a população ocupada no Brasil tenha crescido mais do que 50% e o emprego formal tenha dobrado. KREIN, José Dari; FILGUEIRAS, Vitor. Precarização do trabalho e omissão ilegal do Estado. In *Jornal Brasil de fato*. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/29200>. Acessos em 5/9/2015, 17h36min.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 116-117.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTR, 2006, p. 19. O neoliberalismo também pode ser definido como o “conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais” (MCCHESENEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006).

periféricos às novas exigências dos países centrais, ao processo de reestruturação produtiva e ao reordenamento dos mercados no cenário internacional⁴¹.

Os três objetivos principais desse modelo, nos termos elaborados por John Williamson, seriam a estabilização da economia, por meio do controle da inflação e cortes do déficit público; as reformas estruturais do Estado, com redução da máquina governamental por meio de privatizações, desregulação de mercados e liberalização financeira e comercial; e a abertura da economia a investimentos internacionais, com vistas à retomada do crescimento⁴².

Tal pensamento foi marcado pela ascensão de lideranças políticas neoliberais em países ocidentais de destaque (Margaret Thatcher, na Inglaterra; Ronald Reagan, nos EUA; Helmut Kohl, na Alemanha) e pela ausência do contraponto político à maximização ideal do bloco capitalista, decorrente da queda do bloco soviético⁴³.

Para as lideranças acima indicadas, esse modelo representou o desmantelamento do Estado Social, com o endurecimento das políticas para o trabalho e o recuo em relação às pautas trabalhistas:

Esses governos conservadores questionaram profundamente a regulação keynesiana macroeconômica, a propriedade pública das empresas, o sistema fiscal progressivo, a proteção social, o enquadramento do setor privado por regulamentações escritas, especialmente em matéria de direito trabalhista e representação dos assalariados. A política de demanda destinada a sustentar o crescimento e realizar o pleno emprego foi o principal alvo desses governos, para os quais a inflação se tornara o problema prioritário⁴⁴.

Os efeitos dessa demanda ideológica sobre a regulamentação dos contratos de trabalho foram desastrosos, atingindo o Direito do Trabalho em suas premissas centrais, mormente no seu caráter expansivo⁴⁵.

Destacadamente, a ideia de uma regulação mercantil das relações de trabalho, assentada nas premissas neoliberais, atinge o Direito do Trabalho não nas suas disposições

⁴¹ DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 23.

⁴² DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 23.

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTR, 2006, p.13-27.

⁴⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 189.

⁴⁵ Por expansionismo do Direito do Trabalho, na lição de Maurício Godinho Delgado, compreende-se a tendência de generalização do espectro de proteção desse ramo do direito a todas as relações de trabalho. Para o autor, os caminhos para a retomada desse expansionismo, na atual realidade econômica de precarização do trabalho, seriam: a crescente busca pela efetividade do Direito do Trabalho; a ampliação do conceito de relação de emprego, de modo a abarcar novas facetas de prestação de trabalho por pessoas físicas no país; e a extensão do Direito do trabalho às relações de trabalho em geral, transcendendo o critério da relação de emprego, na linha também defendida por Gabriela Neves Delgado. Consultar: DELGADO, Maurício Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada expansionista do direito trabalhista. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade humana e inclusão social: para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010. p. 25.

normativas, mas em seu conteúdo principiológico, o que assenta o risco da descaracterização da proteção justralhista como tal. O principal atingido seria o princípio basilar do ramo laboral, que é o princípio da proteção⁴⁶.

O recuo do Estado, o enfraquecimento de suas políticas sociais e a desorganização instalada no mundo do trabalho, que se torna fragmentado, heterogêneo e cada vez mais complexo⁴⁷, entretanto, não correspondem ao eficiente modo de funcionamento do capital: Harvey observa que é “*através da dispersão, da mobilidade geográfica e das respostas flexíveis nos mercados de trabalho, nos processos de trabalho e nos mercados de consumo*” que o capitalismo se torna cada vez mais organizado⁴⁸. Por consequência, mais empoderado quanto ao estabelecimento de agendas político-econômicas e de disciplina rígida para o trabalho.

Pierre Dardot e Christian Laval, em abordagem original, entendem que as avaliações realizadas a respeito do neoliberalismo e seus impactos foram profundamente subestimados pelos seus críticos. Para os autores, o neoliberalismo não se encerra em uma ideologia ou em uma política econômica, mas em “um sistema normativo que ampliou sua influência sobre o mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida”⁴⁹.

Os autores, estudando os pressupostos teóricos do liberalismo econômico, marcam as diferenças entre tal estrutura de pensamento e os contornos que hoje ostenta o sistema neoliberal. Apontam que, enquanto a noção de democracia era cara aos defensores do *laissez-faire*, o neoliberalismo aprofunda um paradigma de ausência de controle público no domínio privado e, por outro lado, de intervenção do mercado no controle do Estado (forma, concepção, políticas, prioridades), que é incompatível com a ideia de democracia: para Dardot e Laval, se estaria diante de um momento de pós-democracia, com desativação do jogo democrático e até mesmo da política como atividade, que impediria a própria correção das trajetórias políticas adotadas⁵⁰.

Em verdade, os precursores do pensamento neoliberal teriam substituído a alternativa “intervenção ou não intervenção do Estado?” pela questão “qual deve ser a natureza dessa

⁴⁶ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da.; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, out/dez de 2008, p. 185-205.

⁴⁷ A expressão é de Ricardo Antunes (ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Editora Cortez, 2010)

⁴⁸ HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Editora Loyola, 2003. p. 150 (grifos do autor).

⁴⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 7.

⁵⁰ *Idem*, p. 8.

intervenção?”⁵¹. Longe de uma retirada de cena, há um reengajamento político do Estado sobre novas bases, novos métodos e novos objetivos⁵².

Enquanto prática que se instala como premissa da gestão empresarial, da atuação do Estado e das relações entre os sujeitos, o neoliberalismo se caracterizaria por ter institucionalizado a concorrência como forma prioritária de relação entre os sujeitos. Dessa forma, se desenvolveriam novas formas de subjetivação incompatíveis com as ideias de solidariedade e de cidadania⁵³.

Nas palavras de Dardot e Laval, o neoliberalismo comporta aspectos políticos, econômicos, sociais e subjetivos, compondo, ao cabo, uma racionalidade que tende a estruturar não apenas a ação dos governantes, mas a própria conduta dos governados:

O neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele também produz certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Em outras palavras, com o neoliberalismo, o que está em jogo é nada mais nada menos que a forma de nossa existência, isto é, a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos. O neoliberalismo define certa norma de vida nas sociedades ocidentais e, para além dela, em todas as sociedades que as seguem no caminho da “modernidade”. Essa norma impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, intima os assalariados e as populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena as relações sociais segundo o modelo de mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e comportar-se como uma empresa⁵⁴.

Esse raciocínio fica evidenciado na célebre declaração de Margareth Thatcher: “*Economics are the method. The object is to change the soul*”⁵⁵. Nessa frase, a dama de ferro do neoliberalismo expressa o exato raciocínio de uma economia forjada a partir da subjugação do ser humano, por meio de sua coerção a condutas que atendam aos comandos do mercado independentemente de suas necessidades e do seu bem-estar, individual e coletivo. O endurecimento das políticas para o trabalho e o desamparo social seriam os métodos para formatar os trabalhadores e conformá-los às exigências do capital. Tais estratégias traduzir-se-iam em técnicas de poder inéditas sobre condutas e subjetividades, que não podem ser reduzidas a uma mera dimensão econômica, mas que devem ser lidas como um novo modo de governar⁵⁶.

⁵¹ *Idem*, p. 158.

⁵² *Idem*, p. 190.

⁵³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 9.

⁵⁴ *Idem*, p. 16-17.

⁵⁵ PERELMAN, Michael. *The invisible handcuffs: how market tyranny stifles the economy by stunting workers*. New York: Monthly Review Press, 2011.

⁵⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 21.

Assim, o neoliberalismo poderia ser apresentado como um “conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens [das pessoas] segundo o princípio universal da concorrência”⁵⁷. Tais mudanças não residiriam apenas no modo de acumulação, mas conformariam outra sociedade singular, resultante de uma verdadeira transformação do capitalismo⁵⁸.

A consequência desse modo de ser econômico é o incremento das condições de alienação, de insegurança e o desempoderamento dos trabalhadores.

A negação de classes e o mito da mobilidade social, que serviram de amparo para a construção de um pensamento individualista, calcado em identidades subjetivas (apartadas da noção de classe), tem massivamente contribuído para a incompreensão das coletividades que compõem a sociedade e de suas contradições⁵⁹.

Tal perspectiva, entretanto, precisa omitir que o trabalho é uma relação social e que mesmo a absoluta mecanização não será capaz de eliminar a importância do trabalho humano. É que, ao contrário do que pregam os liberais e neoliberais, os altos níveis de desemprego resultam mais da demanda do próprio capital por um exército de reserva que desestabilize e atemorize os trabalhadores empregados e da superexploração daqueles que se encontram empregados como forma de redução de postos de trabalho, do que da real desnecessidade do trabalho humano em tempos de desenvolvimento tecnológico⁶⁰.

Daí porque os efeitos psicológicos deletérios do desemprego (e mesmo da mera ameaça do desemprego) são considerados fatores essenciais ao funcionamento da máquina neoliberal⁶¹.

Assim se dá a construção ideológica de altos níveis de tolerância com condições de trabalho francamente degradantes e com o desnível entre a atribuição de responsabilidades aos

⁵⁷ *Idem*, pp. 17.

⁵⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 24-26.

⁵⁹ PERELMAN, Michael. *The invisible handcuffs: how market tyranny stifles the economy by stunting workers*. New York: Monthly Review Press, 2011.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Ricardo Antunes é incisivo ao refutar tal compreensão: o processo de fragmentação, complexificação e heterogeneização da classe trabalhadora (fenômeno que responde às mudanças pelas quais o capitalismo tem passado) não representa o fim do trabalho, nem mesmo a perda da sua centralidade. O recuo do “trabalho vivo” em favor do “trabalho morto” vem acompanhado pela intensificação da exploração do “trabalho vivo”, de modo a explicar que, em verdade, os trabalhadores não são cada vez menos necessários: do contrário, assiste-se a uma intensificação e sofisticação da exploração do trabalho daqueles que continuam empregados como forma de seguir aumentando a produtividade na mesma proporção em que cresce o desemprego estrutural (ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. São Paulo: Editora Cortez, 2010).

empregadores e aos trabalhadores, seja no senso comum social, seja no próprio discurso estatal⁶².

Perelman indica, por exemplo, o modo de operar da agenda neoliberal em relação ao desenvolvimento de políticas públicas para os desempregados. A resposta estatal quanto a esse problema consiste, basicamente, na imposição de mais disciplina: o sistema penitenciário cresce para reprimir os excluídos, ao revés de proporcionar políticas públicas que os incluam.

Wacquant já havia demonstrado tal fenômeno, diante do crescimento da população carcerária norte americana e do Estado policial de forma proporcional à redução do Estado Social: reduz-se a rede de amparo social aos trabalhadores para que, quando as consequências dessa marginalização surjam, os próprios trabalhadores sejam penalizados por meio do encarceramento, construindo-se assim as “prisões da miséria”⁶³.

Trata-se, pois, da difusão do ideal de responsabilização dos sujeitos pela sua condição social, numa perspectiva individualista que nega a interferência das relações sociais nos “resultados” de cada um, esvaziando as noções de responsabilidades públicas e coletivas.

A difusão da insegurança social, que acompanha tal processo, por meio da precarização do trabalho, da fragilização da proteção social estatal e do desfazimento dos coletivos de resistência é produto e reprodutora da racionalidade neoliberal, na medida em que funciona como motor da submissão dos sujeitos e que blinda, por meio do medo e da necessidade individual de superação e sobrevivência, formas coletivas e radicais de enfrentamento.

Esse processo de subjetivação, portanto, é incompatível com a noção de cidadania desenvolvida no Estado Democrático de Direito, o qual implica que o indivíduo, mais que ser sujeito de direitos, sociais e políticos, esteja habilitado a participar da arena política na construção de mais direitos, e não de estratégias individuais de sobrevivência à margem da proteção jurídica e social.

Aliás, a perspectiva de negação da cidadania e a racionalidade concorrencial e individualista como chave para os problemas públicos e coletivos atuam como forma de esvaziar o conteúdo do Estado Democrático de Direito, ainda que sua forma (notadamente o sufrágio) seja preservada, uma vez que, embora assegurados os espaços formais de deliberação política, não é neles, ou com base em fundamentos políticos, que as decisões relevantes à sociedade são tomadas.

⁶² O fenômeno da uberização do trabalho e a simpatia social construída em torno desses modos de trabalho é sintomática.

⁶³ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Sobre os efeitos desse processo no cenário brasileiro, e sua íntima relação com a desconstrução democrática, vale a ponderação de Chauí:

Acrescentemos a isso as duas grandes dádivas neoliberais: do lado da economia, uma acumulação do capital que não necessita incorporar mais pessoas ao mercado de trabalho e de consumo, operando com o desemprego estrutural; do lado da política, a privatização do público, isto é, não só o abandono das políticas sociais por parte do Estado, mas também o recrudescimento da estrutura histórica da sociedade brasileira centrada no espaço privado fortalecendo a impossibilidade para que a esfera pública possa constituir-se, pois antes que a distinção entre público e privado tivesse conseguido instituir-se, a nova forma do capital institui a indiferença entre o público e o privado. Política e socialmente, a economia neoliberal é o projeto de encolhimento do espaço público e do alargamento do espaço privado – donde seu caráter essencialmente anti-democrático –, caindo como uma luva na sociedade brasileira. No caso do Brasil, o neoliberalismo significa: levar ao extremo à polarização carência-privilégio, a exclusão sócio-política das camadas populares, a desorganização da sociedade como massa dos desempregados; aumentar o espaço privado ocupado não apenas pelas grandes corporações econômicas e financeiras, mas também pelo crime organizado, o qual, diante do encolhimento do Estado, pode espriar-se por toda a sociedade como substituto do Estado (proteção, segurança, emprego, privatização da guerra, privatização do uso da força, etc.); significa solidificar e encontrar novas justificativas para a forma oligárquica da política, para o autoritarismo social e para o bloqueio à democracia⁶⁴.

Quando se lança luz, portanto, sobre os impactos do neoliberalismo nas noções de cidadania e democracia, observa-se que a questão transcende a esfera econômica e os modos de organização da produção.

Daí porque se pode compreender que o neoliberalismo não fragiliza apenas direitos sociais e o quadro normativo de proteção ao trabalho, mas que, por meio dos processos de subjetivação e de esvaziamento do político, debilita profundamente as capacidades regulatórias das instituições (construídas em sua práxis pela ação de sujeitos) e dos sujeitos envolvidos nas relações de trabalho. Como consequência, acarreta o enfraquecimento das premissas constitucionais de proteção ao trabalho, inclusive em seu conteúdo axiológico, pelo qual perpassa a aplicação e interpretação do Direito.

A lógica neoliberal se infiltra na regulação por meio do comprometimento de subjetividades dos agentes estatais e dos próprios trabalhadores, relativizando ou anulando o papel do controle público sobre o privado ao mesmo tempo em que debilita a organização, luta e resistência dos sujeitos explorados.

Nesse processo, a afirmação da identidade coletiva dos obreiros é minada de modo decisivo, na medida em que a coletivização da produção e o estabelecimento de vínculos de solidariedade são substituídos pelo individualismo e pela competição, que transforma trabalhadores alocados lado a lado na empresa em adversários, seja porque são divididos em

⁶⁴ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia*. Crítica y Emancipación, (1): 53-76, junio 2008.

categorias (centrais e precários), cujos empregos são reciprocamente ameaçados uns pela existência dos outros, seja porque precisam esforçar-se individualmente, independentemente das eventuais dificuldades dos demais, para alcançar resultados pré-definidos.

A dinâmica empresarial fragmentária, que supervaloriza as capacidades individuais e subdivide os trabalhadores em grupos hierárquicos tende a engendrar, como decorrência da busca individual pela sobrevivência no mercado, uma insensibilidade às diferentes capacidades e até mesmo aos riscos sociais.

O problema do outro passa a ser atribuído à incapacidade de adaptação do outro e só a ela. Em vez de um vínculo de solidariedade, o que se estabelece é o conformismo com a eliminação dos “inadapáveis”.

Ramalho relata o discurso corriqueiro dos vencedores e perdedores:

Como desdobramento dos processos indicados, identificam-se também outros tipos de problema, de corte político-organizativo. Um dos mais sensíveis tem sido o crescimento do conflito de interesses e da competição entre os trabalhadores, ou seja, uma ruptura que separa os trabalhadores masculinos, nacionais, qualificados e de meia-idade (que tradicionalmente dominam a política dos sindicatos e da representação de interesses na empresa) e os grupos mais sujeitos aos riscos do mercado de trabalho (mulheres, jovens, idosos, deficientes). Com o desemprego estrutural, quase todas as reivindicações e negociações sindicais tendem a favorecer os primeiros em detrimento dos demais. A crise não só aumenta o poder do capital, mas também repercute na classe trabalhadora, instaurando um corte entre ‘vencedores’ e ‘perdedores’⁶⁵.

O panorama complexo de obsolência das estruturas sindicais em relação à nova forma de organização do capital e a dificuldade de estabelecimento de vínculos subjetivos e de solidariedade entre os trabalhadores se apresentam como causa profunda da ausência de um projeto político coletivo de confrontação desse modelo e, muitas vezes, até mesmo de desenvolvimento, na esfera da representação sindical, de estratégias mínimas de defesa.

Reconfiguram-se, pois, a partir da concretude das relações sociais engendradas pelo neoliberalismo, os papéis dos agentes políticos, dos sujeitos coletivos e dos indivíduos na sua reação e conformação à organização do trabalho e aos esquemas de proteção social que se desenvolvem em relação a estes.

O neoliberalismo é, pois, uma questão a ser pensada do ponto de vista do trabalho, da democracia, da cidadania e, certamente, da regulação.

⁶⁵ RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (orgs.). *Além da Fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Editora Boitempo, 2003. p. 25-26.

Longe de abdicar ou refutar dinâmicas regulatórias, essa nova racionalidade o faz de modo incisivo e difuso no sentido da mercantilização das relações laborais, colocando desafios à defesa e ao exercício dos direitos e da democracia.

Como pontuam Dardot e Laval, nesse cenário, a cidadania deixa de ser definida como a participação ativa na definição de um bem comum próprio de uma comunidade política, para ser vista como “mobilização permanente dos indivíduos que devem engajar-se em parcerias e contratos de todos os tipos com empresas e associações para a produção de bens locais que satisfaçam os consumidores”. E, nessa senda, a ação pública adquire a conotação de um mero instrumento destinado à criação de condições favoráveis para que os indivíduos ajam, eliminando a dimensão do Estado como produtor da coisa pública⁶⁶.

Reforçam-se, com isso, processos de exclusão e desigualdade sociais, que, ao cabo, engendram condições de subcidadania ou não-cidadania. Não é mais a condição de cidadão aquela que habilita o sujeito à fruição de direitos sociais (já que se desenvolve a concepção de sujeito ao qual a sociedade nada deve), mas a sua condição de empreendedor, bem-sucedido, que vence as adversidades⁶⁷.

O risco de ruptura e desconstrução jurídica, portanto, não se apresenta apenas para o Direito do Trabalho e os demais campos do Direito social, mas também para a construção jurídico-política que a partir dele se erige, notadamente a cidadania e a práxis democrática.

Considerações finais

As reflexões compartilhadas nesse artigo conduzem à conclusão de que os desafios postos à efetividade (e à própria existência) dos direitos sociais não se afirmam de modo circunstancial, face a contextos de crise econômica, mas como uma disputa instalada permanentemente na seara pública pela racionalidade neoliberal, que está a colocar em xeque as concepções de democracia, Estado de Direito, cidadania e, para tanto, de direitos sociais.

A disputa, portanto, circunscreve toda construção jurídico-política que se possa pretender democrática – e, por isso mesmo, social – como esfera autônoma e não governada pelos desígnios do mercado. Essa a real dimensão e complexidade do desafio que se coloca perante a sociedade brasileira e sua trintenária Constituição.

A reflexão de Habermas, ao ponderar a respeito dos impactos da reestruturação da economia neoliberal, a longo prazo, converge com o que sustentam Laval e Dardot, embora sob

⁶⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, pp. 239.

⁶⁷ *Idem*, pp. 381.

uma semântica distinta. Habermas vislumbrava nessa reestruturação uma política de mudança de polos, na qual seriam a sociedade mundial passaria do polo das formas políticas de regulamentação para o polo dos mecanismos de mercado. Todavia, ponderava o autor a respeito do caráter irreversível dessa mudança, na medida em que a troca de polos contribuiria para a perpetuação dos mecanismos de mercado em detrimento de outros polos “na proporção que uma mudança política se torna tanto mais difícil quanto menor for o espaço de ação política de forças de controle sistêmicas, indispensáveis para uma eventual correção da rota iniciada”⁶⁸.

O que assombra nesse projeto tão perverso quanto bem concatenado é o risco que se coloca ao futuro, como ponderou Habermas:

Mesmo quando cada nação decide “de forma consciente e democrática” a ser um “estado de concorrência” mais do que um “estado de bem-estar”, tal decisão democrática teria de destruir seus próprios fundamentos caso ela se encaminhasse para um tipo de organização de sociedade no qual se tornasse impossível rever tal decisão e eventualmente anulá-la por um caminho democrático⁶⁹.

Problematizando a banalização do conceito de crise na modernidade, Cristiano Paixão formula a respeito dos impactos constitucionais das múltiplas crises vivenciadas no Brasil hoje:

(...) em determinadas circunstâncias, as crises políticas podem levar a uma crise constitucional. Isso ocorre quando se manifesta a *ampliação do espaço de deliberação disponível, com base na constituição então vigente*, aos atores e instituições da política e do direito. A crise política assume, assim, uma dimensão constitucional. Ela inclui uma crise da *função* da constituição, ou seja, a crise apresenta-se quando a constituição é colocada à prova, e os procedimentos ordinariamente disponíveis para o enfrentamento de impasses e discordâncias não são suficientes para resolver o impasse político. Ao persistir a situação de conflito, novas possibilidades são cogitadas e testadas por atores e instituições. Com isso, abre-se o risco de que a solução proposta atinja o núcleo da constituição da comunidade política, a saber, alguma das opções fundamentais contidas no documento constitucional⁷⁰.

Entretanto, para Paixão, embora o impulsionamento de crises e reconstruções de natureza constitucional, amparados nos próprios procedimentos democráticos inscritos na Carta Constitucional, sejam inerentes às vivências constitucionais, esse processo é fragilizado quando o viés da crise é desconstituente, como aquela que se vivencia nesse trintenário da Constituição de 1988. Ou seja, quando ela implica “desfiguração do quadro de direitos fundamentais que é o núcleo da Constituição”⁷¹.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 391.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. In: JOTA (sítio virtual). Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>. Acesso em 1/7/2-18, 21h05min.

⁷¹ PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. In: JOTA (sítio virtual). Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>. Acesso em 1/7/2-18, 21h05min.

Saliente-se o esvaziamento perigoso da esfera pública que se identifica quando se subtrai das futuras gerações a possibilidade de rever os termos das decisões adotadas (a exemplo do congelamento dos gastos públicos por 20 anos) e quando se retira centralidade de esferas em relação às quais o próprio Constituinte atribuiu primazia, como é a esfera do trabalho.

Não só os direitos sociais e sua efetividade, mas também a democracia e o Estado de Direito⁷² são comprometidos quando a regência da vida pública e a administração dos recursos escassos são feitos passando ao largo dos critérios de justiça e direito, a partir de parâmetros exclusivamente econômicos, inábeis para, por si sós, contemplar o desenvolvimento jurídico-político alcançado pelas sociedades humanas em seu acúmulo histórico (moldado por lutas) sobre dignidade, justiça social e direitos humanos.

Que a Constituição Cidadã e os modelos de Estado de Direito, de democracia e de cidadania que ela encampa possam ser articulados, instrumentalizados e densificados em seus sentidos como forma de enfrentamento dessa batalha permanente que o neoliberalismo instaura. E que a aprendizagem dos últimos trinta anos se projete em *vida* – e não apenas vigência formal, mas vivência como construção cotidiana, experiência e luta – longa à Constituição de 1988!

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Ricardo (Org). *Riqueza e Miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

_____. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. *Lua Nova* [online]. 1994, n.33, pp.5-16. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002>.

CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁷² Nesse sentido, consultar: VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (org.). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. Crítica y Emancipación, (1): 53-76, junio 2008.

_____. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo, Editora Cortez, 2011.

COCCO, Giuseppe. *Trabalho e Cidadania: produção e direitos na crise do capitalismo global*. São Paulo: Cortez, 2012.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. São Paulo: LTR, 2006.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Democracia, Cidadania e Trabalho. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada expansionista do direito trabalhista. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade humana e inclusão social: para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

DRUCK, Graça; FRANCO, Tania. *A perda da razão social do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

GOMES, Ângela de Castro; e SILVA, Fernando Teixeira da. *A justiça do trabalho e sua história: os direitos dos trabalhadores no Brasil*. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2011.

HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Editora Loyola, 2003.

IPEA. *Nota técnica nº 23: Análise da dinâmica de emprego setorial de 2014 a 2015* [Brunu Amorim e Carlos Henrique Corseuil]. Brasília, dezembro de 2016.

KREIN, José Dari; FILGUEIRAS, Vitor. Precarização do trabalho e omissão ilegal do Estado. In *Jornal Brasil de fato*. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br/node/29200>. Acessos em 5/9/2015, 17h36min.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e Sociedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MCCHESNEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

NEVES, Lucília de Almeida. Cidadania: Dilemas e perspectivas na República Brasileira. In: *Revista Tempo*. Rio de Janeiro, Vol. 4, 1997, pp. 80-102.

PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. In: *JOTA* (sítio virtual). Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>. Acesso em 1/7/2-18, 21h05min.

PERELMAN, Michael. *The invisible handcuffs: how market tyranny stifles the economy by stunting workers*. New York: Monthly Review Press, 2011.

POCHMANN, Márcio. *Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (orgs.). *Além da Fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social*. São Paulo: Editora Boitempo, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. Cidadania, Trabalho e Democracia: um dos percursos possíveis para uma difícil, mas necessária articulação na história. In: *Revista LTR*, vol. 71, novembro de 2007. pp. 1355-1365.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da.; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, out/dez de 2008, p. 185-205.

VALIM, Rafael. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOOD, Ellen Miekens. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2011.

A AUSÊNCIA DE DIÁLOGO SOCIAL VERDADEIRO NA REFORMA TRABALHISTA: PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE ABSENCE OF TRUE SOCIAL DIALOGUE IN LABOR REFORM: SOCIAL PARTICIPATION AND CONSTITUTION OF 1988

Raianne Liberal Coutinho¹

RESUMO

Este artigo se propõe a debater a existência ou não de diálogo social verdadeiro no projeto de lei que originou a Reforma Trabalhista. Para tanto, parte-se de nota técnica do Ministério Público do Trabalho, que pediu o veto total ao projeto de lei, alegando inconstitucionalidade formal por violação de convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil. São analisadas também as referidas convenções, as referências doutrinárias que mostram a importância da participação social na elaboração de projetos de lei e o próprio processo legislativo que culminou na Reforma Trabalhista. Conclui-se que não houve diálogo social verdadeiro na Reforma Trabalhista e que as consultas que ocorreram foram meramente simbólicas.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista; Participação Social; Diálogo social.

ABSTRACT

This article proposes to debate the existence or not of true social dialogue in the bill that originally the Labor Reform. Therefore, a technical note from the Public Prosecutor's Office, which requested a total veto on the bill, alleging a formal unconstitutionality for violation of International Labor Organization conventions ratified by Brazil. These conventions are also analyzed, the doctrinal references that show the importance of social participation in the drafting of bills and the legislative process that culminated in the Labor Reform. It was concluded that there was no real social dialogue in the Labor Reform and that the consultations that took place were merely symbolic.

KEYWORDS: Labor Reform; Social Participation; Social Dialogue.

INTRODUÇÃO

Em 23 de dezembro de 2016, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional uma proposta de modificação de sete artigos da CLT, visando, entre outras modificações no trabalho de tempo parcial, na representação dos trabalhadores perante à empresa e a prevalência do negociado sobre legislado. Era iniciada assim a tramitação do PL nº 6.787/2016.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Técnica em Regulação na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Membro do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania.

Em abril de 2017, o texto foi aprovado na Câmara dos Deputados, ampliando o escopo original da reforma e modificando cerca de cem artigos da CLT. No Senado Federal, o PLC nº 38/2017 recebeu parecer desfavorável da Comissão de Assuntos Sociais (CAS). Ainda assim, o projeto foi aprovado em 11 de julho de 2017.

Após uma tramitação de menos de oito meses, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, foi publicada. Teve o epíteto de “Reforma Trabalhista”, uma vez que, mais do que só alterar alguns artigos da CLT e de outras leis esparsas, a nova legislação modificou profundamente o próprio sentido do Direito Trabalho, do ponto de vista da matriz constitucional de 1988 e das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Em uma das várias notas técnicas que elaborou no tocante à Reforma Trabalhista, o Ministério Público do Trabalho (MPT) pediu o veto total ao então Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017. Para tanto, argumentou a inconstitucionalidade do projeto, valendo-se da ausência de amplo debate com a sociedade e da promoção do diálogo social. O órgão aponta que, segundo as Convenções nº 144, 154 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), todas ratificadas pelo Brasil, qualquer alteração legislativa das normas sobre mercado de trabalho deve ser precedida de ampla consulta à sociedade².

Tendo em vista este argumento apontado pelo MPT, indaga-se: efetivamente, a OIT, por meio das convenções citadas, traz obrigações relacionadas à ampla participação da sociedade? Tais obrigações encontrariam guarida na matriz constitucional brasileira de 1988? Ademais, o Congresso Nacional, durante a tramitação do PL nº 6.787/2016 (na Câmara dos Deputados) e do PLC nº 38/2017 (no Senado Federal), teria possibilitado a consulta ampla aos atores afetados? É o que este artigo se dispõe a discutir.

AS CONVENÇÕES DA OIT E AS CONSULTAS EFETIVAS

A argumentação do MPT menciona três convenções da OIT: 144, 154 e 155. Passa-se, então, a analisar cada uma delas. O objetivo é verificar se, de fato, a Organização Internacional do Trabalho obriga que seus Membros promovam amplo diálogo com a sociedade quando da

² MPT. Pede o veto total ou parcial do PLC 38/2017. Assinada em 12 de julho de 2017. Disponível em <http://www.prt10.mpt.mp.br/servicos/autenticidade-de-documentos?task=assinatura&format=raw&dados=EnRdyxmaylOLLlThM1aee-DwIkGpVIIIDPdKT_CgAmdl_1fE_q3C_W1JdW6NqrqLltYDyXlm0JxoFe0AZoKmg12JLw0Mft07sEiNlcBtwLnpovhg0TK5DCGajQUblKBfH> Acesso em 17 de novembro de 2018. P. 3-4

alteração da legislação trabalhista, de modo que haveria uma incompatibilidade entre a Reforma Trabalhista e os compromissos internacionais assinados pelo Brasil.

A Convenção nº 144, adotada em 1976 e ratificada pelo Brasil em 1994, dispõe sobre as consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho. Conforme extrai-se do seu artigo 2º, a ideia do tripartismo refere-se ao diálogo entre representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores. Ademais, o próprio artigo 2º, parágrafo 1, determina:

1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos Empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o Artigo 5, parágrafo 1, adiante³.

Dessa forma, o Membro da OIT estaria obrigado a assegurar consultas efetivas e tripartites. Contudo, conforme o próprio dispositivo sugere, não seriam todas as alterações legislativas que obrigariam a realização das referidas consultas, apenas os assuntos mencionados no artigo 5º, os quais transcrevem-se abaixo:

1. O objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:
 - a) as respostas dos Governos aos questionários relativos aos pontos incluídos na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho e os comentários dos Governos sobre os projetos de texto a serem discutidos na Conferência.
 - b) a propostas que devam ser apresentadas à autoridades competentes relativas à obediência às convenções e recomendações, em conformidade com o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.
 - c) o reexame, dentro de intervalos apropriados, de convenções não ratificadas e de recomendações que ainda não tenha efeito, para estudar que medidas poderiam tomar-se para colocá-las em prática e promover sua ratificação eventual;
 - d) as questões que possam levantar as memórias que forem comunicadas à Secretaria Internacional do Trabalho em virtude do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.
 - e) as propostas de denúncia de convenções ratificadas.⁴

Como percebe-se acima, a Convenção nº 144, apesar de dispor sobre as consultas tripartites, parece se deter mais acerca da agenda internacional da OIT. Dessa forma, analisando estritamente esta convenção, não haveria inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista por não, supostamente, promover amplo diálogo social.

³ OIT, Convenção nº 144. Convenção sobre consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho. Adotada em 21 de junho de 1976 e ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994. Grifo próprio.

⁴ OIT, 1976.

A mesma conclusão não pode ser estendida às Convenções nº 154 e 155. A Convenção nº 154 foi adotada em 1981 e ratificada pelo Brasil em 1992, e dispõe sobre o incentivo à negociação coletiva. Esta convenção é expressa ao afirmar, em seu artigo 7º, que:

As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.⁵

Assim, pela interpretação da Convenção nº 154, haveria obrigação do poder público de promover consulta às entidades representativas dos empregados e empregadores sobre as alterações legislativas referentes à negociação coletiva.

Necessário apontar que, apesar do dispositivo mencionar apenas as medidas de estímulo à negociação coletiva, esta somente se respalda na matriz constitucional brasileira de 1988 enquanto mecanismo de melhoria e aprimoramento das condições sociais dos trabalhadores. Isto porque a negociação coletiva é um instrumento para democratização e inclusão dos trabalhadores, que somente se realiza quando promove a dignidade humana⁶.

Deve-se destacar ainda que a Reforma Trabalhista promoveu profundas alterações no campo do Direito Coletivo do Trabalho, notadamente sobre a relação entre o negociado e o legislado, conforme arts. 611-A e 611-B. Juntamente com o fim da contribuição sindical obrigatória, a eliminação da ultratividade dos acordos e da cláusula mais favorável e a criação de uma instância de representação dos trabalhadores independente do sindicato, as alterações aprovadas levam a um esvaziamento da representação sindical⁷.

Interpretação similar segue a Convenção nº 155, também adotada em 1981 e ratificada em 1992. A norma, ao dispor sobre saúde e segurança dos trabalhadores no meio ambiente de trabalho, também afirma a necessidade de se realizarem consultas às entidades representativas dos empregados e empregadores, como se nota a seguir:

Artigo 4º. 1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

Artigo 8º. Todo Membro deverá adotar, por via legislativa ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais, e em consulta às organizações representativas e empregadores e de trabalhadores

⁵ OIT, Convenção nº 154. Convenção sobre o incentivo à negociação coletiva. Adotada em 19 de junho de 1981 e ratificada pelo Brasil em 10 de julho de 1992. Grifo próprio.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017, p. 252.

⁷ TEIXEIRA, Marilane Oliveira et al (org.). Contribuição crítica à reforma trabalhista. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 94.

interessadas, as medidas necessárias para tornar efeito o artigo 4 da presente Convenção.⁸

De igual sorte, a Reforma Trabalhista também alterou pontos significativos da CLT acerca de saúde e segurança, inclusive para excluir do conceito de saúde, higiene e segurança das regras sobre duração do trabalho e intervalos, conforme disposto no parágrafo único do art. 611-B da CLT. Entre outros tantos exemplos, permitiu, no seu art. 394-A, à empregada gestante e lactante trabalhar em locais insalubres, em grau médio e mínimo.

Com essas alterações, cada vez mais o trabalho se mostra um espaço de adoecimento, tanto físico quanto psicológico. Há uma relação direta entre jornadas de trabalho extensas e aumento dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, situação que está agravada pela Reforma Trabalhista, como foi notado pelos exemplos trazidos no parágrafo anterior e as disposições sobre teletrabalho, que estão excluídos do controle de jornada.⁹

Assim sendo, pelo menos acerca das alterações legislativas sobre negociação coletiva e saúde e segurança do trabalhador, haveria obrigação de se realizar consultas aos agentes, em razão dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil desde a década de 1990.

Esta é a conclusão levantada pelo Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT, após consulta formulada por entidades sindicais brasileiras acerca do então PLC nº 38/2017. Em resposta, o referido departamento afirma que é essencial que propostas legislativas que modifiquem a relação de emprego sejam fortemente discutidas com as organizações dos trabalhadores e empregadores interessadas.¹⁰

A missiva da OIT afirma, diversas vezes, que as consultas às entidades representativas devem ser detalhadas e profundas. O que exatamente isso significa? O que essas consultas de fato agregariam no processo legislativo para que o Ministério Público do Trabalho, as entidades sindicais e a própria Organização Internacional do Trabalho afirmassem que haveria irregularidades no PLC nº 38/2017? É o que o próximo tópico se propõe a debater.

⁸ OIT, Convenção nº 155. Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Adotada em 22 de junho de 1981 e ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992. Grifo próprio.

⁹ TEIXEIRA et al, 2017, p. 88-92

¹⁰ VARGHA, Corinne. Diretora Geral do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho - OIT [Carta], 2017, Genebra. [para] Antônio De Lisboa Amâncio Vale, Central Única dos Trabalhadores, São Paulo. 5f. Consulta da Central Única dos Trabalhadores (CUT), da União Geral dos Trabalhadores (UGT), da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), da Força Sindical, da Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST) e da Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB). Disponível em < <https://sinait.org.br/docs/Carta%20OIT.pdf>>. Acesso em 17 de novembro de 2018. P. 1.

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O paradigma do Estado Democrático de Direito está intrinsecamente relacionado à ideia de participação. Isto porque, no contexto em que este paradigma surgiu – final da Segunda Grande Guerra – era essencial pensar em Democracia enquanto fundamento indissociável da cidadania. Assim, os indivíduos deveriam se inserir no debate público de modo a participar das discussões das leis.¹¹

Nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que é direito de toda pessoa tomar parte nas decisões públicas do seu país, de modo que a vontade do povo é o sustentáculo da autoridade do próprio governo.¹² É evidente então que a participação pertence ao rol dos direitos humanos, devendo, portanto, ser protegida.

A Constituição Cidadã, de 1988, segue a mesma linha. Consagra, em seu art. 1º, a soberania popular, ao estabelecer que todo poder emana do povo. Especificamente no tocante às disposições trabalhistas, destaca-se ainda que o art. 10 da Carta Magna, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos, quando seus interesses profissionais forem objeto de discussão.

Dessa forma, a participação, enquanto um direito fundamental, também está relacionada à dignidade humana, de modo que é obrigação do Estado garantir que os indivíduos efetivamente tomem parte das decisões públicas.¹³ É condição, portanto, de afirmação do patamar civilizatório mínimo, que decorre do exercício de um direito político.

A Democracia está intimamente associada às eleições para representantes, mas não se encerra nela, justamente porque votar periodicamente não traduz, de modo adequado, a vontade popular.¹⁴ Dessa forma, governos efetivamente democráticos têm buscado incluir a sociedade nas suas decisões, no âmbito do Legislativo, do Executivo e, até mesmo, do Judiciário.

¹¹ CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenação). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 37.

¹² ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

¹³ MARTINS De Lima, Eduardo e GOMES Emediato, Renata. A participação popular no processo legislativo. In: *Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC*. Belo Horizonte, 2014, vol. 9, p. 200.

¹⁴ GARCIA, André Pinto. A Falácia da Iniciativa Popular em Projetos de Lei: uma análise sob a perspectiva da e-Democracy. In: *Fórum de Procuradores-Chefes na Temática: Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação*. Brasília, vo. 2016, vol. 8, nº 2, p. 28.

Os ganhos que esse diálogo social pode trazer ao processo democrático são inúmeros. De modo mais concreto e imediato, o indivíduo diretamente relacionado ao caso debatido pode fazer apontamentos de impactos ou consequências que não tinham sido considerados pelo legislador até o momento. Assim, facilita-se a aceitação e a implantação da norma, reduzindo-se também sua judicialização.¹⁵

De modo mais abstrato, o efeito mediato é a quebra da concepção liberal de que apenas tecnocratas podem participar da concepção da vida pública. O Estado abre mão, portanto, do seu monopólio, e reconhece o trabalhador como sujeito de opiniões acerca dos seus interesses. De modo horizontal, os espaços públicos também viram ambientes de conflito legítimo.¹⁶ Empregados e empregadores têm, a priori, interesses conflitantes, mas, ao discutir conjuntamente uma lei que impactaria ambos, eles poderiam reconhecer a legitimidade da fala do outro, de modo a gerar respeito mútuo.

Por que então a participação não é aplicada com mais frequência, se seus ganhos são inúmeros? Os desafios relacionados à inclusão da sociedade no debate político também são diversos, mas frequentemente os autores apontam que ouvir a sociedade implica descentralizar o poder, o que pode gerar conflitos. Dessa forma, o diálogo social fica restrito a questões de menor importância, ou isolado de outras instituições estatais.¹⁷

Não há exatamente um manual sobre como fazer uma consulta adequada, mas sabe-se que não basta apenas ouvir a sociedade, mas também deve-se permitir que a sua manifestação influencie devidamente no processo decisório. Se não for assim, a participação corre o risco de ser meramente simbólica, relacionada a uma resistência à democratização do Estado e falta de transparência.¹⁸ Por essa razão que, em sua carta, o Departamento de Normas Internacionais do Trabalho ressalta, diversas vezes, que a consulta aos interessados deve ser detalhada e profunda.

Após analisar as Convenções da OIT e as características da participação social, questiona-se se essas disposições foram aplicadas ao processo legislativo da Reforma Trabalhista. Será que a Lei nº 13.467, de 2017, foi fundada em um processo amplo, efetivo e

¹⁵ FARIA, C. F. S. D. O Parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis? Brasília: Edições Câmara, 2012, p. 64.

¹⁶ DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org.). Sociedade civil e espaços públicos no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 295-296.

¹⁷ DAGNINO, 2002, p. 282-283.

¹⁸ DAGNINO, 2002, p. 283.

profundo de consulta às entidades representativas dos empregados e empregadores? O próximo tópico expõe alguns dados referentes a essa questão.

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO DA REFORMA TRABALHISTA

Para se verificar se houve ou não um processo amplo, efetivo e profundo de consulta às entidades representativas dos empregados e empregadores, analisa-se os mecanismos formais de participação social utilizados no processo legislativo que originou a Reforma Trabalhista. Como expresso anteriormente, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal dispõem de mecanismos participativos, que serão evidenciados a seguir.

O Jornal Nexo aponta que o projeto original da Reforma Trabalhista, apresentado pelo Palácio do Planalto em dezembro de 2016, alterava 15 artigos da legislação trabalhista, incluindo a CLT e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre trabalho temporário. No início de fevereiro de 2017, foi instituída na Câmara dos Deputados comissão especial para debater o assunto. Até a apresentação da proposta pelo deputado Rogério Marinho, relator, que ocorreu em abril de 2017, foram realizadas 16 audiências públicas, 7 reuniões deliberativas, 7 seminários estaduais e 40 reuniões e audiências fechadas.¹⁹

Em 12 de abril de 2017, o relator apresentou sua primeira proposta de Reforma, que alterava 104 artigos da legislação trabalhista, abrangendo a CLT, a Lei nº 6.019, de 1974, as Lei nº 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, sobre seguridade social e Planos de Benefícios da Previdência Social, respectivamente, a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, sobre o FGTS, e a Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001, sobre organização da Justiça do Trabalho.²⁰

Comparando o projeto enviado pelo Planalto e a proposta do relator, percebe-se que foram incluídos 89 artigos a serem alterados. A partir da apresentação da proposta e a aprovação do projeto pela Câmara, no dia 26 de abril, o Jornal Nexo aponta que foram realizadas 26 horas de debate parlamentar sobre o assunto, incluindo as reuniões da comissão especial e a sessão do plenário.²¹ Mesmo que seja considerado que algumas das alterações propostas já vinham

¹⁹ NEXO. Bruno Lupion. Como a Câmara aprovou mudanças em 90 artigos da CLT com 26 horas de debate. 27 de abril de 2017. Disponível em < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/27/Como-a-C%C3%A2mara-aprovou-mudan%C3%A7as-em-90-artigos-da-CLT-com-26-horas-de-debate> >. Acesso em 17 de novembro de 2018.

²⁰ NEXO, 2017.

²¹ NEXO, 2017.

sendo discutidas nos debates realizados com o projeto original do Planalto, percebe-se que o tempo das discussões em cima da proposta concreta do relator foi bastante reduzido. Destaca-se ainda que o PL nº 6.787/2016 foi tramitado em regime de urgência.

A Câmara dos Deputados dispõe ainda do Portal e-Democracia, que visa ampliar a participação social digital no processo legislativo, de modo a aproximar cidadãos e seus representantes. Uma das ferramentas disponíveis é o Wikilegis, que permite que os interessados manifestem opiniões em artigos de projetos de lei.

A análise do Wikilegis da Reforma Trabalhista mostra que o texto original, encaminhado pelo Planalto, recebeu 50 sugestões, sendo a maioria contrária à proposta. Nota-se que as participações foram encerradas em 10 de abril de 2017, antes, portanto, da apresentação da primeira proposta pelo relator, que alterava consideravelmente muito mais artigos do que o projeto original. Ou seja, nem a sociedade, de forma direta, conseguiu opinar adequadamente acerca do texto da Reforma.²²

No Senado Federal, a tramitação do projeto não foi diferente. A Casa também dispõe de um Portal de participação social, o e-Cidadania, que conta com a ferramenta de Consulta Pública. Nesta, qualquer cidadão pode manifestar, por meio de votos, concordância ou discordância com qualquer proposição que tramita no Senado.

Durante os quase três meses que tramitou no Senado Federal, o PLC nº 38/2017 recebeu 188.955 votos na consulta. O número por si só impressiona, pois, segundo o Portal, a média de votos recebidos nas proposições em tramitação foi de aproximadamente 1.055. Ademais, do total de votos recebidos no projeto, 91% eram contrários à proposta em discussão. Mesmo com a quantidade de votos significativos, o PLC nº 38/2017 foi aprovado.^{23 24}

A partir dos dados levantados anteriormente, coaduna-se a tese levantada por diversas entidades representativas, tais como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT). Em nota técnica, as referidas entidades ressaltam que não houve diálogo social verdadeiro na tramitação do projeto da

²² CÂMARA DOS DEPUTADOS, Portal e-Democracia – Wikilegis da Reforma Trabalhista – PL 6787/2016. Votações encerradas em 10 de abril de 2017. Disponível em <<https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/bill/64>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

²³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 – Reforma Trabalhista. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

²⁴ SENADO FEDERAL. Relatório da Consulta Pública. Relatório gerado em 17/11/2018. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/bi-pdf/Arquimedes/ecidadania/rel-consulta-publica-pdf.pdf>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

Reforma, uma vez que os argumentos contrários não foram considerados. Dessa forma, não houve consultas efetivas, conforme ordenado pela OIT, mas uma imposição de regras precarizantes.²⁵

“A ‘Reforma Trabalhista’, ao contrário de representar o consenso possível no diálogo social, até aqui avança como voz única, impositiva, na constituição de um mercado de trabalho sem proteção. O Parlamento deve levar a sério as considerações de todos os envolvidos numa reforma estrutural desse porte, sem açosamentos, e com a prudência necessária, sob pena de violação do diálogo social com o qual se comprometeu no plano internacional.”²⁶

A partir dos comentários tecidos pelos autores Márcio Pochmann e Reginaldo Moraes, não é de se estranhar que o processo legislativo da Reforma Trabalhista tenha sido calcado em consultas meramente simbólicas. Deve-se destacar que, historicamente, o Brasil é um país que se industrializou por meio de grande atraso social, de modo a marginalizar parte da sociedade e privilegiar as camadas mais ricas da população. O contexto político em que se insere a Lei nº 13.467, de 2017, é baseado, portanto, na ascensão das reformas neoliberais e no abandono de políticas sociais includentes.²⁷

Como destaca os autores:

Nessa regressão econômica e social desencadeada pela recessão, assiste-se à implementação de uma segunda geração das políticas de corte neoliberal baseada em novo padrão de superexploração da classe trabalhadora. (...) Como resultado, assiste-se, atualmente, à transição das tradicionais classes médias assalariadas e de trabalhadores industriais para o inédito e extensivo precariado.²⁸

O que se percebe, portanto, é que o processo legislativo da Reforma Trabalhista não considerou os anseios da maioria da população porque este não era seu o objetivo. Em um país marcado pelo autoritarismo²⁹, fica evidente que a Lei nº 13.467, de 2017, não surgiu a partir dos anseios da população, de modo que seu projeto pudesse ser flexível ao diálogo setorial verdadeiro.

Dessa forma, a Reforma Trabalhista necessitou ser travestida de um discurso modernizante, de modo a esconder suas reais intenções político-ideológicas: “(...) eliminar os

²⁵ ANPT; ANAMATRA; ABRAT; SINAIT; ALAL; JUTRA. Nota Técnica Conjunta. PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista. Assinada em 5 de junho de 2017. Disponível em <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/3112/Nota%20T%C3%A9cnica%20Conjunta%20-%20Reforma%20Trabalhista.pdf>> Acesso em 2 de setembro de 2018. P. 8.

²⁶ ANPT et al, 2017, p. 8

²⁷ POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo. Capitalismo, Classe Trabalhadora e Luta Política no Início do Século XXI: experiências no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e França. São Paulo: fundação Perseu Abramo, 2017, p. 83-88.

²⁸ POCHMANN & MORAES, 2017, p. 93.

²⁹ POCHMANN & MORAES, 2017, p. 78.

entraves que a regulação pública do trabalho coloca à exploração capitalista, o que acarretará a expansão da precarização, o aumento da vulnerabilidade, da insegurança, da desproteção.”³⁰

Não é sem razão, portanto, que a Reforma Trabalhista é classificada como segregacionista e excludente.³¹ Além regredir o patamar civilizatório dos direitos trabalhistas, a Lei nº 13.467, de 2017, o fez de maneira autoritária, sem ouvir a parte que mais foi afetada com as alterações legislativas: o próprio trabalhador.

CONCLUSÃO

Como pôde ser percebido pelas discussões anteriores, havia obrigação de realizar ampla consulta às entidades representativas dos empregados e dos empregadores no tocante ao projeto de lei que resultou na Reforma Trabalhista. Essa obrigação está prevista tanto nos compromissos internacionais assinados pelo Brasil, como nas Convenções nº 144, 154 e 155 da OIT, quanto na própria Constituição Federal.

Na Constituição Cidadã, o art. 10 é expresso ao assegurar a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais estejam sendo discutidos. Embora este dispositivo seja aplicado de forma veemente nos órgãos da Administração Pública, com igual força deveria ser utilizado para os órgãos do Legislativo, na elaboração de leis. Dessa forma, por expressa disposição constitucional, qualquer legislação trabalhista deveria passar antes pelo crivo de representantes dos trabalhadores e empregadores.

Não foi o que ocorreu com a Lei nº 13.467, de 2017. Com base nos números apresentados anteriormente, percebe-se que a participação da sociedade no projeto de lei foi ignorada. Dessa forma, percebe-se que a Reforma Trabalhista representa o esvaziamento do conceito de dignidade humana, não só do ponto de vista material, pelo retrocesso de direitos, como também formal, por não permitir que os trabalhadores efetivamente participassem da discussão.

Não é à toa, portanto, que a Reforma Trabalhista está fadada ao fracasso. O texto aprovado não traz qualquer segurança jurídica, uma vez que chegou a ser alterado por uma medida provisória que teve sua vigência encerrada sem conversão em lei pelo Congresso

³⁰ TEIXEIRA et al, 2017, p. 44.

³¹ DELGADO, M. G e DELGADO, G. N., 2017, p. 40.

Nacional. Ademais, tramitam no Supremo Tribunal Federal várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra as alterações trazidas pela Lei nº 13.467, de 2017.³² Portanto, vê-se que, longe de garantir a maior segurança jurídica nas relações de trabalho, a Reforma leva ao aumento do desemprego e precarização.

Permitir a efetiva participação da sociedade implica descentralizar o poder. Isso explica, portanto, porque a consulta à sociedade foi meramente simbólica, de modo a ignorar os argumentos trazidos pelo MPT e pela ANAMATRA. A Reforma Trabalhista não foi motivada por uma busca sincera de melhoria da legislação trabalhista, mas por anseios de ampliar a exploração do trabalho humano e a precarização. Conclui-se assim que não houve diálogo social verdadeiro na elaboração da Reforma Trabalhista, de modo que seu texto é, de fato, formalmente inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANPT; ANAMATRA; ABRAT; SINAIT; ALAL; JUTRA. **Nota Técnica Conjunta. PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista.** Assinada em 5 de junho de 2017. Disponível em <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/3112/Nota%20T%C3%A9cnica%20Conjunta%20-%20Reforma%20Trabalhista.pdf>> Acesso em 2 de setembro de 2018

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Publicado em 9 de agosto de 1943.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **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 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.* Publicada em 14 de julho de 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Portal e-Democracia – Wikilegis da Reforma Trabalhista – PL 6787/2016. Votações encerradas em 10 de abril de 2017. Disponível em <<https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/bill/64>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenação). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 25-44.

³² STF. Plenário inicia julgamento de primeira ADI contra alteração introduzida pela Reforma Trabalhista. Notícia publicada em 9 de maio de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades*. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. P. 279-301.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

FARIA, C. F. S. D. **O Parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?** Brasília: Edições Câmara, 2012

GARCIA, André Pinto. *A Falácia da Iniciativa Popular em Projetos de Lei: uma análise sob a perspectiva da e-Democracy*. In: **Fórum de Procuradores-Chefes na Temática: Pesquisa, Ciência, Tecnologia e Inovação**. Brasília, vo. 2016, vol. 8, nº 2. p. 7-35

MARTINS De Lima, Eduardo e GOMES Emediato, Renata. *A participação popular no processo legislativo*. In: **Meritum**: Revista de Direito da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2014, vol. 9.

MPT. *Pede o veto total ou parcial do PLC 38/2017*. Assinada em 12 de julho de 2017. Disponível em <http://www.prt10.mpt.mp.br/servicos/autenticidade-de-documentos?task=assinatura&format=raw&dados=EnRdyxmaylOLLIThM1aee-DwIkGpVIIDPdKT_CgAmdI_1fE_q3C_W1JdW6NqrqLItYDyXlm0JxoFe0AZoKmg12JLw0MftO7sEiNlcBtwLnpovhg0TK5DCGajQUblKBfH> Acesso em 17 de novembro de 2018.

NEXO. Bruno Lupion. Como a Câmara aprovou mudanças em 90 artigos da CLT com 26 horas de debate. 27 de abril de 2017. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/27/Como-a-C%C3%A2mara-aprovou-mudan%C3%A7as-em-90-artigos-da-CLT-com-26-horas-de-debate>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

OIT, **Convenção nº 144. Convenção sobre consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho**. Adotada em 21 de junho de 1976 e ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994.

_____, **Convenção nº 154. Convenção sobre o incentivo à negociação coletiva**. Adotada em 19 de junho de 1981 e ratificada pelo Brasil em 10 de julho de 1992.

_____, **Convenção nº 155. Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho**. Adotada em 22 de junho de 1981 e ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992.

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo. **Capitalismo, Classe Trabalhadora e Luta Política no Início do Século XXI: experiências no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e França**. São Paulo: fundação Perseu Abramo, 2017.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 – Reforma Trabalhista**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

_____. **Relatório da Consulta Pública**. Relatório gerado em 17/11/2018. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/bi-pdf/Arquimedes/ecidania/rel-consulta-publica-pdf.pdf>>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

STF. **Plenário inicia julgamento de primeira ADI contra alteração introduzida pela Reforma Trabalhista.** Notícia publicada em 9 de maio de 2018. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922> >. Acesso em 18 de novembro de 2018.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira et al (org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista.** Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

VARGHA, Corinne. Diretora Geral do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho - OIT [Carta], 2017, Genebra. [para] Antônio De Lisboa Amâncio Vale, Central Única dos Trabalhadores, São Paulo. 5f. Consulta da Central Única dos Trabalhadores (CUT), da União Geral dos Trabalhadores (UGT), da Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), da Força Sindical, da Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST) e da Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB). Disponível em < <https://sinait.org.br/docs/Carta%20OIT.pdf> >. Acesso em 17 de novembro de 2018.

O PRESENTE DE GREGO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A REFORMA TRABALHISTA E A TRANSIÇÃO PARA UM MODELO INTERMITENTE DE TRABALHO

THE INTERMITTENT CONTRACT ON BRAZILIAN'S LABOR LAW: A WRACKING BALL AGAINST HUMAN RIGHTS AT THE LABOR ARENA

Stéfano Cunha Araújo¹

RESUMO

O artigo tem como finalidade analisar, de forma crítica, um acontecimento contemporâneo do cenário político-jurídico brasileiro: a reforma trabalhista e a transição de um modelo de emprego direto, formal e duradouro (o contrato de trabalho por tempo indeterminado) para um modelo de engajamento fortuito e fracionariamente remunerado (o contrato intermitente de trabalho). A reflexão visa a desmistificar a chamada modernização das leis trabalhistas, demonstrando que, na verdade, se trata de uma revogação de direitos fundamentais ao arripio da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; Contrato intermitente de trabalho; Democracia constitucional; Cidadania inclusiva; Controle de constitucionalidade; Justiça do Trabalho; Ministério Público do Trabalho; Ministério do Trabalho.

ABSTRACT

The article intends to propose a critical analysis about a political movement that remount the last two years of Brazil's policy: the labor Law reform and the consequent transition between a formal and long labor relationship (traditional labor contract) to a freelance model (intermittent contract). The intended discourse is about how the extinction of elementary constitutional rights at the labor arena represents not a modernization but a racking ball against human rights and the concept of labor's citizenship and dignity.

KEYWORDS: Brazil's labor Law reform; Intermittent Contract; Constitutional democracy; Inclusive citizenship; Constitutional adjudication; Judicial review; Labor Justice; Public Labor Ministry; Labor State Department.

1. Introdução

Nos idos de 1300 a.C. a 1200 a.C. ocorreu uma violenta guerra de 10 anos entre aqueus (habitantes da Grécia antiga) e troianos (uma região da Turquia), a qual se deflagrou por conta do rapto da esposa do rei Menelau de Esparta por Páris (príncipe troiano, filho do rei Príamo de Tróia).

A famosa passagem contada por Homero, em *Odisseia*², e resgatada em alguns de seus pontos, em *Ilíada*³, tem no mito do Cavalo de Tróia o seu ápice, quando os gregos supostamente haviam presenteado os troianos com um gigantesco adorno de madeira no formato deste animal, como sinal de desistência do combate e anúncio da vitória troiana.

¹ Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Analista Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, exercente do cargo de Assessor de Ministro.

² HOMERO. *Ilíada*. Trad. Haroldo de Campos. São Paulo: Arx, 2008. passim.

³ HOMERO. *Odisséia*. Lisboa: Livros Cotovia, 2005. passim.

O adorno ficou conhecido como “presente de grego” porque na verdade a lenda conta que aquele presente era uma armadilha plantada dentro dos muros de Tróia. Com a suposta desistência da guerra pelos gregos, os troianos festejaram a vitória e enquanto seus soldados exaustos descansavam da grande festa promovida pela vitória sobre os inimigos, soldados que se encontravam dentro do adorno de madeira saíram do esconderijo, abriram as portas da cidade de Tróia e deram passagem aos soldados gregos, que arrasaram os troianos e capturaram as mulheres e crianças daquele povo, tornando-os escravos.

Qualquer semelhança entre esse mito e a realidade política brasileira não é mera coincidência, e a figura literária foi cuidadosamente escolhida para representar aquilo que se está vivendo neste momento conturbado de vida política brasileira.

Adiante, tentar-se-á demonstrar que no ano em que a CLT completou 74 anos, e há menos de um ano do aniversário de 30 anos da Constituição Federal, o Congresso Nacional presenteou os brasileiros com um verdadeiro Cavalo de Tróia (a reforma trabalhista), o que insere no campo das necessidades da população trabalhadora o resgate de Helena como única solução viável para a manutenção da dignidade dos trabalhadores no seio das relações laborais.

Assim como na lenda grega, os adornos suntuosos da armadilha estão sendo enaltecidos (retomada do crescimento econômico, queda nas taxas de desemprego, diminuição do déficit público, viabilização da competitividade internacional, etc.), mas o exército de destruição inserido dentro da armadilha não está sendo sequer notado, quiçá debatido pelos veículos de imprensa e de formação de opinião das massas.

A força destruidora de direitos fundamentais inserida no seio dessas e de outras reformas em debate na sociedade brasileira é de tamanha magnitude que, tal qual uma imensa edificação, não pode ser visualizada em sua plenitude muito de perto. Por isso, a observação desse adorno precisa de um certo distanciamento (no caso, distanciamento dos sentidos comuns midiáticos que vendem as propostas com tom de apelo comercial e de propaganda de governo) e de foco (recortes pontuais de algumas medidas que já foram implantadas e quais suas consequências).

Essa é a tarefa a que se reserva o presente ensaio, que irá focar sua análise em um dos institutos mais agressivos da reforma trabalhista, qual seja, o contrato intermitente de trabalho, a fim de estimular um exercício de emulação do prognóstico da perda de direitos fundamentais que acena no horizonte dos trabalhadores brasileiros.

2. O presente de grego às vésperas do aniversário da balzaquiana Constituição Federal

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, no mesmo ano em que a CLT havia completado 74 anos de existência, e há menos de um ano do aniversário de 30 anos da Constituição Federal, trazendo consigo uma avalanche de mudanças na relação entre trabalhadores e empregadores, algumas das quais representam um verdadeiro sepultamento da figura do emprego direto, formal e duradouro no seio dessas relações.

Junto com uma derrubada sistemática de diversos direitos conquistados a partir de uma jurisprudência trabalhista⁴ que remonta às Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho, foram inseridas diversas novidades no tratamento das relações de trabalho, as quais resultaram em uma inversão paradigmática, fixando-se a “flexibilização de direitos” como regra⁵ e a “inalienabilidade de direitos” como exceção⁶.

Essa inversão da lógica interna do sistema de garantias de dignidade do trabalhador teve como foco principal diminuir os custos de produção e transferir os riscos do negócio (em regime de compartilhamento) com os detentores da força de trabalho.

Contudo, a distribuição dos frutos do negócio não foi igualmente compartilhada, levando, ao final do processo, a uma pura revogação de direitos fundamentais sem contrapartida equivalente em novos ganhos.

Elegemos um instituto para tratar do tema neste ensaio literário: o contrato intermitente de trabalho⁷.

Este modelo de contratação é uma verdadeira revogação da figura jurídica do contrato de trabalho direto, formal e duradouro, na medida em que implanta, de modo completamente autônomo e indiscriminado, um modelo de engajamento fortuito e fracionariamente remunerado, típico e à feição para o modo de produção toyotista, com todos os inconvenientes que essa opção política impõem à qualidade de vida do trabalhador.

⁴ Equiparação salarial, tempo à disposição do empregador, intervalo intrajornada mínimo de uma hora, etc.

⁵ BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018. Art. 611-A. et. seq.

⁶ Ibid. Art. 611-B. et. seq.

⁷ Ibid. Art. 443, § 3º.

É uma transição paradigmática que transforma o emprego direto e duradouro em exceção, e os engajamentos casuísticos e de ganho variável⁸ em regra. O discurso político que prega essa transição de modelos vende a ideia de liberdade e “empreendedorismo de si mesmo”. Na prática, o que se observa é a precarização das relações de trabalho e uma liberdade que só alcança o lado patronal dessa relação.

Abaixo, tentar-se-á demonstrar à luz desse novo modelo como se operará a dinâmica de produção doravante, e quais as medidas de direito que deverão ser tomadas com o intuito de retomar as conquistas sociais abruptamente retiradas dos trabalhadores pela reforma trabalhista.

3. O novo modelo de engajamento fortuito e fracionariamente remunerado

Valendo-me das reflexões de PEREIRA, em recente livro lançado sobre o tema dos novos direitos sociais, é possível falar em um “cenário de rupturas paradigmáticas”⁹, o que coloca em primeira ordem de prioridades um amplo debate social sobre o “tipo de relação de trabalho que convém em uma sociedade democrática de direito como a brasileira”¹⁰, já que, como bem observado pelo autor:

[...] fragilizar o sistema de direitos e garantias do trabalhador em uma sociedade plena de realização material, como a maioria das sociedades desenvolvidas, é uma coisa, fazer o mesmo em uma sociedade em desenvolvimento é outra completamente distinta, e de efeitos opostos. O nível social de direitos, garantias e de fruição das comodidades da vida moderna em uma sociedade desenvolvida é, em geral, substancialmente superior àquele existente nos países em desenvolvimento, o que se agrava com a diversidade de procedimentos, pois a legislação social, mitigada que seja nesses países, é satisfatoriamente cumprida. Retrato bastante distinto ao emoldurado em nosso quadro social de relações trabalhistas, em que a maioria dos direitos sociais é burlado no curso do contrato de trabalho, e as empresas, em sua significativa maioria, sendo compelidas somente judicialmente ao cumprimento até de direitos mínimos do trabalhador, como horas extras, intervalares, férias, fundo de garantia, o que demonstra que a mitigação de direitos nesse cenário torna periclitante a situação daquele que sequer obteve pleno respeito aos seus direitos mínimos previstos na Constituição.¹¹

No atual estágio de emancipação social brasileiro, no qual sequer a fruição de direitos mínimos de dignidade e segurança conseguiram ser inseridos na dinâmica de trabalho, romper com o contrato de trabalho individual por tempo indeterminado e inserir a figura do contrato intermitente de trabalho é acenar para os trabalhadores com um leilão de direitos e garantias

⁸ A lei permite a um mesmo empregado manter diversos contratos intermitentes de trabalho com tomadores distintos, o que, por certo, acarretará ganhos variáveis e incerteza de renda na vida laboral deste empregado, até porque não há pela legislação obrigação patronal a garantir ganhos mínimos mensais para seus contratados na forma de contrato intermitente (Art. 452-A, § 5º, da CLT).

⁹ PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.135.

¹⁰ Ibid. p. 135.

¹¹ Ibid. pp. 135-136.

individuais previstos na legislação: só que nesse caso “leva” (o engajamento fortuito) quem “der menos” (custo).

É, de fato, um empreendedorismo de si mesmo, mas no sentido do “salve-se quem puder”, e não da valorização do trabalho. Não é difícil imaginar o modo pelo qual os selecionadores de mão de obra irão agir: os indivíduos que menos faltam ao chamado da empresa para se engajarem permanecem, os que rejeitam com mais frequência essa chamada são excluídos, os que mais adoecem em consequência do tipo de engajamento oferecido ou por fragilidade de saúde estão fora, e os que suportam por mais tempo a dinâmica de trabalho implantada pelo recrutador ou possuem saúde física privilegiada estão dentro, e assim por diante.

Essa seleção gradual (que de natural não tem nada) replica um modelo de competição de mercado no campo individual que rompe os laços sociais no seio das comunidades de trabalhadores, e instaura um regime de corrida interminável por engajamento casual de trabalho, sem qualquer garantia de ganhos¹² (eles são por natureza variáveis) nem de estabilidade (qualquer contratempo na relação com a empresa gera a ruptura silenciosa do vínculo, com a simples exclusão daquele trabalhador das escalas de trabalho).

Isso, sem dúvidas, pode aumentar o número de pessoas que estarão “formalmente empregadas”, só que é uma mera maquiagem do real cenário: todas elas sem garantia de ganhos habituais e todas elas submetidas ao capricho do recrutador da empresa. Com esse tipo de dinâmica é possível até mesmo “zerar” a fila do desemprego, mas seguramente haverá um aumento da fila dos “miseráveis”, dado que o engajamento fortuito e fracionalmente remunerado de todos, de forma parcial e não continuada, irá dividir o valor do salário de um empregado por 2 ou 3, chamados a se engajar em regime de escalas de serviço e tomados de todo o seu vigor físico e mental nesses curtos espaços de tempo¹³. A síndrome de *burn out* deixa

¹² Não há na estrutura do contrato intermitente nenhuma salvaguarda para a estabilidade financeira do trabalhador, dado que os períodos descontinuados de engajamento não são considerados tempo à disposição do empregador (§ 5º do art. 452-A da CLT), tampouco o salário é medido pelo módulo mensal (o contrato intermitente trabalha com o módulo valor-hora, inseridos sob a forma de compensação pecuniária os direitos constitucionais proporcionais – 1/3 de férias proporcional, 13º salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais – § 6º do art. 452-A da CLT).

¹³ Esse, aliás, é modo mais racional de alocar a mão de obra doravante, dado que, com a escala de dois ou três empregados, ao invés da prestação habitual de horas extras por um ou dois deles, o custo do valor-hora de trabalho irá reduzir, dado que a figura jurídica das horas extras simplesmente desaparece (e com elas todos os reflexos daí decorrentes), porquanto o excesso de horas na produção será dissolvido nas escalas de trabalho, de modo a não engajar nenhum deles por período superior às 8 horas diárias e 44 horas semanais. Seria até um ganho de qualidade de vida para o trabalhador, desde que alguma segurança financeira tivesse sido conferida a ele (por exemplo, direito a receber pelo menos o valor de um salário mínimo por contrato intermitente assinado, pago ao final do mês sob a forma de diferenças de ganho, mesmo quando o engajamento fortuito não fosse suficiente para o alcance dessa remuneração).

de ser uma doença ocupacional deflagrada por assédio moral na exigência de metas e passa a ser a seleção “natural” do mercado de trabalho.

É perfeito para o regime de produção econômico neoliberal, que mantém um nível de produtividade regular ou crescente (de acordo com a sua conveniência¹⁴), e seleciona seres humanos pela aptidão que possuam para esgotar em sua máxima potência sua energia laboral em pequenos engajamentos casuais da escala de trabalho. Aquele que demonstrar qualquer variação de ânimo, saúde ou disposição, é abrupta e silenciosamente retirado das escalas, permanecendo, contudo, com sua carteira assinada e fora das estatísticas de desemprego¹⁵ (um verdadeiro regime de núpcias entre os empresários e a propaganda de governo).

Muito dessa dinâmica já opera no modelo de terceirização trabalhista, que é um embrião mais maturado dessa forma livre e desimpedida de exploração da mão de obra menos qualificada. Hoje, por exemplo, como bem demonstram alguns estudos de Sociologia do Trabalho, os empregados da área de telemarketing são um contingente submetido a uma intensa precarização do ambiente de trabalho, com excessivo rigor no cumprimento de metas, parametrização de comportamentos e formas de atendimento (inclusive com a inserção de scripts de fala com caráter impessoal), bem como um isolamento social no curso da jornada de trabalho (controle rígido e inflexível dos intervalos de descanso, de atendimento, de uso de sanitários e de troca de postos de trabalho), o que impulsiona de forma acentuada a ocorrência de adoecimento profissional¹⁶ na dinâmica de trabalho estabelecida nessas centrais de atendimento telefônico (call center)¹⁷, tudo a demonstrar o caráter nocivo da dinâmica de trabalho inserida nesses empreendimentos.

Com o contrato intermitente de trabalho apenas sai de cena a figura do locador de mão de obra (um custo de produção a menos, afinal) para que o próprio empresário recrute e selecione os trabalhadores em escalas que melhor lhe aprouverem, sem nenhum encargo adicional decorrente do fato de gerar no empregado uma expectativa de ganho com a assinatura

¹⁴ Aqui percebe-se traços característicos do modelo de produção toyotista, pautado pela filosofia do *just in time*.

¹⁵ O contrato intermitente de trabalho também não prevê nenhuma garantia de engajamento mínimo, ou mesmo as condições nas quais a diminuição das chamadas do empregador venha a possibilitar a rescisão indireta desse contrato de trabalho. Aqui, a própria aplicação do art. 483 da CLT apresenta um certo grau de dificuldade, já que a alínea “a” trata do trabalho exigido acima das forças do empregado (e não abaixo de suas expectativas), ao passo que a alínea “g” regular o trabalho por peça ou tarefa (e não por diária). A única alternativa oferecida pela lei nesses casos é a nova figura da dissolução consensual do vínculo (art. 484-A da CLT), o que é muito pouco, sobretudo porque não ampara as situações nas quais a redução das chamadas possui uma natureza velada de perseguição ou exclusão não onerosa do empregado, ocasião na qual, por óbvio, não haverá espaço favorável para o consenso na dissolução do contrato. Ao que tudo indica, essas lacunas legislativas terão que ser objeto de construção jurisprudencial por parte dos magistrados da Justiça do Trabalho.

¹⁶ Sobre a relação entre o isolamento e a individualização no ambiente do trabalho e o adoecimento profissional cf. ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2017, pp. 143-145.

¹⁷ Ibid. pp. 131-136.

formal de sua carteira de trabalho. Há que se ponderar ainda acerca da possibilidade de conjugação dos dois modelos precários de engajamento (uma empresa de locação de mão de obra que utiliza o contrato intermitente de trabalho para recrutar o seu pessoal), tornando o cenário de incertezas ainda maior para quem depende de um emprego como esses para sobreviver e tenta alcançar algum nível satisfatório de qualidade de vida.

A verdade é que o contrato intermitente de trabalho possui, na prática, a aptidão para uma supressão instantânea da fruição de direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo de todos os descansos remunerados, além do próprio direito de greve. Isso porque, todos os direitos de comodidade do empregado serão reduzidos a valores fixos inseridos no preço da própria diária de serviço, maquilando o valor-dia de trabalho (que será nominalmente superior ao de uma diária calculada exclusivamente sobre o salário mensal), mas não confere ao trabalhador nenhuma possibilidade de obter qualquer ganho fora da escala de trabalho em tais períodos de afastamento para o descanso e a socialização. É que a remuneração de tais períodos já se encontra embutida no valor-dia de trabalho e a nova legislação não considera nenhum período fora das escalas de trabalho como tempo à disposição do empregador.

Isso porque, o § 5º do art. 452-A da CLT dispõe que: “O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.”¹⁸

Já o § 9º do mesmo dispositivo assevera: “A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”¹⁹

Conjugando-se os dois dispositivos percebe-se que os direitos de descanso convertem-se em “vedação à inserção em escala de trabalho”, o que, ao final resultará simplesmente na seguinte equação: se parar de trabalhar e inserir os referidos descansos em sua rotina anual, deixa de ganhar pelo tempo perdido, como qualquer trabalhador autônomo, já que a inclusão de um pequeno *plus* salarial no valor-dia de trabalho desses empregados substitui a efetiva fruição de tais direitos constitucionais.

Com isso, não será incomum a procura de engajamento fortuito e fracionariamente remunerado em empresas distintas daquela com a qual o empregado detém o vínculo intermitente, criando-se assim a figura da “mão de obra cruzada” entre empresas de um mesmo

¹⁸ BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018. Art. 452-A, § 5º.

¹⁹ Ibid. Art. 452-A, § 9º.

segmento empresarial, o que fulmina na prática a efetiva fruição de tais períodos de descanso e socialização por parte do trabalhador.

As empresas poderão, então, operar com escalas de trabalho em todos esses períodos de recesso, o que não será muito difícil de conseguir, já que os ganhos variáveis dos trabalhadores (por diária), aliados à supressão do descanso remunerado e à natural necessidade de se engajar com mais frequência para obter um nível mínimo de ganho, de modo a possibilitar alguma qualidade de vida, irão proporcionar um ambiente perfeito para a gradativa eliminação dessas datas e interregnos de descanso e socialização da vida cotidiana.

Já o direito de greve é praticamente extinto, já que não representará nenhum prejuízo ao empregador, senão ao empregado, que se coloca fora da escala de trabalho e não recebe pelos dias parados. Em verdade, nesse tipo de mercado de trabalho apenas a deflagração de um movimento paredista com adesão total ou amplamente majoritária dos trabalhadores, o que é muito difícil, sobretudo com o regime de “escalas de trabalho”, poderia surtir o efeito desejado de pressionar o empregador a abrir uma mesa de negociação.

A doença do empregado, aqui, também é uma incógnita, já que, como não há obrigação patronal de convocação do empregado intermitente (apenas deve comunicar com antecedência mínima de três dias corridos a sua inserção na escala²⁰), assim como não há obrigação formal de comparecimento do empregado à escala (pode comunicar sua abstenção com um dia útil de antecedência²¹), a simples ciência informal do estado de saúde do empregado pode ser trabalhada pela empresa a partir de sua exclusão intencional das escalas no período correspondente. Assim, esse empregado teria a assistência exclusiva da Previdência Oficial e, mesmo assim, somente após submetido ao crivo seletivo do INSS, já que o mero atestado médico não compele a Previdência ao pagamento do benefício (há perícia específica do órgão previdenciário para tais benefícios).

São inúmeros os inconvenientes que a figura do contrato intermitente de trabalho inaugura na vida do trabalhador, os quais deverão ser objeto de uma circunstanciada reflexão crítica do fluxo comunicativo; de uma engajada atuação dos operadores do direito (que representam o fluxo institucional); e de uma incessante atividade política da sociedade civil organizada, a partir de um movimento coletivo de cidadania espontâneo e duradouro (ao modo de coletividades, associações e esferas públicas de debate), e não apenas de entidades representativas de classes e de categorias profissionais, até porque a fragilização do

²⁰ BRASIL. op. cit. Art. 452-A.[...] § 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

²¹ Ibid. Art. 452-A.[...] § 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

sindicalismo não-associativo vigente no país, com o fim da exação sindical compulsória, tornou a atuação de tais entidades mais dificultosa, o que demanda inclusive repensar o modelo de organização econômica de tais representações²², tudo de modo a equalizar a balança que hoje pende de modo flagrantemente desproporcional para o lado empresarial.

4. A cidadania operante como forma de se precaver do Cavalo de Tróia

Uma esfera pública operante²³ é um elemento indissociável das democracias contemporâneas. É o fluxo comunicativo informal gerado a partir dessas esferas públicas que potencializa a vivência de um modelo democrático de convivência entre pessoas diferentes. Qualquer pretensão de abandono da arena pública do debate, com consequente atribuição de decisões normativas despartadas do crivo de legitimidade da intersubjetividade crítica, é um evento normativo de dominação, que não encontra espaço de atuação legítimo dentro do seio de democracias constitucionais.

A identidade do sujeito constitucional²⁴, sempre em processos constitutivos de construção, reforma e reconstrução, reclama que as decisões políticas fundamentais sejam guiadas por um movimento de integridade política, é dizer, um movimento que sopesa a partir de argumentos²⁵ direcionados ao entendimento coletivo, em que medida as ações visadas pela Política de Estado conferem aos seus cidadãos igual consideração e respeito.

A partir de uma visão do Direito como romance em cadeia²⁶, no qual os autores coletivos possuem a responsabilidade de construir a história da comunidade e o dever de fundamentar

²² É preciso inaugurar um novo modelo associativista, contributivo e dinâmico (quem sabe sob a forma de cooperativas de trabalho), que centralize os contingentes de mão de obra em seus quadros associativos e delibere diretamente com as empresas acerca de pisos de remuneração, frequências mínimas em escalas de trabalho por cooperativado, contratação de seguros para cobrir períodos de doença ou afastamento involuntário, entre outras garantias, de forma a dar algum nível de segurança e estabilidade de ganhos e de direitos aos seus associados. Sem as limitações de territorialidade e de unicidade que ainda hoje vigoram no modelo sindical tradicional, essas cooperativas poderiam operar de forma mais dinâmica e agregar setores minoritários que hoje sofrem com um sindicalismo que aglutina categorias e impede o avanço de pautas individualizadas de reivindicação. A representatividade, aqui, se daria pelo próprio critério associativo da cooperativa, ao passo que a fíducia se estabeleceria a partir do desempenho da finalidade de emular maiores ganhos e prestar serviços diretos (convênios, cursos, atendimentos médicos, espaços de lazer e convivência, etc.) aos seus associados. Sem pretensões de encerramento do debate, fica a ideia para a reflexão.

²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

²⁴ Cf. ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. passim.

²⁵ GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993. passim.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 275-286.

suas escolhas²⁷ em patamares éticos mínimos de convivência, a coerência das decisões políticas tomadas no presente com aquelas que remontam ao passado institucional das representações políticas operantes no fluxo institucional compõem as autoridades legais a um ajustamento²⁸ de suas disposições prático-discursivas a argumentos de princípio²⁹.

Essa é a lição que se extrai do modo de compreensão do Direito e da sociedade política como uma comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade na qual não são apenas os interesses privados que guiam os cidadãos e as instituições, senão um dever de coerência e de responsabilidade para com todos, o que implica na articulação de um modo racional de inserção das pretensões políticas³⁰, pelo critério de integridade que elas ostentam no campo fluido e movediço das multiplicidades impostas pelo modo nômade de vida que a eticidade reflexiva³¹ sugere.

Tradição e vanguarda aqui convivem como estranhos que se respeitam enquanto perspectivas autônomas de vida, sem direito de legitimidade nato, porque não representam um argumento decisivo a favor de si mesmas, senão uma pretensão a ser lançada no intenso fluxo comunicacional que gera o campo fértil para a criticidade intersubjetiva, que é a gênese constitutiva do evento democrático em movimento, o qual se traduz em um campo de garantias cidadãs inseridas no modelo democrático de vida em sociedade, contra o arbítrio e os interesses exclusivamente privados, todas as vezes que esses interesses interfiram de modo totalitário nas prerrogativas cidadãs de coletividades que não teriam nenhuma razão lógica ou atrativa para abandonar os seus direitos de cidadania, sobretudo em circunstâncias nas quais esse abandono é imposto de modo tópico por formadores de opinião calcados em meros argumentos de autoridade, sem o concurso, portanto, de uma ampla teia de significação coletiva das necessidades, sacrifícios, interesses e contrapartidas envolvidos.

Esse é exatamente o campo em que o discurso político das instituições precisa ser observado com tons de criticidade e de reflexão, de modo a que a esfera pública cidadã se mobilize sempre que os avanços institucionais flertarem com a exclusão de direitos fundamentais, como ocorreu recentemente com a reforma trabalhista e, vez por outra, parece

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 217-249.

²⁸ Ibid. p. 6.

²⁹ Id. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128 et seq.

³⁰ Aqui a noção de discursos de justificação e de aplicação do Direito, presentes na teoria de Klaus Günther, parece ser uma interessante possibilidade teórica para a compreensão dos processos de socialização da Política, da Moral e do Direito em ambientes de democracia constitucional contemporânea. Cf. em GÜNTHER, op. cit. pp. 247-284.

³¹ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 157-162.

mirar seu olhar contra as instituições de proteção ao trabalho digno e seguro. Em síntese, essa esfera pública deve acentuar o seu fluxo comunicativo e operar ao modo da rejeição democrática, de forma sistemática e perene, quando perceber os impulsos institucionais de subtração de direitos e garantias individuais, bem assim os discursos políticos de desarticulação de instituições democráticas postas à sua disposição no arranjo político-institucional, como no caso das estruturas do Estado responsáveis pela proteção ao trabalho digno e seguro.

Acabar com órgãos de controle, fiscalização e sindicabilidade do trabalho digno e seguro, tais como o Ministério Público do Trabalho, a Auditoria-Fiscal do Ministério do Trabalho e, sobretudo, a Justiça do Trabalho é a forma mais evidente de tornar pública a insofismável investida antidemocrática de setores da economia privada e dos órgãos de imprensa e de formação de opinião das massas contra habitáculos de sobrevivência dos trabalhadores contra a exploração do trabalho.

Não haverá ganhos, senão para um lado da balança. Desregulamentação do trabalho, diferentemente da desregulamentação de setores administrativos da burocracia pública, não gera celeridade na dinâmica produtiva, senão desarticula qualquer possibilidade concreta de refreamento dos excessos de liberalismo em uma relação jurídica de poder pautada pelo desequilíbrio de forças em sua própria essência.

É fato que empresas que cumprem a legislação do trabalho possuem uma desvantagem econômica com relação àquelas que não cumprem com sua função social de garantir a integridade dos direitos do trabalhador. Por isso é importante a existência de ramos do poder institucionalizado especializados em coibir essas práticas de *dumping* trabalhista. O fim de tais instituições é algo muito próximo ao fim de todos os direitos sociais historicamente conquistados a partir de lutas de classe, mobilização política, regulação legal e discursos judiciais de integridade do sistema político-jurídico.

Há excessos de ativismo, inclusive no Poder Judiciário, e disso já se tem notícia há algum tempo³², mas não é investindo contra as instituições republicanas que se terá um ganho de competitividade no cenário internacional. Muito pelo contrário, o capital será atraído sem gerar qualidade de vida para a maioria dos brasileiros, que serão inseridos em um modelo de produção que não lhes confere a mínima condição de existência digna, seja pelos baixos ganhos financeiros que a competitividade sob a forma de *dumping* trabalhista representa, seja pela impossibilidade de projetarem investimentos de longo prazo (como a aquisição de bens imóveis

³² Sobre o papel do Poder Judiciário na sindicabilidade de direitos sociais mínimos e os excessos de intervenção judicial no campo das negociações coletivas, cf. PEREIRA, Emmanoel. op. cit. pp. 141-147.

ou a abertura de negócios)³³, dado que o contrato intermitente seguramente será uma forma de risco a ser inserida no modelo de negócio bancário no momento de disponibilizar taxas de juros e linhas de crédito para esses trabalhadores (a incerteza dos ganhos, dada a frugalidade do engajamento, se reflete em risco bancário e isso, por conseguinte, em aumento das taxas de juros e diminuição das linhas de crédito).

Este é um cenário que não possui nenhuma versão deturpada daquilo que ordinariamente acontece, já que modelos de negócio operam sempre com a equação “custos x riscos = proporção rentável dos ganhos”. Portanto, não é um discurso sobre conjectura econômica, mas uma constatação empírica de que o risco do crédito será elevado pelo modelo do engajamento fortuito e fracionalmente remunerado, gerando maiores custos e dificuldades na disponibilização do crédito pessoal ao trabalhador, dado que o banco trabalha com essa projeção de lucros a partir dos riscos verificados na disponibilização das linhas de crédito, tudo de modo a tornar o negócio rentável e sustentável (economicamente, frise-se).

Um modelo econômico que agregue as diferentes pretensões de lucro (do empregador e do empregado) não pode inserir na balança uma desproporção como essas, na qual, por um lado, insere-se um modelo de trabalho que não dá nenhuma margem de estabilidade ou de garantia ao trabalhador e, por outro, intenta reduzir gradativamente a força dos únicos repositórios institucionais de garantia de direitos (Justiça do Trabalho e os órgãos de fiscalização e promoção do ambiente de trabalho seguro e digno).

É uma completa anulação da força de trabalho enquanto sujeito político de atuação democrática, já que até os sindicatos foram reduzidos a agremiações sem fonte de financiamento, o que reduz sensivelmente qualquer possibilidade de equiparação de forças no campo da negociação coletiva.

Somando-se a isso a pretensa investida contra instituições de proteção e equalização das relações trabalhistas, teríamos o próprio fim de garantias mínimas de direitos sociais e de todas as conquistas históricas, as quais hoje são o ponto de partida das negociações. Ou seja, é anulada a atuação institucional no campo da sindicabilidade de ditas relações.

Portanto, é preciso lançar um olhar crítico sobre esse “presente de grego”, porque nesse caso o rapto de Helena é a própria subtração dos direitos trabalhistas e, junto com eles, da dignidade do cidadão enquanto trabalhador.

³³ Em interessantes reflexões sobre o tema da “ascensão da classe média” no Brasil, cf. POCHMANN, Márcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 47-71.

5. Considerações finais: o resgate de Helena

No conto de Homero sobre a Guerra de Tróia, o resgate de Helena se deu na base da astúcia, driblando as barreiras da fortaleza de Tróia com uma armadilha disfarçada de adorno.

Aqui o seu resgate representa algo distinto, o que seja, dismantelar a armadilha dos gregos (reforma trabalhista) e demonstrar, por meio de um intenso fluxo comunicativo, que o crescimento do país não depende da estagnação social de seus cidadãos, tampouco da precarização das relações de trabalho a eles subjacentes.

Não há espaço de contingenciamento político-jurídico das pretensões totalizantes do interesse privado do capital que não passe pela reafirmação de um fluxo comunicativo forte e operante, bem como de instituições republicanas de proteção do trabalho digno e seguro, independentes e ilesas de ameaças de desarticulação política fundadas em interesses exclusivamente privados.

Em um país em desenvolvimento como o Brasil, pensar as relações de trabalho sem instituições republicanas de viés protetivo e regulador é pensar em um modelo de contrato de trabalho que remonta ao paradigma privatístico anterior à própria ascensão do dirigismo contratual, fundado exclusivamente na *pacta sunt servanda*. É algo completamente insustentável em um Estado Democrático de Direito, fundado sob a égide do constitucionalismo contemporâneo.

Não se trata, portanto, de modernizar relações, mas de inviabilizar por completo a manutenção de uma “relação”, já que a subserviência é um modo de servidão, e não uma relação jurídica em sentido estrito.

A desarticulação econômica do modo sindical de representação política, por exemplo, é mais um duro golpe nessa teia de proteção, e isso reclama um movimento de reestruturação da cidadania do trabalhador em um nível avassalador. Como dito em outro ponto deste ensaio, sem aprofundamentos que fogem ao foco do debate aqui proposto, não é demais imaginar um modelo de cooperativismo que supra o baque sofrido pelo sindicalismo sem finanças, com a instauração de um modelo de associativismo que, desprendido das limitações da unicidade e da territorialidade, cumpra uma função social mais ampla de organização civil de direitos, com arregimentação de currículos, qualificação profissional, agenciamento de contratações, negociação de garantias mínimas de ganhos financeiros e de manutenção da segurança do trabalho, tudo com vistas a tornar o modelo de engajamento fortuito e fracionalmente remunerado algo sustentável e minimamente digno.

Tudo isso, é claro, sem prejuízo de uma articulação política mais abrangente, em um outro nível, o do controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, já que há pontos de

inconstitucionalidade³⁴ e de esvaziamento de tratados internacionais³⁵ visíveis na implantação de um modelo de contratação completamente desproporcional do ponto de vista da sinalagmática contratual.

Por outro lado, a articulação política dos próprios trabalhadores como sujeitos ativos de cidadania (o que não se confunde nem se resume à atividade político-partidária ou sindical) também é algo indispensável nesta quadra da história, já que impulsionaria uma tomada de consciência coletiva acerca do que é aceitável e inaceitável no curso das relações de trabalho, proporcionando gradativamente a rejeição de métodos aviltantes de trabalho e, com isso, contingenciando de forma eficaz a atuação de empresas que não estão preocupadas com a sustentabilidade do mercado de trabalho e da própria sociedade brasileira.

Em nível global, poder-se-ia imaginar um modelo de *international constrency* (construção internacional), articulado inicialmente pela via da *soft law* (tratados de adesão voluntária), e gradativamente transformados em costume internacional, até que pela sua imperatividade humanitária se convertessem em *jus cogens* (normas internacionais de caráter vinculante), ou seja, patamares civilizatórios mínimos de observância obrigatória nas relações de trabalho.

Essa jornada de conscientização global das necessidades de manutenção de níveis mínimos de humanidade nas relações de trabalho seria pautada por uma agenda de *labor compliance* (adequação laboral) como pressuposto para a confecção de contratos internacionais de comércio por parte de países engajados com a agenda civilizatória. Este conjunto de normas de adequação humanitária nas relações de trabalho geraria um constrangimento econômico para os países que insistissem em manter no campo de suas relações de trabalho métodos aviltantes à dignidade humana, bem como privilegiaria a contratação de empresas sediadas em países engajados na manutenção de níveis mínimos de satisfação de condições dignas de vida e de trabalho.

A adesão de empresas multinacionais a essa agenda de erradicação do trabalho precário é um fator relevante, que deveria ser impulsionado pelos países consumidores, por meio da

³⁴ A ativação de gestantes em ambiente insalubre, a redução do direito de férias no contrato intermitente de trabalho a um acréscimo salarial no valor-dia de trabalho, o contingenciamento do legislado pelo negociado, inclusive em hipóteses nas quais a saúde do trabalhador está sob risco e a impossibilidade de atuação judicial em instrumentos coletivos fora dos limites materiais impostos pela legislação ao direito de negociar são apenas alguns exemplos da inconstitucionalidade congênita presente na reforma trabalhista. Cf. BRASIL. op. cit. Artigos 394-A, 452-A, § 6º, 611-A, XII, e § 1º, e 8º, § 3º.

³⁵ Com relação ao exercício efetivo do direito de férias com fruição de “remuneração global durante o período de gozo do descanso” cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **CONVENÇÃO N° 132. FÉRIAS REMUNERADAS**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235119/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018. Artigos 7º e 12.

prática de embargos econômicos e parafiscalidade, tornando menos atrativos os produtos que tenham origem em relações de trabalho desprovidas de integridade humanitária. Assim, esses países consumidores, incluído o Brasil, os Estados Unidos, o Reino Unido e as lideranças da União Europeia (sobretudo a Alemanha), teriam que enrijecer as exigências de cumprimento de tratados internacionais sobre trabalho para importar produtos de países como a China e as demais localidades dos denominados “cantões asiáticos”, como modo de equalizar a desproporção econômica decorrente do ambiente de precarização trabalhista presente em seus parques industriais.

Por fim, os consumidores finais também teriam que privilegiar o consumo seletivo e sustentável, como forma de rejeição social da escravização massiva de pessoas em países de grande contingente fabril e mão de obra abundante e desqualificada.

Como se pode perceber, essa transição cultural dependeria tanto de conscientização política quanto de engajamento social e, ainda, de uma ampla rearticulação da Organização Mundial do Comércio (OMC) como órgão proeminente nos debates sobre comércio internacional, o que parece algo distante (mas não impossível), sobretudo com a ascensão de um modelo de articulação política pautado por relações bilaterais e por blocos econômicos, cada vez mais refratários à ascendência natural de organizações internacionais de abrangência global, como é a OMC.

De fato, o que se pode dizer é que a cidadania, seja no plano interno ou internacional, não é um presente legado sem sacrifícios pela democracia. É feita de reivindicações e lutas por espaços de fala e de atuação no seio político da comunidade. Se as mudanças da legislação do trabalho no Brasil não forem rapidamente assimiladas pelos segmentos políticos obreiros, de modo a construir seus *firewalls* (barreiras de proteção) em torno de agremiações associativas e fluxos comunicativos informais e institucionais de criticidade intersubjetiva, o mercado, que age por impulso e por instinto de sobrevivência, assimilará essas novas formas de apropriação da força de trabalho de modo rápido e avassalador, tornando cada vez mais difícil para os trabalhadores se inserirem no mercado de trabalho com algum poder de barganha e de contingenciamento empresarial.

A disputa judicial por um discurso de inconstitucionalidade de alguns pontos da reforma trabalhista também é algo indispensável para essa nova dinâmica de enfrentamento, mas não pode ser a única alternativa no cenário de possibilidades. Manter a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e os órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho vivos e operantes também é parte desta luta, assim como o impulsionamento das forças críticas intersubjetivas dos cidadãos, como instrumentos de pressão e constrangimento judicial e

legislativo, já que a deficiência da retórica constitucional trabalhista no discurso judicial do Supremo Tribunal Federal vem se mostrando de forma muito clara nos últimos tempos, com um olhar das relações de trabalho por uma vertente demasiadamente privatística, negando as mais elementares formas de articulação principiológica do direito trabalhista, em injustificável sobreposição do princípio da livre iniciativa ao valor social do trabalho.

Um exemplo recente desta dinâmica de desconstrução do Direito Constitucional do Trabalho foi emulada no julgamento recente do Tema 725 da repercussão geral, no qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela licitude ampla, geral e irrestrita da terceirização trabalhista, em flagrante retrocesso de uma jurisprudência consolidada no ordenamento jurídico pátrio há décadas, sem qualquer preocupação com a justificação desse retrocesso sob a perspectiva do direito como integridade, ou seja, o ordenamento como um todo coerente que lança o olhar interpretativo para o passado institucional e justifica no presente a transição de projetos interpretativos com vistas à uma reconciliação entre a história e a justiça.

O resgate de Helena, portanto, é o resgate do prestígio da retórica constitucional de proteção à dignidade do trabalhador, presente tanto na Justiça do Trabalho quanto nas demais instituições republicanas promotoras dos direitos e garantias sociais. Sem dúvida, são esses ramos especializados da Justiça e das demais instituições republicanas que melhor conferem aplicabilidade e sustentação teórica e prática aos princípios constitucionais norteadores do Direito do Trabalho.

O resgate da retórica constitucional trabalhista no discurso judicial prático deve ser uma agenda de cidadania popular, por que uma lei, como a reforma trabalhista, não pode ser encarada como uma “reforma constitucional sem emendas” e, desse modo, ser referendada pelo Poder Judiciário em todos os seus termos e condições³⁶. Esta seria uma atitude consequencialista (e corporativista) que em nenhuma medida refletiria o Direito do Trabalho em sua integridade, e operaria mudanças jurisprudenciais em um nível de desproporcionalidade inaceitável do ponto de vista de um discurso racional de suas práticas e relações.

³⁶ O Cavalão de Tróia aqui pode ser o próprio instinto de sobrevivência de tais instituições republicanas, a direcionar a atuação de seus discursos práticos pela via da subserviência aos interesses mais evidentes do cenário político atual, perdendo assim a independência funcional na qual se fundam. É importante ter em mente que a manutenção de instituições republicanas vocacionadas à equalização dos conflitos das relações trabalhistas só é viável na medida em que tais instrumentos de sindicabilidade social efetivamente cumpram o seu papel no arranjo político-institucional. Do contrário, ganha força e coró a retórica desconstitutiva de tais instituições, até pelo seu custo econômico, que só se faz justificável pelo relevante papel social que hoje desempenham na imbrincada relação de poder entre empregados e empregadores. Aqui, à toda evidência, a subserviência institucional teria como efeito perverso a própria inutilidade gradativa de tais instrumentos do Estado, com conseqüente enfraquecimento de suas atribuições e da própria justificativa republicana de sua existência.

A Justiça do Trabalho, com toda a sua estrutura, é um repositório de garantia de direitos sociais mínimos, e como tal não pode ser contingenciado por movimentos políticos transitórios de poder (aqui é a própria separação de poderes que se encontra ameaçada com esse tipo de constrangimento institucional).

O Estado brasileiro não pode receber e inserir dentro de suas fronteiras esse Cavalo de Tróia sem um fluxo comunicacional crítico que exclua de suas prescrições os retrocessos inaceitáveis nas relações de trabalho. As instituições do Poder Judiciário também não podem se quedar inertes neste imbrincado momento político de nossa nação, por maiores que sejam os desafios plantados no seio de tais instituições.

Aliás, apenas a manutenção do discurso constitucional trabalhista no seio do Poder Judiciário nacional pode tornar possível o resgate da cidadania perdida com a reforma trabalhista. Uma população inteira de cidadãos depende de salvaguardas institucionais para municiar o seu poder de reação em face da incessante articulação empresarial em torno da redução de custos de produção pela via da cassação de direitos trabalhistas.

A competitividade do produto brasileiro no mercado internacional não pode se transformar em um discurso legítimo de desconstrução do valor social do trabalho. Se assim o for, é a própria população que sofrerá as consequências desse modelo de desenvolvimento que não insere o cidadão sob a perspectiva de participante do crescimento econômico do seu país. Um modelo diverso e mais humanizado é possível e já foi objeto de teorização no campo da Economia.

Amartya Sen representa um símbolo de lucidez e de humanidade nessa área. O seu modelo de desenvolvimento, pautado na concessão de liberdades instrumentais aos cidadãos³⁷, é a única forma justa de crescimento, porque privilegia e avalia o crescimento econômico sob a perspectiva do incremento de condições de dignidade no seio da comunidade cidadã. Milagres econômicos sem distribuição de renda já foram vividos no Brasil e nunca resolveram o problema crônico de concentração de renda que a sociedade experimenta desde seus primórdios. Retirar direitos não é, em nenhuma medida, um incremento de qualidade de vida para os cidadãos (não importa o quanto isso seja “vendido” como solução para os problemas sociais, no fim das contas é apenas uma versão menos abrangente do desenvolvimento econômico).

³⁷ Para maiores esclarecimentos sobre o modelo de desenvolvimento pautado pela aquisição de liberdades instrumentais pelos indivíduos, cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

É importante resgatar, no seio das coletividades, o valor de ser parte da sociedade e da economia ativa, porque o modelo de concentração excessiva de renda e de capitais de produção mostrou-se ineficaz na função de gerar riquezas em níveis satisfatórios para todos os envolvidos. A fruição das comodidades da vida moderna é um pressuposto para a própria manutenção do modo de vida das sociedades modernas. Não há nenhum motivo razoável para se manter nesse modo de vida se em nenhuma medida o respeito à dignidade humana se concretizar nas relações entre os mais ricos e os mais pobres.

Tendo por base essas constatações, chega-se à conclusão de que não há alternativa para a manutenção de direitos trabalhistas senão o resgate de Helena, pondo à mostra essa guerra troiana entre empregados e empregadores e inserindo limites constitucionais à atuação da economia de mercado na vida política do nosso país.

Em última análise, só é legítimo pretender o crescimento econômico se se atrelar o escopo da riqueza ao incremento de dignidade na vida dos cidadãos, rejeitando-se, assim, qualquer alternativa de crescimento que imponha como condição de sucesso a exclusão e a indiferença social.

Nesse passo, é possível concluir que a mitigação do modelo de trabalho atual da sociedade brasileira pela via do contrato intermitente de trabalho só é possível se, respeitados os direitos sociais mínimos previstos na Constituição Federal, os quais não se resumem a meras obrigações pecuniárias, possibilitar-se a fruição efetiva de direitos sociais pelo trabalhador, dotando-o das adequadas condições de usufruto da segurança e saúde do trabalho, o que pressupõe a fruição dos descansos, férias, e interregnos festivos que já compõem o seu patrimônio jurídico mínimo, de modo a equalizar o interesse econômico de crescimento e desenvolvimento com a prerrogativa cidadã de dignidade nas relações laborais, gerando liberdades instrumentais, e não a mera destruição dos atributos da vida social.

6. Referências Bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2017.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. Translated by John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. 2. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Haroldo de Campos. São Paulo: Arx, 2008.

_____. **Odisséia**. Lisboa: Livros Cotovia, 2005.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: Saraiva, 2018.

POCHMANN, Márcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE SHARING ECONOMY AND THE REPUBLIC'S CONSTITUTION OF 1988

Mariane Koressawa Bezerra¹

RESUMO

O artigo abordará a releitura da Economia do Compartilhamento a partir da Constituição Federal de 1988. Objetiva, desse modo, analisar os modos de trabalho dos prestadores de serviço das empresas de compartilhamento a fim de compreender sua inserção ou não nos moldes constitucionais de trabalho digno, assegurado a todo e qualquer trabalhador brasileiro. Inicialmente, discorrerá acerca da Economia de Compartilhamento e suas diversas formas de apresentação nos países que lhe são adeptos. Em um segundo momento, averiguará o desenvolvimento da Economia do Compartilhamento no Brasil a partir de sua maior representante no país, a Uber. Por fim, verificará a existência de possíveis violações aos direitos fundamentais dos colaboradores brasileiros a começar pela interpretação do trabalho desempenhado conforme as normas constitucionais brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Economia do Compartilhamento; Constituição Federal; Uber; Trabalho Digno.

ABSTRACT

The article will address a re-reading of the Sharing Economy from the Federal Constitution of 1988. In this way, it aims to analyze the work modes of service providers of the companies of sharing in order to understand their insertion or not to the constitutional molds of decent work, assured to any and all Brazilian workers. Initially, it will discuss the Sharing Economy and its diverse forms of presentation in the countries that are adept to it. In a second moment, it will investigate the development of the Sharing Economy in Brazil from its greater representative in the country, Uber. Finally, it will verify the existence of possible violations to the fundamental rights of the Brazilian collaborators from the interpretation of the work performed according to the Brazilian constitutional norms.

KEYWORDS: Sharing Economy; Federal Constitution; Uber; Decent Work.

1 Introdução

A Economia do Compartilhamento está presente em diversos países do globo, como os Estados Unidos, Bélgica, Alemanha, Espanha, Austrália, China, Brasil, entre outros².

¹ Advogada Trabalhista. Pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Integrante do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da Universidade de Brasília (UnB) e do Grupo de Pesquisa de “Direito do Trabalho” do Instituto Brasiliense de Direito Público (GPDT-IDP). Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/DF.

Sendo composta por empresas majoritariamente tecnológicas, as empresas de economia colaborativa participam de vários setores da economia, principalmente o da prestação de serviços, razão pela qual plataformas como o Airbnb, TaskRabbit, Uber, Lyft e BlaBlaCar já constituem corporações bilionárias de capital de risco³.

O novo modelo de economia sugere a colaboração entre pessoas, desde produtos e serviços até qualquer atividade ou dom que possa ser monetarizado e comercializado online.

No Brasil, a plataforma que mais se destaca é a Uber, que se autodenomina uma “plataforma de serviço de transporte individual privado intermediado por tecnologia”, cujo objetivo principal seria, em outras palavras, facilitar a mobilidade urbana por meio da colaboração de prestadores terceiros independentes⁴.

Contudo, o modo como o trabalho é desempenhado por intermédio das empresas de Economia do Compartilhamento atualmente levanta questões acerca de sérias violações aos direitos fundamentais dos prestadores de serviço, principalmente os direitos trabalhistas.

Dessa maneira, é imprescindível que os novos modos de trabalho da Economia do Compartilhamento sejam interpretados conforme a Constituição da República de 1988, a fim de se analisar as possíveis violações à dignidade humana dos trabalhadores brasileiros.

2 A Economia de Compartilhamento

A Economia de Compartilhamento⁵ pode ser compreendida como uma nova modalidade de comércio, na qual as pessoas são incentivadas a trocar, alugar, emprestar, comercializar ou compartilhar bens e serviços a partir de processos colaborativos *peer-to-peer*⁶ (P2P).

² SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

³ SLEE, Tom, op. cit.

⁴ Uber. *Como o transporte individual privado por aplicativos tem sido regulamentado no Brasil*. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/transporte-individual-privado-aplicativos-regulamentado-brasil/>> Acesso em 15 jun 2018.

⁵ Em inglês, *Sharing Economy*. Wikipédia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Economia_do_compartilhamento#Conceito>. Acesso em 17 jun 2018.

⁶ *Peer-to-peer* é “uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central”. Wikipédia. Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>>. Acesso em 17 jun 2018.

Segundo Rachel Botsman⁷, a Economia de Compartilhamento também pode ser conceituada como:

"(...) um sistema econômico baseado na partilha de ativos ou serviços subutilizados, gratuitamente ou por uma taxa, diretamente de indivíduos. Baseia-se em grande parte com base em mercados peer-to-peer que dependem da cola social de confiança entre estranhos. Os "fornecedores" nesses mercados são frequentemente chamados de "microempreendedores"⁸.

Nesse sentido, mediante a utilização de plataformas online, diversas atividades corriqueiras no dia-a-dia dos indivíduos são comercializadas, de modo que os usuários dão preferência ao acesso e não à propriedade dos bens e/ou serviços.

Dessa maneira, diversas *startups*⁹ de compartilhamento surgiram nos últimos anos a fim de facilitar conexões entre os indivíduos, criando mercados de redistribuição, de estilos de vida cooperativos ou, ainda, de serviços de produto¹⁰.

Mercados de redistribuição são os que possibilitam a troca de bens entre os usuários conforme a “coincidência de querereres”, como o *Swaptree*, aplicativo no qual é possível ao indivíduo A despojar-se de objeto, para ele ocioso, em troca de um outro produto que deseje e que, coincidentemente, seja ocioso para o outro indivíduo B, também a procura do produto de A¹¹.

Mercados de estilos de vida cooperativos são aqueles nos quais se compartilha dinheiro, habilidades e tempo. Por exemplo, um indivíduo A que, possuindo um espaço vazio em seu quintal, combine com o indivíduo B, “aspirante a agricultor”, que ambos criarão uma pequena horta. É o caso de aplicativos como o *Landshare*¹².

Por fim, o mercado de sistema de serviços de produtos é aquele no qual o usuário aluga determinados produtos para outrem como, por exemplo, o indivíduo que aluga sua furadeira para seus vizinhos¹³.

⁷ Líder global em Economia do Compartilhamento, a autora pesquisa sobre os impactos globais da economia do compartilhamento nos mercados capitalistas. Disponível em: <https://rachelbotsman.com/>

⁸ BOTSMAN, Rachel. *Sharing Economy & Trust*. Disponível em: <https://rachelbotsman.com/thinking/>. Acesso em 17 jun 2018.

⁹ Grupo de pessoas que trabalham com modelo de negócios repetível e em larga escala, cujo crescimento tende a ser exponencial e que operam, substancialmente, com alto grau de incerteza. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/> Acesso em 17 de jun 2018.

¹⁰ BOTSMAN, Rachel. *The Case for Collaborative Consumption*. TED Talk. Disponível em: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption Acesso em: 17 jun 2018.

¹¹ BOTSMAN, op. cit.

¹² BOTSMAN, Rachel. *The Case for Collaborative Consumption*. TED Talk. Disponível em: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption Acesso em: 17 jun 2018.

¹³ BOTSMAN, op., cit.

Diversos outros exemplos de plataformas podem ser citados, como assinala Botsman:

Estamos compartilhando nossos carros no Whipcar, nossas bicicletas no Spinlister, nossos escritórios no Loosecubes, nossos jardins no Landshare. Estamos emprestando e pegando emprestado dinheiro de estranhos no Zopa e no Lending Club. Estamos trocando conhecimentos sobre tudo, desde como fazer sushi até como codificar, no Skillshare, e estamos compartilhando até nossos animais de estimação no DogVacay. Bem-vindos ao maravilhoso mundo do consumo colaborativo que está nos habilitando para reunir o “querer” com o “ter” de formas mais democráticas¹⁴.

Dessa forma, a Economia do Compartilhamento sugere a conexão entre pessoas desconhecidas com a finalidade de estimular transações comerciais que viabilizem interações sociais saudáveis, com a ideia de que o ser humano passa a “consumir para conhecer seus vizinhos”¹⁵, descartando a ociosidade de produtos que possua, evitando o consumismo exacerbado e, até mesmo, utilizando de seu tempo livre, dons ou serviços em prol de outras pessoas.

Nesse sentido, dissemina-se a concepção de que pessoas comuns, sem comprometer suas rotinas ou liberdade pessoal, compartilham bens pessoais e/ou atributos físicos, intelectuais, entre outros, com desconhecidos, podendo até mesmo aproveitar ganhos em seus orçamentos mensais.

Em verdade, a permuta, o arrendamento e a prestação de serviços são institutos já conhecidos e regulados pelo Direito. Contudo, o que diferencia as empresas baseadas em Economia de Compartilhamento das já conhecidas práticas mencionadas é a escala na qual as referidas transações ocorrem, o que implica em alterações sensíveis na economia e comércio globais, assim como na vida dos indivíduos, adeptos ou não da *Sharing Economy*.

De fato, grandes representantes da Economia de Compartilhamento como o Airbnb, Lyft, Uber, BlaBlaCar, Didi e TaskRabbit são, na verdade, grandes corporações, ancoradas em altíssimo montante de capital de risco, que operam por meio de aplicativos ou *websites* e movimentam milhões anualmente na economia mundial, além de possuírem notáveis investidores, como Peter Thiel, fundador do PayPal, e o CEO da Amazon, Jeff Bezos. Dessa maneira, são macro organizações comerciais tecnológicas¹⁶.

¹⁴ Idem, *The Currency of the New Economy is Trust*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_currency_of_the_new_economy_is_trust> Acesso em: 17 jun 2018.

¹⁵ BOTSMAN, op., cit.

¹⁶ SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

É possível destacar três tipos de serviços que, atualmente, são mais expressivos na Economia do Compartilhamento: hospedagem (43%), transporte (28%) e educação (17%), cujas empresas mais bem sucedidas do ramo possuem arrecadações de fundo expressivas¹⁷:

(...) Até agosto de 2015, o Airbnb elevou sua arrecadação de fundos a expressivos US\$ 2,3 bilhões, o Lyft alcançou US\$ 1 bilhão, e sua competidora, a Uber, (...) havia amealhado US\$ 7 bilhões¹⁸.

Entretanto, embora a ideia inicial da Economia do Compartilhamento seja o incentivo ao consumo colaborativo¹⁹, mediante a confiança entre desconhecidos e o posterior empoderamento daqueles indivíduos que compartilham visando o bem comum, o uso coletivo e trocas comerciais que gerem interações humanas preenchidas de significado, percebe-se que as empresas alteram prejudicialmente o modo de consumo e as formas de trabalho da sociedade.

Nessa senda, apesar de sugerirem um novo modo de abordagem da oferta e da demanda nos diversos mercados criados, as empresas da Economia do Compartilhamento são reguladas por intenso autointeresse corporativo que objetiva expandir o livre mercado para as áreas privadas da vida dos indivíduos em benefício de altos ganhos financeiros dessas mesmas corporações²⁰. É a razão pela qual determinadas *startups* de economia do compartilhamento, utilizando-se da prestação de serviços, ultrapassam a esfera da colaboração “entre vizinhos” e do empoderamento individual para transformarem-se em novas formas de precarização do trabalho humano.

3 A Economia de Compartilhamento e o Trabalho

3.1 O *TaskRabbit*

Exponente nos Estados Unidos e Reino Unido, o *TaskRabbit* é uma das empresas de Economia do Compartilhamento mais bem sucedidas no ramo da prestação de serviços, cujo objetivo inicial resumia-se em conectar, mediante plataforma online, consumidores que

¹⁷ SLEE, Tom, op., cit.

¹⁸ Ibidem, p. 43 Vale mencionar que os números correspondem à época da pesquisa. Atualmente, por exemplo, a Uber já possui capital estimado em US\$ 70 bilhões, sendo mais valiosa que as grandes empresas de aluguel de carros como a Hertz, Avis e Enterprise.

¹⁹ "A reinvenção dos comportamentos tradicionais de mercado - alugando, emprestando, trocando, compartilhando, trocando, presenteando - através da tecnologia, ocorrendo de maneiras e numa escala não possíveis antes da internet. Um princípio chave subjacente é a "capacidade ociosa": o poder da tecnologia para desvendar o valor social, econômico e ambiental dos ativos subutilizados". BOTSMAN, Rachel. *Collaborative Consumption (2010)*. Disponível em <<https://rachelbotsman.com/thinking/>>. Acesso em 17 jun 2018.

²⁰ SLEE, Tom, op., cit.

desejassem terceirizar a realização de tarefas básicas de seu dia-a-dia para terceiros dispostos a realizá-las por determinado valor²¹.

Dessa maneira, o cliente disponibilizava no aplicativo a tarefa que gostaria que fosse realizada e diversas pessoas poderiam sugerir o valor mediante o qual realizariam aquela tarefa. As atividades, contudo, tratavam-se majoritariamente de compras de supermercado, pequenos consertos domésticos, entre outras.

Inicialmente, o aplicativo sugeria que as pessoas, em seu tempo livre, poderiam realizar as atividades disponibilizadas pelos clientes no aplicativo como um meio de aumentar sua renda, além de se relacionar com outras pessoas e colaborar para a vida em comunidade.

Contudo, a realidade de grande parte dos *taskers*²² traduz-se em pessoas que, em face do desemprego, buscam alternativas para gerar renda e sobreviver. De fato, é comum encontrar usuários do aplicativo que utilizam as atividades como fonte única ou principal de renda, trabalhando todos os dias da semana e realizando as mais diversas atividades durante o dia²³.

Como exemplo, cita-se o caso de David Cordova, em entrevista concedida à revista norte-americana *Times*²⁴:

Eu tinha acabado de perder meu emprego na indústria financeira (...) Originalmente, comecei a trabalhar com eles como uma maneira de ter um pouco mais de dinheiro.

Horas: cerca de seis horas por dia, mas isso depende de quanto tempo as tarefas demoram. Os trabalhos normalmente são executados em duas horas, e eu tento agendar dois a três por dia. Eu tento continuar de segunda a sexta, mas recentemente estendi até sábado.

Sua taxa: US\$ 25 por hora para eventos e US\$ 60 ou US \$ 65 por hora para tarefas de levantamento pesado e montagem de móveis; US\$ 80 por hora para se mudar. Eu comprei minha própria van e aumentei minha taxa horária porque eu tenho que pagar gasolina e pedágio. (...)

Quanto ele faz: posso ganhar de US\$ 500 a US\$ 750 por semana. Quando eu realmente trabalho duro, posso ganhar cerca de US \$ 4.000 por mês.

Trabalho mais louco: (...) Eu tive que ficar do lado de fora de uma escola para crianças de um a três anos e dizer às babás e mães onde estacionar seus carrinhos. Eu fiz isso por oito dias. (...) Além disso, também obtive algum trabalho administrativo, mas a empresa realmente não precisou de assistência administrativa. Eles só precisavam de pessoas para se sentarem lá, então quando os clientes saíam do prédio eles não passavam por um quarto vazio.

²¹ SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html> > Acesso em 15 jun 2018.

²² Colaborador do TaskRabbit.

²³ SINGER, Natasha, op., cit.

²⁴ ZIMMERMANN, Jackie. This is What it Takes to Make \$2,000 a Week Working on TaskRabbit. Disponível em: <http://time.com/money/3714829/working-for-taskrabbit/> > Acesso em 17 jun 2018.

Assim como o entrevistado, diversos trabalhadores diariamente precisam organizar sua agenda, sem qualquer previsibilidade no tocante às tarefas que irão realizar, seu tempo de duração, grau de dificuldade e, ainda, qual valor terão recebido ao final de cada dia.

Ressalta-se também que a diversidade das atividades desempenhadas, desde trabalhos domésticos a eventos, impossibilita o desenvolvimento do trabalhador, não somente pela natureza das atividades desenvolvidas (montagem de armários, lavagem de roupas, entre outros), mas porque se nega o aperfeiçoamento pessoal pelo exercício de uma profissão ou atividade regular.

Além disso, há de se mencionar que o aplicativo conecta não somente indivíduos, mas pessoas comuns às empresas que, valendo-se da precarização do trabalho, utilizam o aplicativo para angariar mão-de-obra, como os casos dos *taskers* Jonatham Lal e Brian Schrie, que trabalharam para empresas de eventos por intermédio do aplicativo²⁵:

(...) ganhei US\$ 70 por hora para dobrar camisetas para uma empresa iniciante. Eles deveriam vir dobrados, e a companhia estava desesperada para colocá-los dobrados antes de um evento.

Eu ajudei em um evento de mídia para a abertura de um parque pela Union Square, em San Francisco, e consegui conhecer o prefeito.

Portanto, embora a ideia inicial do TaskRabbit fosse a obtenção de renda extra mediante a solidariedade entre vizinhos, o aplicativo funciona principalmente como intermediador de trabalhadores que, desempregados ou subempregados, aderem aos mais diversificados trabalhos, sendo-lhes negado desenvolvimento e emancipação individual.

Vale mencionar que diversos aplicativos da Economia do Compartilhamento são utilizados ao mesmo tempo pelas pessoas, que diariamente alternam entre tarefas no TaskRabbit e corridas pelo Uber ou Lyft, ou cedem seus cômodos ou imóveis inteiros pelo Airbnb, como forma de não se manterem desocupados e poderem sobreviver.

À guisa de conclusão, transcreve-se a entrevista de Jennifer Guidry, veterana da marinha e ex-contadora, usuária das plataformas Uber, Lyft, Sidecar, TaskRabbit e Airbnb, cuja rotina em 24h foi assim descrita²⁶:

Por volta das 4h30, Guidry (...) pegou o TaskRabbit em seu laptop para verificar se havia alguma oferta. Ela rolou pelo Craigslist, onde ocasionalmente trabalha como chef particular (...). Ela olhou para o sofá-cama em sua mesa, refletindo em voz alta se poderia alugar pelo Airbnb (...). Resignada, a Sra. Guidry ativou seu Iphone Uber (...) Em seu telefone pessoal

²⁵ ZIMMERMANN, Jackie. This is What it Takes to Make \$2,000 a Week Working on TaskRabbit. Disponível em: <http://time.com/money/3714829/working-for-taskrabbit/> Acesso em 17 jun 2018.

²⁶ SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html> > Acesso em 15 jun 2018.

Samsung Galaxy, ela ativou os modos de *driver* para seus aplicativos Lyft e Sidecar (...). Pouco mais de uma hora depois, a sra. Guidry voltou pra casa, depois de ter concluído a largada do aeroporto (...). Ela faria uma segunda corrida no aeroporto, depois voltaria para acordar a família e preparar o café da manhã. (...) Com a bolsa cheia de ferramentas (...) foi de carro até uma casa a alguns quilômetros de seu apartamento em uma tarefa do TaskRabbit (...). Os clientes (...) já tinham contratado Guidry para montar um carrinho de madeira para seu filho (...). Agora ela deveria proteger um baú que continha sua porcelana de casamento e taças de cristal. (...) Mais tarde, ela ajustou um portão de segurança para crianças no topo de uma escada. Depois disso, ela pendurou uma campainha de vento na varanda dos fundos. (...) Mais tarde, transportou passageiros por algumas horas (...) (foi) ao supermercado para comprar mais ingredientes para as refeições do cliente. (...) Por volta da meia-noite, ela retornou ao modo motorista, levando os moradores de Boston para os clubes do centro e para festas locais (...) até 5 a.m.

Como se pode observar, diariamente os “ajudantes” são confrontados com serviços pontuais, num regime de trabalho fragmentado, marcado pela incerteza e por longas horas de trabalho, déficit de sono e sem qualquer proteção jurídica²⁷.

Assim sendo, a falta de continuidade na prestação de um trabalho impacta sensivelmente em sua formação humana, de modo que pesquisadores norte-americanos²⁸ já afirmam que as tarefas desenvolvidas nas Economias de Compartilhamento “não são empregos, empregos que tem futuro, empregos que tem a possibilidade de atualização; isso é trabalho arbitrário e contingente”.

Embora a plataforma *TaskRabbit* ainda não esteja operando no Brasil, o fato é que não se pode ignorar as novas formas de trabalho humano que se desenvolvem fortemente em países de significativa influência na economia, mercado e, até mesmo, cultura brasileiras.

Em verdade, os *taskers* já computavam, à época da reportagem, mais de 30 mil pessoas, operando em 19 áreas metropolitanas dos EUA e Londres, tendo levantado mais de US\$ 38 milhões em investimentos, e o fenômeno tende a ser crescente²⁹.

Por certo, o mundo do trabalho há muito passou a ser globalizado, assim como a economia, de modo que mudanças tão significativas na morfologia do trabalho em países como os Estados Unidos impactam no modo de trabalho dos brasileiros.

Indubitavelmente, as diversas empresas de *Sharing Economy* possuem características em comum no tocante à utilização de prestadores de serviço ou, como preferem denominá-los, “colaboradores” ou “microempreendedores”, de modo que diversas características se

²⁷ SINGER, Natasha, op., cit.

²⁸ Sara Horowitz, fundadora e diretora executiva da Freelancers Union; Dean Baker, economista e co-diretor do Centro de Pesquisa Econômica e Política em Washington; Stanley Aronowitz, diretor do Centro para o Estudo da Cultura, Tecnologia e Trabalho no Centro de Pós-Graduação da Universidade da Cidade de Nova York. Para mais, acessar: SINGER, Natasha, op., cit.

²⁹ SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

aplicam igualmente às empresas como a Uber, Lyft, Didi e TakRabbit, razão pela qual o estudo dos fenômenos observados com os *taskers* mencionados, por exemplo, podem ser estendidos aos motoristas da Uber ou do Lyft, o que permite maiores discussões sobre a Economia do Compartilhamento no Brasil.

3.2 A Uber

Fenômeno mundial, a Economia de Compartilhamento de mobilidade é movimento notório e crescente, cujos representantes são macro organizações de sucesso como a Uber, Lyft, BlaBlaCar, Didi, ZipCar, entre outros, prestando serviços de compartilhamento de viagens de curta ou longa distância, sendo algumas largamente utilizadas pelos brasileiros.

A Uber³⁰, corporação bilionária cujo segundo maior cliente é o Brasil³¹, foi fundada em junho de 2010 e atualmente está presente em mais de 65 países, contando com mais de 3 milhões de motoristas no mundo. Em relação ao Brasil, está presente em mais de 100 cidades brasileiras e possui mais de 500 mil motoristas e mais de 20 milhões de usuários brasileiros. Realiza, em média, mais de 15 milhões de viagens por dia no mundo³².

A empresa baseia-se na ideia de que o compartilhamento de viagens movimenta a economia na medida em que permite aos motoristas uma geração de renda viável, além de estimular a vivência comunitária, o acesso às cidades e, ainda, preservar o meio ambiente, permitindo praticidade e menores custos aos passageiros³³.

Disponibiliza, para tanto, diversos serviços aos motoristas e passageiros, como seguros de viagens, proteção (mediante compartilhamento das viagens com familiares), assistência 24h no aplicativo e telefone emergencial, além de tabelas práticas em seu *website* e aplicativo para auxiliar os motoristas a calcular seus ganhos de maneira fácil e transparente³⁴.

A empresa ainda oferece vantagens exclusivas para aqueles que desejam adquirir um carro para trabalhar na plataforma, assim como planos de celulares (para fins de utilização do

³⁰ Uber é uma “empresa de tecnologia que está transformando a maneira como as pessoas se movimentam pelas cidades. Ao conectar, de forma simples, motoristas parceiros e usuários através de nosso app, ajudamos a deixar cidades mais acessíveis, oferecendo mais opções para usuários e mais oportunidades de negócios para motoristas parceiros”. *A Uber*. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em 15 jun 2018.

³¹ Informação disponibilizada no site *Valor*. Disponível em <<https://www.valor.com.br/empresas/5743141/uber-investe-r-250-milhoes-em-centro-tecnologico-no-brasil>>. Acesso em 16 jun 2018.

³² *A Uber*. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em 15 jun 2018.

³³ Uber. Disponível em <<https://www.uber.com/br/en/drive/>> Acesso em 15 jun 2018.

³⁴ Uber, op., cit.

aplicativo), descontos em manutenção dos automóveis e em combustível, além de desenvolvimento profissional por meio de vantagens em cursos de idiomas, negócios, finanças pessoais, entre outros³⁵.

O mais atraente, contudo, é a ideia de que o motorista poderá definir seu próprio horário de trabalho, assim como receber semanalmente os lucros de suas viagens³⁶.

Entretanto, apesar dos aparentes benefícios assegurados, percebe-se que a empresa comporta-se de maneira a não se responsabilizar por nenhum de seus “parceiros” ou clientes, envolvendo-os em incertezas, determinando o montante que irão receber, estipulando – ou melhor, definindo – jornadas mínimas de trabalho e controlando-os por meio de pontuações. É o que se abordará a seguir.

3.2.1 O modelo de trabalho na Uber

Ao se habilitar para dirigir na Uber³⁷, a pessoa física é informada sobre as expectativas de ganhos semanais que obterá caso possua “disciplina e controle dos custos”, sendo-lhe comunicado que:

Em média, os parceiros que dirigem de 15 a 30 horas por semana com a Uber tem ganhos líquidos de R\$ 180,00 a R\$ 350,00 por semana, já tirando a taxa Uber e custos com combustível.

Já aqueles que dirigem mais de 40 horas na semana, tirando o combustível e a taxa Uber, tem ganhos líquidos de em média R\$480,00 por semana ou mais³⁸.

Como se observa, a empresa indiretamente induz o motorista iniciante à determinadas jornadas de trabalho, indicando-lhe o modo de trabalho dos motoristas já habilitados como modelo para lucratividade.

Contudo, de acordo com o site da empresa, o valor das corridas varia de acordo com o tempo e distância percorrida em cada viagem. Nesse sentido, assim também varia a taxa devida à Uber³⁹.

É preciso salientar que a própria corporação define não somente o valor da viagem mas também a porcentagem que cobrará sobre essa viagem (taxa). Além disso, realiza a cobrança do passageiro em nome do parceiro – como “agente limitado de cobrança” do

³⁵ Uber, op., cit.

³⁶ Uber, op., cit.

³⁷ A autora, para fins de pesquisa, habilitou-se na Uber como motorista.

³⁸ Dados enviados por e-mail à autora pela empresa.

³⁹ Uber. Disponível em <<https://www.uber.com/br/en/drive/>>

prestador terceiro –, repassando semanalmente o valor líquido das viagens, já excetuadas as referidas taxas⁴⁰.

Interessante mencionar, ainda, que os termos e condições contidos no contrato com a empresa definem que poderá ela: (i) “limitar os preços cobrados em espécie”; (ii) determinar à seu critério promoções e créditos aos passageiros; (iii) alterar discricionariamente formas de funcionamento do aplicativo (o que implica sensivelmente nos ganhos dos motoristas); (iv) estabelecer, remover e/ou revisar o preço relativo a todos os serviços; (v) além de aumentar os preços quando a oferta de serviços for menor que a demanda⁴¹.

Dessa maneira, pode-se perceber que a empresa define e altera os valores das viagens ou, em outras palavras, a remuneração dos parceiros, assim como define as regras de cobrança e recebimento desses valores, repassando-os aos parceiros. Ainda é possível até mesmo que os remunere diretamente, quando agracia clientes com créditos promocionais que, não ocasionalmente, lhes proporcionam corridas gratuitas, oportunidades nas quais repassa o valor devido aos motoristas⁴².

Outra característica relevante refere-se às normas de conduta e desligamento aplicáveis aos parceiros da Uber. Ocorre que a empresa possui arcabouço rígido de regras acerca do comportamento esperado dos motoristas e usuários, além de Código de Conduta da Comunidade⁴³, Políticas de Desativação⁴⁴, entre outros, cujo objetivo é assegurar a boa reputação e confiabilidade da própria empresa.

Efetivamente, os parceiros são instruídos sobre como se portar durante a prestação do serviço – conferir o nome do cliente antes de recebê-lo no interior do veículo, não dialogar a menos que o cliente tome a iniciativa, uso do ar condicionado e música ambiente, manter o veículo devidamente higienizado, entre outros –, de maneira a serem bem avaliados pelo cliente ao final da viagem⁴⁵.

Entretanto, a avaliação mútua realizada – pois os clientes também são avaliados pelos motoristas – vai além da mera pesquisa de satisfação. Em verdade, os parceiros que durante o

⁴⁰ Uber, op., cit.

⁴¹ Uber. *Termos*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em 17 junh 2018.

⁴² Uber, op. cit.

⁴³ Uber. *Guia de Comunidade*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/guia-comunidade-uber/>> Acesso em 15 jun 2018.

⁴⁴ Uber. *Política de Desativação*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/>> Acesso em 15 jun 2018.

⁴⁵ Informações concedidas por entrevistado.

prazo de 30 dias não alcançam avaliações entre 4.80 e 4.90 (no total de 5 estrelas)⁴⁶ são prontamente desligados do aplicativo, conforme determinado pela política de desativação acima mencionada⁴⁷.

Indispensável, inclusive, é fazer alusão às metas impostas pela empresa aos seus parceiros. Em verdade, os motoristas são instigados a cumprir metas sob pena de desativação do aplicativo, o que significa que possuem um tempo mínimo aceitável de uso da plataforma e de viagens.

Conseqüentemente, são obrigados a aceitar 90% das corridas que lhe são oferecidas⁴⁸, devendo alcançar taxas de aceitação dentro da média de sua cidade, não ultrapassar as taxas de cancelamento estipuladas ou, ainda, não permanecer online sem disponibilidade imediata para a prestação do serviço⁴⁹.

Isto posto, constata-se que a Uber (i) define a remuneração dos motoristas, cobrando dos passageiros em nome dos condutores ou pagando-a diretamente; (ii) define regras sólidas acerca do comportamento dos parceiros a fim de assegurar a reputação da empresa, submetendo-os a constantes avaliações e exigindo-lhes notas máximas, sob pena de desligamento; (iii) definem metas acerca do número de viagens que devem ser aceitas e/ou podem ser recusadas⁵⁰.

À vista disso, pode-se concluir que a corporação exerce forte controle sobre os prestadores de serviços, não somente no que toca à sua liberdade pessoal mas, principalmente, no que se refere à prestação do serviço.

Abertamente, a empresa declara em seu contrato com os trabalhadores que “os serviços e todos os direitos sobre eles são e permanecerão de propriedade da Uber (...)”⁵¹, acrescentando que os usuários concordam em:

(...) indenizar e manter a Uber (...) por todas e quaisquer reclamações, cobranças, prejuízos, responsabilidades e despesas (...) decorrentes ou relacionados: (i) ao uso dos Serviços, de serviços ou bens obtidos por meio do uso dos serviços; (iv) violação dos direitos de terceiros, inclusive Prestadores Terceiros⁵².

⁴⁶ Dados referentes à cidade de São Paulo capital.

⁴⁷ Média de Avaliação - Manter uma média de avaliação por parte dos usuários da plataforma abaixo da média de avaliação da cidade. *Política de Desativação*. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/>> Acesso em 15 jun 2018.

⁴⁸ SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

⁴⁹ Uber. *Políticas de desativação*, op. cit.

⁵⁰ Uber. *Termos*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em 17 junh 2018.

⁵¹ Uber. op., cit.

⁵² Uber, op., cit.

Nesse sentido, coloca-se como proprietária da prestação de todo e qualquer serviço ou bem obtido por meio do “uso dos serviços”, ou seja, do aplicativo. Dessa maneira, define que deverá ser indenizada até mesmo por prejuízos ou despesas causadas aos seus trabalhadores.

Fica claro, portanto, que os motoristas da Uber não são meros prestadores de serviços independentes mas que, seguramente, experimentam certo grau de subordinação à empresa.

Apesar da conclusão alcançada, a Uber declara, hialinamente, nos termos contratuais firmados com os parceiros e usuários que “prestadores parceiros independentes não são empregados(as) e nem representantes da Uber, nem de qualquer de suas afiliadas”⁵³, ao passo em que é reconhecido que o uso dos aplicativos das empresas de Economia do Compartilhamento pelos clientes fundamenta-se necessariamente na confiança na empresa em si, e não necessariamente no prestador do serviço⁵⁴.

Logo, as pessoas utilizam o aplicativo não apenas pela confiança no motorista, mas principalmente pela confiança na reputação da empresa, de maneira que é incorreto desconsiderar os trabalhadores como legítimos representantes da Uber.

Em suma, apenas para fins de reforçar o argumento, é preciso ressaltar que a corporação salienta – em seu Guia da Comunidade – que “o respeito entre todos é o mais importante para continuar confiando na plataforma” ou, em outras palavras, na empresa. Assim sendo, o controle exercido sobre os motoristas é uma forma de garantir a idoneidade empresarial.

3.3 A Precarização do Trabalho nas Economias de Compartilhamento

As empresas de Economia de Compartilhamento, adeptas da ideia da colaboração entre pessoas em prol do fortalecimento dos laços comunitários, inegavelmente transformou os modos de consumo da sociedade. Por meio da tecnologia, é possível compartilhar bens e

⁵³ Uber, op, cit.

⁵⁴ “Mas, estudando centenas de redes e mercados, existe um padrão que as pessoas seguem, que eu chamo de “escalando o monte da confiança”. Vou usar o BlaBlaCar como um exemplo real. No primeiro nível, temos de acreditar (...) que a ideia de compartilhar uma corrida é segura (...). O segundo nível refere-se a confiar na plataforma, que o BlaBlaCar vai nos ajudar se algo der errado. E o terceiro nível refere-se a usar poucas informações para decidir se a outra pessoa é de confiança”. BOTSMAN, Rachel. *We've stopped trusting institutions and started trusting strangers*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_we_ve_stopped_trusting_institutions_and_started_trusting_strangers/transcript> Acesso em 15 jun 2018.

serviços mediante a confiança depositada nas plataformas digitais e, conseqüentemente, em pessoas desconhecidas⁵⁵.

As mudanças experimentadas nas formas de consumo alteraram o mundo do trabalho, de maneira que expressivos contingentes populacionais utilizam-se dos aplicativos na busca de renda extra ou, como em muitos casos, como única forma de sobrevivência, conforme pontuou Sara Horowitz ao referir-se à *Sharing Economy*: “As pessoas estão fazendo isso em meio à estagnação salarial e à desigualdade de renda, e precisam fazer essas coisas para sobreviver”⁵⁶.

A maneira como os trabalhos são desempenhados ou, até mesmo, sua natureza, tem gerado a crítica de diversos economistas e pesquisadores norte-americanos que alertam que, embora a fragmentação da mão-de-obra não seja algo novo no mercado, ela aparenta ser novidade quando acompanhada de alta tecnologia, mediante o uso de plataformas digitais e *websites*, com novas denominações como “economia dos pares”, “economia colaborativa” ou “economia compartilhada”⁵⁷.

Por certo, a sugestão de que os trabalhadores possuem autogestão e variedade na prestação de serviços, elaborando seus próprios cronogramas e escolhendo as atividades que irão desempenhar – além de poderem trabalhar para “seus pares” e não para “chefes” ou corporações “sem rosto” – objetiva mascarar a situação fática de precarização laboral que enfrentam⁵⁸.

Com efeito, a Economia do Compartilhamento apenas democratizou serviços “de luxo” antes desempenhados por profissionais em tempo integral, como motoristas, chefs de cozinha e assistentes pessoais, hoje caracterizados, contudo, com a marca da ocasionalidade⁵⁹.

Defendem os economistas que as empresas da *Sharing Economy* crescem exponencialmente devido ao fraco mercado de trabalho mundial, pois os indivíduos não

⁵⁵ BOTSMAN, Rachel. *We've stopped trusting institutions and started trusting strangers*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_we_ve_stopped_trusting_institutions_and_started_trusting_strangers/transcript> Acesso em 15 jun 2018.

⁵⁶ SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html>> Acesso em 15 jun 2018.

⁵⁷ SINGER, Natasha, op. cit.

⁵⁸ SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html>> Acesso em 15 jun 2018.

⁵⁹ SINGER, Natasha, op. cit.

conseguem empregos em tempo integral, sujeitando-se a trabalhos temporários que, na verdade, são mais acessíveis.

De fato, os falsos microempreendedores da Economia do Compartilhamento são encorajados pelas grandes corporações a aceitar ocupações pontuais, intermitentes, precárias e sem quaisquer benefícios ou proteções básicas de emprego⁶⁰.

Deveras, frisam que o modelo de trabalho criado incentiva, por demasiado, a concorrência entre os trabalhadores, acentuando sua individualidade, colocando-os “uns contra os outros”, vez que competem entre si pelos mesmos trabalhos e, assim sendo, estipulam preços cada vez menores por seus serviços, sem qualquer freio regulatório⁶¹.

A competição torna-se ainda mais intensa dadas as avaliações aos quais são submetidos pelas empresas – como a reputação de estrelas da Uber ou o novo algoritmo do TaskRabbit, que conecta os clientes à *taskers* com determinadas habilidades e orçamentos – de modo que muitos trabalhadores afirmam que, a depender da alteração no modo de funcionamento do aplicativo, passam a ter mais ou menos ofertas de serviços⁶².

A precarização é intensificada, portanto, pelas frequentes alterações implementadas no aplicativo, pois coagem os “colaboradores” a elaborarem constantes estratégias de serviço, preços ou a diversificarem cada vez mais suas atividades a fim de manterem uma carta de clientes considerável, como informa Horowitz: “Ter um portfólio diversificado é a melhor proteção”⁶³.

Outro ponto relevante, apontado pelos referidos pesquisadores, é que muitos colaboradores percebem menos que o salário mínimo observados os gastos demandados com a prestação do serviço, como as taxas devidas aos aplicativos, as despesas, impostos e seguros que adquirem por conta própria⁶⁴.

Deveras, os mercados online vigentes encontram novas maneiras de monetizar a mão-de-obra e bens, levando as pessoas a se auto-explorarem, sem qualquer proteção formal

⁶⁰ SINGER, Natasha, op. cit.

⁶¹ SINGER, Natasha, op. cit.

⁶² SINGER, Natasha, op. cit.

⁶³ SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html> > Acesso em 15 jun 2018.

⁶⁴ SINGER, Natasha, op. cit.

adequada capaz de lidar com as assimetrias observadas na prestação de trabalhos contingentes, faltando-lhes a mínima proteção jurídica e segurança⁶⁵.

Em suma, a relação observada entre as empresas da Economia do Compartilhamento e seus parceiros as tornam verdadeiras “corretoras de mão-de-obra”⁶⁶.

4 A Constituição Federal de 1988 e a Economia do Compartilhamento: uma leitura constitucional das formas de prestação de serviços

O episódio da Economia do Compartilhamento é global e, certamente, irreversível, alcançando os mais diversos países. O Brasil, que já experimenta essa realidade, precisa promover a interpretação e o acolhimento das novas morfologias do trabalho então aventadas de acordo com a Carta Magna de 1988, de maneira a garantir a devida regulação e, portanto, a proteção de diversos trabalhadores.

4.1 A Constituição da República de 1988 e o Estado Democrático de Direito

A Constituição da República de 1988 estrutura-se em três pilares essenciais: o Estado Democrático de Direito; a forte carga principiológica humanística e social; e a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶⁷

A Carta Magna de 1988 marcou a inauguração, no Brasil, de nova fase do constitucionalismo, compreendida como constitucionalismo humanista e social contemporâneo, em fase posterior à 2ª Guerra Mundial. Objetivou aprimorar e aprofundar as conquistas do Estado Social, avançando em concepção mais abrangente e estrutural da dignidade da pessoa humana⁶⁸.

Nessa senda, a Constituição de 1988 passou a melhor contemplar os direitos humanos, principalmente os de caráter social, econômico e cultural (dentre eles, os direitos trabalhistas), de maneira a orientá-los para a garantia da dignidade do ser humano.

Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito – primeiro pilar – é aquele que, primando pela democracia — institucionalizada não somente na sociedade política mas,

⁶⁵ SINGER, Natasha, op. cit.

⁶⁶ SINGER, Natasha, op. cit.

⁶⁷ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. *A Reforma Trabalhista no Brasil - com comentários à Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

⁶⁸ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. op. cit.

também, na sociedade civil — passa a centralizar a dignidade do homem como ponto central de toda a normatividade do país⁶⁹.

De fato, a democracia consiste na participação popular no processo decisório e na formação dos atos de governo, sejam diretos (como plebiscitos e referendos) ou indiretos (escolha de representantes)⁷⁰.

Contudo, há de se considerar o papel primordial do regime democrático, a saber, conferir efetividade à dignidade da pessoa humana⁷¹.

Logo, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito atualmente é aquele que "se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a proclamação daqueles direitos".⁷²

Em relação ao segundo pilar, a Constituição da República consagrou a concepção normativa dos princípios, ou seja, que possuem o caráter de normas jurídicas, constituindo princípios gerais que incidem sobre diversas áreas do Direito, principalmente o Direito do Trabalho. É possível delinear ainda, em caminho inverso, o movimento de constitucionalização de diversos princípios trabalhistas, como o princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, da CF/88)⁷³.

No tocante ao terceiro pilar, há a proteção constitucional dos direitos fundamentais da pessoa humana, incluídos aqui os direitos trabalhistas, inseridos no Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", sendo objeto de proteção do art. 60, §4º, IV, da CF/88 (cláusulas pétreas)⁷⁴.

Direitos Fundamentais são o conjunto de direitos que, positivados em determinada Constituição, versam sobre a pessoa humana, podendo ser eles reconhecidos de maneira expressa ou implicitamente na normativa constitucional⁷⁵.

⁶⁹ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela op., cit.

⁷⁰ SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. ENAMAT. Disponível em: <http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVES_CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf> Acesso em 02 set 2018.

⁷¹ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. *Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2017.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

⁷³ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. *Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2017.

⁷⁴ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. op., cit.

⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

A necessidade de se proteger constitucionalmente os direitos da pessoa humana se justifica no fato de que, como preconiza José Afonso da Silva⁷⁶, estes são direitos que objetivam “uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”, razão pela qual se denominam fundamentais:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁷⁷.

Por serem encontrados na Constituição, são revestidos pela supremacia de que goza a Carta Magna, sendo, pois, dotados de superior força jurídica frente às demais normas do ordenamento⁷⁸.

A escolha de quais direitos são considerados indispensáveis para o ser humano varia conforme a sociedade, motivo pelo qual se pode dizer que os direitos fundamentais são também culturais⁷⁹.

Conclui-se, então, que pelo fato dos direitos fundamentais serem reflexo da sociedade que os elegeu é que se poder ter as mais diversas Constituições: umas que protegem mais os direitos de liberdade e propriedade, sendo vistas como mais liberais, outras que objetivam a maior concretização de igualdade material entre os indivíduos e, portanto, consideradas mais sociais, ou solidárias, entre outras⁸⁰.

Não se deve pensar, no entanto, que o prestígio de que gozam os direitos fundamentais advenha unicamente do fato de estarem eles positivados constitucionalmente, pois, como já dito, a ideia que prevalece é que são os direitos da pessoa humana que legitimam e conferem finalidade à Constituição, de tal maneira que não passaria esta de mero arranjo político caso não se prestasse a garanti-los⁸¹.

É, pois, neste sentido que também se consegue definir o papel do Estado:

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p 178.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit.

⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 239- 250.

⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸¹ FERREIRA FILHO, op., cit.

[...] o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais.⁸²

É ele, portanto, o maior responsável pela prestação de obrigações referente aos direitos da pessoa humana, tornando-se o principal sujeito passivo das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais⁸³.

Reforça-se, por fim, a ideia de que os direitos fundamentais não são criados pelo Estado, e que “[...] este, sim, está à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização. Os direitos fundamentais não são instrumento do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais⁸⁴”.

Assim, caracterizados os referidos pilares, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 instrumentaliza o Direito como ferramenta civilizatória, no sentido de incluir socialmente as parcelas menos abastadas da população, reforçando o ramo trabalhista, previdenciário e ambiental. Nesse sentido, faz convergir toda a normativa constitucional e infraconstitucional à proteção da dignidade humana⁸⁵.

4.2 O Direito Fundamental ao Trabalho

É no rol dos direitos fundamentais de segunda geração que se encontra o direito ao trabalho, que inicialmente foi garantido a fim de se desconstituir a ideia de que o trabalho poderia ser equiparado e reduzido à simples mercadoria, que se sujeita à lei da oferta e da procura no mercado⁸⁶.

O problema de transformar o trabalho em algo utilitário é a violação aos direitos da pessoa humana, pois desprestigia o próprio trabalhador e sua dignidade, vez que o instrumentaliza assim como instrumentalizado é o ofício (trabalho). Perde, desta maneira, o caráter social do trabalho e da própria condição humana do obreiro⁸⁷.

⁸² CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 388.

⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸⁴ CLÉVE, Clémerson Mérlin. op., cit., p. 392.

⁸⁵ DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. *A Reforma Trabalhista no Brasil - com comentários à Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

⁸⁶ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e Direito fundamental ao trabalho digno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 925, p. 306-321, nov. 2012.

O primado do trabalho no capitalismo gerou a centralidade do trabalho na vida do homem, pois o definia como indivíduo e como membro familiar e social. Ainda, lhe dava poderes para influenciar e participar da vida social e da economia, motivo pelo qual foi um grande incentivador e assegurador da democracia⁸⁸.

O trabalho retira da margem os que, nas sociedades excludentes de antes do século XIX, eram destituídos de riquezas, garantindo um mínimo de poder social à grande massa populacional que só possuía o trabalho como meio emancipador, daí a “falácia de se instituir Democracia sem um correspondente sistema econômico-social valorizador do trabalho humano”⁸⁹.

O empoderamento do homem por meio do trabalho e, logo, a dignidade que daí provém, se dá também porque é por meio do trabalho que o indivíduo se insere no mercado de trabalho e, conseqüentemente, tem acesso aos bens necessários para a sua sobrevivência. Na lógica da concorrência gerada pelo modelo capitalista, em que toda a produção se volta para o mercado, os que nele não se inserem estão à margem da sociedade, pois a concorrência traduz-se em processo de seleção somente dos mais competentes ou fortes⁹⁰.

Ora, garantir os meios para subsistência do homem é garantir-lhe a vida, sendo este o bem maior da pessoa humana. Portanto, não há meios para que o homem garanta sua subsistência a não ser pelo trabalho, que deve ser honesto, digno e remunerado, assegurando-se, conseqüentemente, uma vida digna para o trabalhador e para toda a comunidade⁹¹.

O trabalho sendo, pois, remunerado, permite que a pessoa tenha acesso aos bens e serviços de que necessita. Eis o significado ético e antropológico do trabalho e, logo, do dinheiro, que definem e condicionam o homem em sua relação com os demais:

No se puede concebir el acceso a la educación, a la vivienda y a la alimentación sin el recurso al dinero. Por eso, el derecho al trabajo justamente remunerado es la clave de la “cuestión social”⁹².

⁸⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 29.

⁹⁰ SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. Conversando sobre ética e sociedade. 16. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

⁹¹ FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

⁹² "Não se pode conceber o acesso à educação, à habitação e à alimentação sem recorrer ao dinheiro. Portanto, o direito ao trabalho justamente remunerado é a chave para a "questão social " PABLO, San. Una Nota Teológico-Etica sobre el dinero. Propuestas Eticas hacia el siglo XXI. Santiago, 1993.

Assim sendo, é cristalino o entendimento de que o direito ao trabalho é direito que decorre do próprio direito à vida e que pode, assim sendo, ser concebido como tão natural e imperioso quanto a necessidade de viver⁹³.

Daí porquê definir o trabalho como direito fundamental, já que ele – transcendendo uma perspectiva meramente produtiva ou econômica – assegura o direito à vida por meio do acesso aos meios de subsistência, e faz nascer, no homem, uma identidade pessoal. O indivíduo, portanto, reconhece-se como sujeito de direitos, merecedor da tutela e proteção do Estado⁹⁴.

Promove, ainda, uma identidade social dado o reconhecimento da pessoa pela própria comunidade, o que lhe permite desempenhar um papel, uma função, sentindo-se útil e capaz de participar da vida em comum⁹⁵.

A Constituição Federal de 1988 definiu, em seu Capítulo II, Título II, os direitos sociais no Brasil. Eis a redação do artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No entanto, nem o artigo 6º, assim como o artigo 7º (responsável por definir os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais), trataram de definir expressamente o direito ao trabalho. Este, portanto, é depreendido da interpretação conjugada do artigo 1º, inciso IV, que declara que a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos os valores sociais do trabalho, com o artigo 170 que definiu que a ordem econômica brasileira funda-se na valorização do trabalho, e o artigo 193, que define que a ordem social baseia-se no primado do trabalho⁹⁶.

Desta forma, consegue-se reconhecer o direito social ao trabalho como condição para se efetivar a existência digna (finalidade da ordem econômica) e, em última instância, a dignidade da pessoa humana, como prevê o artigo 1º, inciso III, da CF/88, fundamento da República Federativa do Brasil⁹⁷.

O direito social ao trabalho previsto pela Constituição de 1988 envolve o direito à livre escolha de uma profissão, e de formação para tal, assim como o direito à relação de

⁹³ FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. op. cit.

⁹⁴ DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e Direito fundamental ao trabalho digno. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 925, p. 306-321, nov. 2012.

⁹⁵ DELGADO, Gabriela Neves. op. cit.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

⁹⁷ Silva, José Afonso da. op. cit.

emprego (artigo 7º, I) por meio da garantia de emprego, que traduz-se no direito de o trabalhador manter sua relação de emprego (continuidade da relação de emprego) em vista das dispensas arbitrárias do empregador⁹⁸.

Embora trabalhador seja, como apregoa Carlos Henrique Bezerra Leite, em sentido amplo, “toda pessoa física que utiliza sua energia física, mental ou intelectual em proveito próprio ou alheio, visando a um resultado determinado, econômico ou não”, e que, em razão disto, chegue-se à conclusão de que nem todo trabalhador seja empregado, a interpretação constitucional dada pelo nobre doutrinador é de que, à luz do ordenamento constitucional, apenas os empregados são destinatários dos direitos previstos no artigo 7º, da CF/88⁹⁹.

Tal interpretação advém da corrente doutrinária restritiva, que defere somente ao trabalhador subordinado a proteção conferida pelo Direito do Trabalho¹⁰⁰.

É mais coerente, no entanto, dentro da perspectiva dos direitos fundamentais sociais, a corrente ampliativa, que entende que todos os trabalhadores, subordinados ou não, são destinatários dos direitos tutelados pelo Direito do Trabalho¹⁰¹.

Pode-se inclusive dissertar sobre a impossibilidade de interpretação diversa da corrente ampliativa vez que, como mencionado, o direito ao trabalho – por proteger a dignidade da pessoa humana e, ainda, a democracia – não pode ser restringido apenas aos que trabalhem de maneira subordinada, em um vínculo de emprego, sob pena de se adotar mecanismo que limite e deprecie o caráter social deste direito¹⁰².

Segundo Keller, não resta, por fim, qualquer dúvida de que deve ser esta a interpretação conferida ao direito ao trabalho, prevista na CF/88, reforçada pelo advento da Emenda Constitucional nº 45, cuja alteração no artigo 114, enseja o entendimento de que os sujeitos ativos do direito ao trabalho, na normativa brasileira, são todos os trabalhadores¹⁰³.

Como se percebe, então, o direito ao trabalho previsto pela Constituição Federal busca alcançar o pleno emprego e condições dignas de trabalho para todos os trabalhadores¹⁰⁴.

⁹⁸ Silva, José Afonso da. *op. cit.*

⁹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997. p. 97.

¹⁰⁰ KELLER, Werner. *O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade*. São Paulo: LTr, 2011.

¹⁰¹ KELLER, Werner. *op. cit.*

¹⁰² KELLER, Werner. *op. cit.*

¹⁰³ KELLER, Werner. *op. cit.*

¹⁰⁴ KELLER, Werner. *op. cit.*

Um trabalho digno significa um trabalho minimamente protegido, tutelado. No entendimento de Gabriela Delgado, a existência de um direito fundamental gera a necessidade de também existir um dever fundamental de proteção à este direito.

Nesse sentido, a existência de um patamar mínimo de direitos trabalhistas, correspondente aos direitos trabalhistas indisponíveis, certamente é a rede de proteção jurídica assegurada para todo trabalhador, a fim de ser-lhe garantido um trabalho condizente com a dignidade humana, ou seja, um trabalho digno, em conformidade com a Constituição Cidadã de 1988 e o Estado Democrático de Direito¹⁰⁵.

4.3 O Trabalho Digno e a Economia de Compartilhamento

Toda nova modalidade de trabalho deve ser compreendida a partir da Constituição da República de 1988 e, dessa forma, com enfoque em condições laborativas condizentes com o trabalho digno, único capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana¹⁰⁶.

O trabalho desempenhado pelos diversos trabalhadores abordados, como os parceiros da Uber, Lyft, ou os *taskers*, demonstra-se demasiadamente precário pois nega-lhes a mínima proteção em face dos intempéries da economia, subjugando-os à condições de trabalho descontínuas, incertas, de baixo ou nenhum grau de profissionalização e sem qualquer regulamentação jurídica.

Embora empresas como a Uber estejam inseridas na Política Nacional de Mobilidade Urbana – Lei 12.587/2012 –, sendo classificadas como transporte remunerado privado individual de passageiros¹⁰⁷ e, no Distrito Federal, possuam regulamentação conforme a Lei Distrital 5.691/16, as referidas normativas referem-se apenas ao acesso universal à cidade, competência dos municípios para estabelecimento de contribuição municipal, tempo de uso máximo do veículo, entre outros.

Nesse sentido, não abordam o trabalho desempenhado por seus diversos trabalhadores, mantendo-os à margem da regulamentação jurídica e, desse modo, dos direitos trabalhistas assegurados pela Constituição.

Portanto, a ausência de normas que regulem a prestação de serviço inseridas nas Economias de Compartilhamento, considerando a subordinação que lhes é inerente, perpetua

¹⁰⁵ DELGADO, Gabriela. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁰⁶ DELGADO, Gabriela. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁰⁷ Art. 4º, inciso X, da Lei 12.587/2012.

violações à dignidade humana dos denominados “parceiros” e os insere em profunda insegurança jurídica.

De fato, os princípios constitucionais do trabalho estendem-se às relações de trabalho dos trabalhadores (denominados “colaboradores”), de maneira que, de pronto, já se pode indicar a violação de diversas normas como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; da Centralidade da Pessoa Humana na Vida Socioeconômica e na Ordem Jurídica, da Valorização do Trabalho e do Emprego; da Segurança, entre outros¹⁰⁸.

Por certo, a ideologia da colaboração entre pares apenas mascara condições de trabalho degradantes, que infringem normas de saúde dos trabalhadores e obstam seu desenvolvimento pessoal, retirando-lhes a propagada autonomia e tornando-os subordinados de diversos empregadores, sejam às bilionárias corporações que comandam as prestações dos serviços ou aos consumidores que agora possuem, até mesmo, assistentes pessoais à baixo custo. Mascara, enfim, muitas vezes, a própria relação de emprego.

Em suma, é hialino que a rede de colaboração baseada na prestação de serviço das Economias de Compartilhamento não coaduna com os moldes de trabalho preconizados pela Constituição Federal de 1988, vez que não pactua com a dignidade da pessoa humana dos colaboradores e, nesse sentido, é incapaz de assegurar-lhes um trabalho que os emancipe individualmente e socialmente, ou seja, um trabalho digno.

5. Conclusão

As empresas de Economia de Compartilhamento, embora adeptas da ideologia do consumo colaborativo e, nesse sentido, da promoção do compartilhamento solidário e saudável de bens e serviços entre pares, afastam-se de seu propósito para tornarem-se corretoras de mão-de-obra sem, contudo, responsabilizarem-se por seus trabalhadores.

Desse modo, negam aos seus prestadores de serviços qualquer amparo, utilizando-se de seu trabalho para lucro próprio e autointeresse corporativo. Em verdade, os submetem a trabalhos pontuais, descontínuos, sem a possibilidade de real desenvolvimento profissional e, determinando-lhes o preço dos serviços, chegam a limitar os ganhos dos então “microempreendedores”.

¹⁰⁸ DELGADO, Mauricio. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Sob o véu da autonomia, diversos trabalhadores, submissos às corporações e aos consumidores, permanecem à margem da devida proteção justralhista e dos direitos que lhe são assegurados pela Constituição Federal de 1988, fundada sob os pilares do Estado Democrático de Direito, o caráter normativo dos princípios e, essencialmente, a dignidade da pessoa humana.

Por fim, afirma-se que todo trabalhador é sujeito de direitos fundamentais e, em atenção ao que dispõe o texto constitucional, faz jus ao direito fundamental ao trabalho digno, único condizente com a ordem democrática brasileira e com o respeito e prestígio devidos ao valor social do trabalho e à dignidade da pessoa humana, fundamentos elementares da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Uber. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em 15 jun 2018.

BOTSMAN, Rachel. *The Case for Collaborative Consumption*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption> Acesso em: 17 jun 2018.

_____. *The Currency of the New Economy is Trust*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_currency_of_the_new_economy_is_trust> Acesso em: 17 jun 2018.

_____. *We've stopped trusting institutions and started trusting strangers*. TED Talk. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_we_ve_stopped_trusting_institutions_and_started_trusting_strangers/transcript> Acesso em 15 jun 2018.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. *Estado democrático de direito e Direito fundamental ao trabalho digno*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 925, p. 306-321, nov. 2012.

_____. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela. *A Reforma Trabalhista no Brasil - com comentários à Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2017.

DELGADO, Mauricio. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos Direitos Fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 239- 250.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELLER, Werner. *O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade*. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

PABLO, San. *Una Nota Teológico-Etica sobre el dinero*. Propuestas Eticas hacia el siglo XXI. Santiago, 1993.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. *ENAMAT*. Disponível em: <[http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVES CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf](http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/TD08-Fabio-Sandim-BREVES_CONSIDERA%C3%87%C3%95ES-SOBRE-O-ELO.pdf)> Acesso em 02 set 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SINGER, Natasha. *In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html> > Acesso em 15 jun 2018.

SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução de João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. *Conversando sobre ética e sociedade*. 16. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

UBER. *Como o transporte individual privado por aplicativos tem sido regulamentado no Brasil*. Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/transporte-individual-privado-aplicativos-regulamentado-brasil/>> Acesso em 15 jun 2018.

_____. *Drive*. Disponível em <<https://www.uber.com/br/en/drive/>> Acesso em 15 jun 2018.

_____. *Guia de Comunidade*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/guia-comunidade-uber/>> Acesso em 15 jun 2018.

_____. *Política de Desativação*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/>> Acesso em 15 jun 2018.

_____. *Termos*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>> Acesso em 17 junh 2018.

Valor. Disponível em <<https://www.valor.com.br/empresas/5743141/uber-investe-r-250-milhoes-em-centro-tecnologico-no-brasil>>. Acesso em 16 jun 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZIMMERMANN, Jackie. *This is What it Takes to Make \$2,000 a Week Working on TaskRabbit*. Disponível em: <http://time.com/money/3714829/working-for-taskrabbit/>> Acesso em 17 jun 2018.

PRECARIEDADE NO TELETRABALHO: GESTÃO DE ADOECIMENTO

PRECARIOUSNESS IN TELEWORKING: MANAGEMENT OF SICKNESS

Leandro Henrique Costa Bezerra¹

RESUMO

A Lei nº 13.467/17 – intitulada “reforma trabalhista” – surge no contexto de profunda crise econômica no Brasil e esgotamento da política da nova República. Sob justificativa de geração de empregos em plena recessão, foi regulamentado um novo modelo de organização laboral: o teletrabalho. Neste artigo, será abordado a normalização do adoecimento em razão de abusos do poder gerencial no teletrabalho, além de implicações sobre o direito a desconexão neste regime.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho; Adoecimento; Desconexão; Poder gerencial.

ABSTRACT

The Rule nº 13.467 / 17 – entitled “labor reform” – appears in the context of deep economic crisis in Brazil and the exhaustion politics in the new Republic. Inside justification of jobs creation in full recession, a new model was regulated of labor organization: the teleworking. In this article, it will address the normalization of the development of abuses in the management power in teleworking, beyond implications of the right to be disconnected in this regime.

KEYWORDS: Teleworking; Sickness; Disconnection; Power management.

1. INTRODUÇÃO

Na era da informação, o teletrabalho abarca dinamismo nas relações de trabalho, dado uma independência de horários da prestação de serviços do trabalhador pela via telemática. Assim, é constituída uma normalidade de adoecimento, já que a exigência de alta produtividade elastece a jornada do teletrabalhador para o seu horário de lazer, em prejuízo ao direito de desconexão, este como elemento indissociável do direito fundamental ao trabalho digno.

¹Advogado. Aluno especial da disciplina “Tópicos especiais em Direito do Trabalho” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

2. ADOECIMENTO COMO NORMALIDADE: ABUSOS DO PODER GERENCIAL NO REGIME DE TELETRABALHO

O modo de produção capitalista questiona a todo momento a preparação do empregado para o mercado de trabalho, o qual, pela lógica de produção, seleciona trabalhadores de maior qualificação. A preocupação com a desatualização aufere na constante reciclagem do ser obreiro em prol de seu reconhecimento na empresa, fortalecendo a sua relação com ela². Dessa forma, percebe-se que a sociedade faz do conhecimento uma ferramenta central para o trabalho e nem sempre com o fator de aprimoramento subjetivo-interpessoal.

A partir de 1990, o avanço da política neoliberal reestruturou a produção, que passa a ser regida pelo “*just-in-time*”, a informalidade e a flexibilização³ das relações de emprego⁴. O mercado de trabalho é ressignificado pela informatização da produção, com maiores jornadas e aumento de casos de adoecimento laboral. Por esse ângulo, o mecanismo de robotização da força de trabalho, proporcionado pela maximização da produção, impede a percepção do empregado de que o acidente advém pelo trabalho.

A ideologia é “um sistema de pensamento que se apresenta como racional, ao passo que mantém uma ilusão e dissimula um projeto de dominação; ilusão de onipotência (...)”⁵. Quando implementada ao gerencialismo, a organização da empresa e o meio ambiente laboral ficam a critério do tecnicismo e do pouco senso reflexivo do empregado.

É pelo gerenciamento descontrolado na obtenção de resultados em que há ampliação do tempo a disposição para o trabalho. O valor do trabalho perde a clara linha de demarcação entre o tempo de “trabalho” e “não trabalho”, reformulando a teoria do salário em prol da produtividade ao invés da disposição à empresa⁶. E isto viola um dos princípios firmados na Declaração da Filadélfia (1944), de que o trabalho não é uma mercadoria.

² GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007. p.21.

³ Tem-se por flexibilização a diminuição de fronteiras entre a atividade laboral e o espaço da vida privada do trabalhador.

⁴ ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018. p.138.

⁵ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007. p.69.

⁶ SCHWARTZ, Yves. **Tempo e valor**. In: Tempo Social; Ver. Sociol. USP, S. Paulo, 8, outubro de 1996. p.148-149.

O fenômeno da globalização, com as novas tecnologias digitais, intensifica o descontrole do tempo do empregado pela empresa. O trabalho está no computador ou no celular pessoal: qualquer meio telemático tem aptidão de estruturar uma relação de emprego. O empregado torna-se um instrumento despersonalizado para a empresa, sem qualquer particularidade de gestão que adeque o empreendimento às qualidades de cada trabalhador, sem esquecer dos resultados lucrativos de pretensão da empresa. Contudo, a empresa é uma construção humana, e não o contrário.

Já que o fator humano delimita o alcance do rendimento empresarial, não se deve gerenciar o trabalhador como recurso, mas o “interinar em um processo de reedificação”⁷, ou seja, a compreensão do trabalho em sua significação ética, assegurada a consciência de liberdade para sedimentar a identidade como sujeito-trabalhador⁸. Assim, cabe cuidados para evitar a normalização do adoecimento, através do fornecimento de estrutura adequada para o desenvolvimento do trabalho.

A era da internet uniformiza a produção e, tendencialmente, o consumo diante da escala de cadeias globais, corroborando para a sociedade *low cost*. A combinação de alta tecnologia com o uso de mão de obra barata, para massificação de bens e serviços de menor preço, traz o movimento de deslocalização geográfica da produção⁹. A regulação do teletrabalho, pela Lei nº 13.467/17 – a reforma trabalhista, é a confirmação desse capitalismo globalizado.

No teletrabalho, o poder gerencial tenta canalizar as necessidades do cliente¹⁰ a partir da prestação de serviços a distância pelo empregado. Na perspectiva do direito coletivo, o isolamento social desta condição de trabalho produz uma individualização das relações salariais, perdendo o empregado o seu pertencimento a categoria profissional¹¹.

Outro reflexo do isolamento social advindo pelo regime de teletrabalho é o adoecimento, elemento decisivo para a precarização do trabalho. O rompimento de laços de solidariedade e do

⁷ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007. p.80.

⁸ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2015. p.25.

⁹ POCHMANN, Marcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014. p.82.

¹⁰ Objeto ou finalidade da prestação de serviços.

¹¹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007. p.54.

sentimento de proteção de classe são o nascedouro de doenças ocupacionais de caráter mental ou físico. Neste aspecto, o gerenciamento por metas é uma possibilidade no teletrabalho, em razão da prestação de serviços sem controle de jornada e o acréscimo de estratégias corporativas como a participação nos lucros e resultados (PLR)¹².

Desse movimento *ping-pong*, entre trabalho desenfreado por metas e flexibilização salarial, monta-se a engrenagem do assédio moral (*moobing*), institucionalizado na relação de teletrabalho. Manobras repetidas contra uma mesma pessoa decorrente de hierarquia superior¹³ podem ser recorrentes no teletrabalho, especialmente se um empregado com nível de produtividade inferior aos demais for hostilizado pela empresa para seu aumento de rendimento.

Não menos importante, a síndrome de *burn out*, a qual decorre do esgotamento ou estresse mental pela cobrança de uma prestação de serviços eficiente. O sentimento de incompetência, extremo cansaço e falta de realização são os mais comuns sentidos pelo empregado vítima da doença¹⁴. Na perspectiva do teletrabalho no Brasil, a recorrência do *burn out* pode se justificar pela inexistência de técnicas ergonômicas de manutenção da identidade e bem-estar do trabalho sem riscos de doenças laborais¹⁵.

Por fim, a regulação transforma o “trabalho em tempo integral e com direitos para o trabalho flexível sem direitos”¹⁶. Dado os abusos do poder gerencial no regime de teletrabalho, o tempo do trabalho se confunde com o da vida, elevando os riscos para o adoecimento.

Nesse sentido, a Lei nº 13.467/17, de características assentadas no conservadorismo e autoritarismo¹⁷, dissolve o modelo de trabalho integral edificado no Estado social para a introdução do trabalho com horários flexíveis. Logo, quando a lei naturaliza comportamentos condenáveis e

¹² ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018. p.16.

¹³ HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p.77.

¹⁴ CARBALLO, Fábio Peron. **Qualidade de vida, saúde do trabalhador e a síndrome de Burnout: à docência em alerta**. Curitiba: CRV, 2017. p.47-48.

¹⁵ GRAVATÁ, Isabelli. **O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista**. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: JusPODIVM, 2018. p.246-247.

¹⁶ ROSSO, Sadi Dal. **O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor**. São Paulo: Boitempo, 2017. p.70.

¹⁷ POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo. **Capitalismo, classe trabalhadora e luta política no início do século XXI: experiências no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e França**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p.114.

justificantes do assédio, uma pressão generalizada se desenvolve no mundo do trabalho, responsável pelos acidentes e doenças laborais¹⁸.

3. FLEXIBILIZAÇÃO NA MODALIDADE DE ORGANIZAÇÃO: SUBORDINAÇÃO E O TELETRABALHO

Pela teoria do valor-trabalho, o valor de uma mercadoria é estabelecido pelo dispêndio de trabalho para produzi-la. A participação de cada trabalhador no ciclo de produção torna a sociedade refém das suas conquistas de participação, inerente a indisponibilidade de direitos trabalhistas. Ou seja, o trabalho digno é elemento da cidadania, já que o indivíduo se realiza quando condições mínimas para a prestação de serviços são oferecidas¹⁹. Porém, a flexibilização da organização do trabalho, através do teletrabalho, se não devidamente fiscalizada, pode ser o fator para a precarização das relações juslaborais.

O regime de teletrabalho²⁰, incluído pela Lei nº 13.467/17, é aquele “preponderantemente fora das dependências do empregador²¹, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (art.75-B). Firmado por escrito e de mútuo consentimento, a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o trabalho remoto é do empregador (art.75-D), de acordo com a teoria dos riscos da atividade econômica ou do empreendimento (art.2, CLT).

O meio ambiente do trabalho está centrado na etapa da qualidade de vida do empregado, consoante Sebastião Geraldo de Oliveira²². Todavia, a “*flex-segurança*”²³ no cenário mundial retira direitos do meio laboral para o barateamento da mão de obra, a partir de uma falsa percepção de autonomia do trabalhador, posto que o empregado perde o controle real sobre a duração do seu

¹⁸ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007. p.228.

¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2015. p.207-208.

²⁰ O teletrabalho estrutura-se no tradicional trabalho no domicílio, como para costureiras; o novo trabalho em domicílio, denominado de home office, à exemplo dos profissionais de informática; e o teletrabalho jungido ao home-office, tal qual em distintos locais, pela utilização de equipamentos de telefone, celular, internet, etc.

²¹ Deve-se não confundir o trabalho externo por sua natureza, como os vendedores viajantes, e os que são realizados a distância por opção dos contratantes, à exemplo do teletrabalho.

²² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil**. Belo Horizonte: Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 5, n. 75, p. 107-130, jan/jun. 2007. p.108-110.

²³ ROSSO, Sadi Dal. **O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor**. São Paulo: Boitempo, 2017. p.80.

trabalho em face da desigual distribuição da produção (elastecimento da jornada). Logo, essa autonomia conquistada interfere no elemento fático-jurídico da subordinação em regime de teletrabalho?

Em princípio, afirma-se que a subordinação jurídica é intrínseca ao regime de teletrabalho. O art.6, parágrafo único, da CLT²⁴ equipara os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão jurídica aos meios pessoais e diretos. Ademais, mesmo com difícil comprovação do nexo causal e culpa do empregador, é plausível sua imputação a infortúnios laborais, dado que o ambiente privado do teletrabalhador passa a ser o meio ambiente do trabalho. Logo, o custo do investimento em trabalho remoto não pode ser transferido ao empregado.

O aumento do risco ergonômico e psicossocial em razão dessa flexibilização legislativa viola os princípios da prevenção e da informação às normas de saúde e segurança do trabalho, além de transgressão ao art.4º da Convenção nº 155 da OIT²⁵, o qual destaca, no caso brasileiro, a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (Decreto nº 7602/2011). Nesse seguimento, o descumprimento das normas citadas se planta na cultura de culpabilização exclusiva do obreiro, pelo equivocado pressuposto de que o seu ato – e não a condição insegura – é preponderante para o acidente laboral²⁶.

O termo de responsabilidade assinado pelo empregado, a fim de seguir as instruções fornecidas pela empresa (art.75-E, parágrafo único, CLT), em interpretação isolada, induz que a mera instrução dos empregados quanto às precauções contra doenças e acidentes de trabalho, isenta a responsabilidade do empregador. Entretanto, diante da interpretação conforme à Constituição e ao paradigma do trabalho decente (*decent work*), no acidente de trabalho, obriga-se ao empregador um adicional: a comprovação da fiscalização do meio laboral para exclusão do seu nexo referente ao infortúnio.

Outrossim, a reforma trabalhista não explicita de que forma o poder diretivo se manifesta no regime de teletrabalho. Não obstante, infere-se que a implementação de qualquer meio

²⁴ Redação dada pela Lei 12.551, de 15.12.2011.

²⁵ Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho.

²⁶ JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017. p.110.

telemático de comando ou fiscalizatório deve ser comunicada ao empregado, e desde que respeitada a intimidade e dignidade do trabalhador. A vigilância do trabalhador a distância, assim, é lícita, quando observada a “proporcionalidade, de modo que o meio de controle seja indispensável e não haja meio menos invasivo para atingimento dos fins pretendidos”²⁷.

O avanço tecnológico propicia situações de fiscalização do trabalho do empregado e sugere a caracterização do tempo de *sobre aviso*, pois o uso de aparelhos temáticos em aguardo da chamada para o serviço, como o regime de plantão ou equivalente, viabilizam a demarcação entre o tempo social e de labor²⁸. Uma espécie de subordinação estrutural é criada: o poder empregatício transforma-se num meio de sujeição dos empregados a dinâmica descentralizada da empresa, com redes interligadas de produção.

De fato, a ausência do controle de jornada pelo empregador (art.62, III, da CLT) não implica que inexista a jornada em teletrabalho, porquanto o trabalho prestado fora da empresa exige maior rendimento, produtividade e atenção, a fim de tornar o ambiente em que o obreiro se encontra como apto ao trabalho. Qualquer excesso de jornada que comprometa a sua saúde ou segurança, é tratado em prova produzida pelo trabalhador. Provado o nexo, os excessos na jornada podem, inclusive, descaracterizar o regime de teletrabalho²⁹.

Por último, a fiscalização indireta estatal na prevenção de acidentes de teletrabalho pode-se dar pela aplicação analógica da Instrução Normativa nº 110, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que dispõe sobre procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção do trabalho doméstico. Desta forma, observa-se a eficácia horizontal de direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, já que o Estado, através dos Auditores Fiscais do Trabalho, fiscaliza os riscos inerentes ao trabalho (art.7, XXII, da Constituição).

²⁷ MIZIARA, Raphael. **A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil**. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 189, p.61-80, maio 2018. p.74.

²⁸ ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo. **O teletrabalho na Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas**. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo: LTr, 2017. p.388.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017. p.138.

4. O TELETRABALHO DESENFREADO E INVIBIALIZADOR DA DESCONEXÃO NA ERA DA ESCRAVIDÃO TECNOLÓGICA

O mercado consumerista responde diante da desvalorização da mão de obra para a consequente redução do preço final do produto. Logo, o proletariado perde sua condição de sujeito político capaz de liderar um projeto de sociedade³⁰. Nota-se que a flexibilização dos horários de jornada é uma ferramenta para lidar contra as crises originadas pelo capitalismo e amortecer o desemprego. Contudo, a redução dos custos com novas formas de organização do meio ambiente do trabalho favorece o adoecimento do trabalhador.

Nesse aspecto, o teletrabalho dissolve os limites entre a vida pessoal e profissional, devido ao elástico da jornada para os períodos reservados ao descanso. O direito ao repouso/lazer, consagrados no art.7º da Constituição, são suprimidos pelas inúmeras horas extras não pagas, o que representa “a transferência direta do valor do trabalho das mãos dos empregados para os bolsos dos empregadores”³¹.

O direito à desconexão indica o tempo essencial para o desligamento do trabalho, cujo objetivo seria de promover o bem-estar físico e mental do trabalhador, essencial para sua produtividade. Então, na era da informação, o fundamento estruturante do trabalho digno está no limite da subordinação jurídica, dado que o vínculo de emprego não se amplia para a subjetividade do obreiro, a fim de evitar prejuízos às relações familiares/pessoais.

Todavia, o abuso do poder gerencial no regime de teletrabalho ocasiona no fenômeno do assédio moral eletrônico ou teleassédio. Nele, a identidade do trabalhador é corroída pelo ilimitado tempo à disposição para a empresa, seja por elogios diante do cumprimento de meta ou do momento em que o empregado é repreendido caso não as cumpra. A interação entre empregador e trabalhador ocorre pela profusão de ideias e opiniões por meios telemáticos, o que gera a perda de sensibilidade e exigências acima da produção do homem-médio trabalhador.

³⁰ POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo. **Capitalismo, classe trabalhadora e luta política no início do século XXI: experiências no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e França**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p.105.

³¹ ROSSO, Sadi Dal. **O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor**. São Paulo: Boitempo, 2017. p.157.

Segundo Nunes, o meio virtual oferece uma difícil constatação do assédio, pois “à distância o indivíduo se sente mais confortável em assediar em qualquer nível de crueldade”³². É responsabilidade social da empresa verificar o cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho para a manutenção do patamar mínimo civilizatório de direitos, fundado na prevenção do dano ao trabalhador.

A escravidão tecnológica obscurece o teletrabalho de questões antes triviais relacionadas ao acidente de trabalho. Um acidente de trajeto do escritório de teletrabalho ao banheiro ou uma queimadura de café preparado no teletrabalho, são exemplos ainda sem respostas na legislação, sobre o infortúnio para teletrabalhadores. Porém, pelo princípio da vedação ao retrocesso social³³, mesmo que o teletrabalho seja um modelo de organização laboral diferenciado, a prova do acidente continua sendo o evento danoso ao trabalhador³⁴.

5. CONCLUSÃO

O abuso do gerencialismo ocorre de forma generalizada nas relações de trabalho, em consequência da maximização do consumo e barateamento da mão de obra, corroborando para a superexploração do empregado. No teletrabalho, regulamentado pela reforma trabalhista, a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno se torna mais complexa, diante de novos desafios para o controle de jornada e dos riscos para o adoecimento do trabalhador.

O direito à desconexão converge ao princípio da vedação ao retrocesso social, por implicar a necessidade do lazer alternados com a prestação de serviço para a manutenção da produtividade do operário. Esse tempo de desligamento do labor diminui os riscos inerentes ao meio ambiente do

³² NUNES, Talita Camila Gonçalves. **Teleassédio moral e acidente de teletrabalho**. In: _____. A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018, p.252.

³³ O art.7, caput, da Constituição Federal, prevê “(...) além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Desta forma, o princípio da vedação ao retrocesso social indica a possibilidade de expansão do rol de direitos constitucionais do trabalho apenas para melhores condições sociais, assim, não se pode criar direitos e deveres de retrocesso da condição sujeito de trabalhador, em vista do paradigma do trabalho digno.

³⁴ NUNES, Talita Camila Gonçalves. **Teleassédio moral e acidente de teletrabalho**. In: _____. A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018, p.263.

trabalho, contudo, caso não seja concedido a desconexão e constatado o infortúnio, coloca-se outro aspecto: a dificuldade de prova da natureza do acidente.

Nesse sentido, a reforma (art.75-E, parágrafo único, CLT) estabelece a assinatura do termo de responsabilidade pelo empregado no intuito de dificultar sua incumbência ao empregador. Todavia, pela interpretação conforme a Constituição (art.7º, XII, da Constituição), a diminuição dos custos pelo enxugamento do estabelecimento sede da empresa em razão do teletrabalho, não altera a responsabilidade empresarial pelo risco do negócio, inclusive quanto a ocorrência de acidentes de trabalho, se comprovado seus requisitos e o empregado agir de acordo com as instruções e treinamentos fornecidos.

Em desfecho, a ausência de controle de jornada de teletrabalhadores (art.62, III, CLT) não implica em inexistência de jornada ou irresponsabilidade do empregador, em razão da persistência da subordinação jurídica como elemento fático-jurídico da relação de emprego (art.6, parágrafo único, da CLT). Dessarte, qualquer ato abusivo que viole o direito à desconexão ou a personalidade do empregado faz jus ao aferimento da responsabilidade empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CARBALLO, Fábio Peron. **Qualidade de vida, saúde do trabalhador e a síndrome de Burnout: à docência em alerta**. Curitiba: CRV, 2017.

CAVALCANTE, Jourberto de Quadros Pessoa. **A tecnologia, o teletrabalho e a reforma trabalhista**. In: TUPINAMBÁ, Carolina; Gomes, Fábio Rodrigues (Coord.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.313-330.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.

ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo. **O teletrabalho na Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas**. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017. p.385-400.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**. 4ª ed., rev. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

GRAVATÁ, Isabelli. **O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista**. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: JusPODIVM, 2018. p.239-253.

JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

MELO, Sandro Nahmias. **Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão**. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 9, p.1094-1099, set. 2017.

MIZIARA, Raphael. **A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil**. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 189, p.61-80, maio 2018.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **Teleassédio moral e acidente de teletrabalho**. In: _____. A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil**. Belo Horizonte: Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 5, n. 75, p. 107-130, jan/jun. 2007. p.108-110.

POCHMANN, Marcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014.

POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo. **Capitalismo, classe trabalhadora e luta política no início do século XXI: experiências no Brasil, Estados Unidos, Inglaterra e França**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

ROSSO, Sadi Dal. **O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor**. São Paulo: Boitempo, 2017.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. **Novas formas de contratação na Lei nº 13.467/17 e interpretação sistemático-constitucional: o teletrabalho em foco**. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.405-414.

SCHWARTZ, Yves. **Tempo e valor**. In: Tempo Social; Ver. Sociol. USP, S. Paulo, 8, outubro de 1996.

A RESPONSABILIDADE PELO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NO REGIME DE TELETRABALHO

RESPONSIBILITY FOR THE WORKING ENVIRONMENT IN THE TELEWORKING REGIME

Cristiane Rosa Pitombo¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade apresentar uma pesquisa acerca da responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho nas relações de emprego que se desenvolvem no regime de teletrabalho, nos termos da regulamentação do regime em questão trazida pela Lei nº13.467/2017. As mudanças advindas da alteração legislativa tentam regulamentar o regime de teletrabalho, contudo, sem se preocupar com as questões acerca do meio ambiente de trabalho desses trabalhadores, apenas dispendo sobre o tema no artigo 75-E, da CLT. Afirmando, o citado artigo, que o empregador deverá apenas instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. O artigo em comento traz, em seu parágrafo único, a previsão de que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Contudo, o referido termo não possui o condão de excluir a responsabilidade do empregador em relação ao meio ambiente de trabalho de seus empregados, tendo em vista o disposto nos artigos 157 da CLT. Assim, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a regulamentação acerca da responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho aos trabalhadores submetidos ao regime de teletrabalho, bem como sua compatibilidade com a proteção constitucional a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado e com as disposições e interpretações normativas acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVES: Meio ambiente de trabalho; Responsabilidade; Teletrabalho.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present a research about the responsibility for the work environment in the employment relationships that are developed in the teleworking regime, under the terms of the regulation of the regime in question brought by Law nº 13467/17. The changes stemming from the legislative amendment attempt to regulate the teleworking regime, however, without worrying about the questions about the working environment of these workers, only on the subject in article 75-E of the CLT. The article states that the employer should only instruct the employees in an explicit and ostentatious way about the precautions to be taken in order to avoid diseases and accidents at work. The article in question brings in its sole paragraph the provision that the employee should sign a liability agreement by committing to follow the instructions provided by the employer. However, this term does not have the power to exclude the liability of the employer in relation to the working environment of its employees, in view of the

¹ Mestranda do Curso de Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF- Brasília – DF. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Processus-DF. Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Faculdades Integrada da União Educacional do Planalto Central. Analista Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho. Membro do grupo de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”, (UnB – CNPq).

provisions of articles 157 of the CLT. Thus, the present research aims at analyzing the regulations on the responsibility for the working environment to workers submitted to the teleworking regime, as well as their compatibility with the constitutional protection of a safe, healthy and balanced working environment and with the provisions and normative interpretations about the theme.

KEYWORDS: Environment; Responsibility; Telecommuting.

1. INTRODUÇÃO

As inovações do mundo moderno trazem para nossas vidas diversas mudanças, como, por exemplo, no estilo de vida, na forma de consumo, bem como não poderia deixar de ser mudanças na forma de como se desenvolve a prestação de serviços em alguns setores. As novidades decorrentes do uso das tecnologias de informação e comunicação sem sobra de dúvidas é um facilitador da vida moderna, utilizada pela grande maioria da população, desde entretenimento até a realização de tarefas de grande importância, como atividades laborais, de estudo e pesquisa.

O regime de teletrabalho é fruto das novidades trazidas pelo uso das tecnologias de informação e comunicação. Essa nova forma realização da prestação de serviço se amolda cada vez mais às aspirações do mundo moderno, onde se busca otimizar o tempo e o dinheiro.

Por certo que as mudanças no mundo dos fatos ocorrem antes da sua regulamentação jurídica. Contudo, algumas situações não podem ficar à mercê de uma falta de regulamentação e de uma ausência de proteção, como no caso dos trabalhadores submetidos ao regime de teletrabalho.

Tais trabalhadores, que exercem suas atividades laborais fora da sede empresarial, possuem as mesmas garantias e proteções daqueles trabalhadores que laboram dentro do estabelecimento empresarial, conforme o disposto no artigo 6º da CLT², devendo-lhes inclusive ser assegurado o direito a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado, direito garantido constitucionalmente a todos os trabalhadores, sem nenhuma distinção.

O grande desafio para o Direito do Trabalho, diante da nova figura de trabalho, e que será abordado no presente artigo, é analisar as inovações legislativas, de forma protetiva. Tendo em vista que a regulamentação do teletrabalho dada pela reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, não afasta o direito daqueles que trabalham em regime

² CLT - Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011). <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 01.nov.2018.

de teletrabalho à um ambiente laboral digno, onde estes trabalhadores possam exercer suas atividades de forma segura e saudável.

Diante de tais questionamentos a presente pesquisa busca analisar a responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho no regime de teletrabalho, sob a ótica da legislação vigente acerca do tema, bem como sugerir uma regulamentação ampla e específica para o regime de teletrabalho.

2. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A tutela jurídica acerca de um meio ambiente de trabalho seguro, sadio e equilibrado se dá por meio de diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, a Constituição Federal assegura a todos a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado de uso comum, sendo este essencial para o gozo de uma saudável qualidade de vida, conforme o disposto no artigo 225 da Constituição Federal³.

A análise de tal garantia constitucional é aplicada, sem sombra de dúvida, ao Direito do Trabalho com o intuito de assegurar um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado como um dos pilares básico de uma vida plena e com qualidade, como bem ressalta Raimundo Simão de Melo:

O mais fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para a existência e gozo dos demais direitos humanos. Mas esse direito, conforme assegura nossa Constituição Federal no art. 225, requer vida com qualidade e, para que o trabalhador tenha vida com qualidade, é necessário que se assegurem seus pilares básicos: trabalho descente e em condições seguras e salubres.⁴

A redação do artigo 225 da Constituição Federal traz importantes princípios acerca das disposições do meio ambiente, como o princípio da prevenção, o princípio da educação e o princípio do poluidor pagador.

Em relação a aplicação do princípio da prevenção ao meio ambiente do trabalho, Raimundo Simão de Melo salienta que:

O Princípio da prevenção está consagrado no caput do art. 225 da Constituição Federal brasileira, quando diz que incumbe ao Poder Público é a coletividade

³ Constituição Federal - Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01.nov.2018.

⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. pg. 35.

o dever de defender e preservar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. No aspecto natural, por exemplo, a adequação do meio ambiente pode atingir direta ou indiretamente o ser humano, enquanto no meio ambiente do trabalho, é o homem trabalhador atingido direta e imediatamente pelos danos ambientais, razão por que no âmbito trabalhista se deve levar à risca esse princípio fundamental, expressamente previsto na CF (art. 7º, incisos XXII) que estabelece como direito do trabalhador urbano e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio das normas de saúde, higiene e segurança.⁵

Como bem colocado pelo autor acima citado, o princípio da prevenção, no âmbito do meio ambiente do trabalho, encontra suporte em diversos dispositivos constitucionais que dispõem acerca dos direitos trabalhistas, impondo medidas preventivas com o intuito de preservar e garantir a saúde dos trabalhadores, como por exemplo: a jornada de trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, prevista no artigo 7º, XII; a previsão de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, prevista no artigo 7º, XXII; a obrigatoriedade de seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa prevista no artigo 7º, XXVIII; dentre outras disposições.

Sendo certo que o reconhecimento do direito de todos a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado é um direito fundamental, assegurado constitucionalmente, pois, destaca-se que tanto o meio ambiente, quanto o trabalho estão inseridos no rol dos direitos fundamentais – aqueles sem os quais a vida humana não pode se desenvolver plenamente. São direitos que, por consistirem na essência do próprio conceito de cidadania, não podem ser restringidos ou suprimidos⁶.

Dessa forma, não há dúvidas de que o direito a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado é um direito constitucional que deve ser observado por todos aqueles que figuram na relação de emprego, mesmo nos casos das relações de emprego que se forma de forma trilateral, como por exemplo na terceirização.

3. A RESPONSABILIDADE POR UM MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO, SAUDÁVEL E EQUILIBRADO.

Sendo o direito a um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado um direito fundamental do trabalhador, de quem seria a responsabilidade de manter esse ambiente de trabalho nessas condições?

⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁶ MENEZES, Kathe Regina Altafim. *O meio ambiente do trabalho como direito fundamental*. In: Direito constitucional do trabalho. Rubia Zanotelli de Alvarenga, coordenadora. São Paulo: LTr, 2015. pg.183.

Para responder tal indagação, inicialmente, existem alguns dispositivos da CLT, que distribuem tal responsabilidade entre as empresas, o poder público e o empregado, não sendo tal responsabilidade exclusiva do empregador. Contudo, este é o principal responsável por garantir que o trabalho se desenvolva em um ambiente em condições adequadas no que se refere as normas de segurança e medicina do trabalho, nos termos do artigo 157 da CLT, o qual transcrevo sua redação:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.⁷

Pela redação do artigo 157 da CLT em comento, não há dúvidas de que o maior responsável por um ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado é o empregador, sendo este o responsável não apenas por cumprir; mais também por fazer com que as normas concernentes a segurança e medicina do trabalho sejam cumpridas; por adotar medidas internamente e junto com os órgãos de fiscalização para assegurar um meio ambiente de trabalho livre de riscos aos trabalhadores.

O empregador, ainda, deve fazer com que seus empregados observem as regras relativas a precauções, como, por exemplo, dar orientações no uso de equipamentos de proteção individual (EPI's), no sentido de que acidentes de trabalho e doenças ocupacionais sejam evitadas.

Outros dois importantes artigos dos quais se podem extrair a responsabilidade em relação à preservação de um meio ambiente de trabalho são os artigos 158 e 156 da CLT⁸.

⁷Art. 157 da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 01/11/2018.

⁸ Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 01.nov.2018.

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;(Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Art. 158 - Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Tais dispositivos trazem, respectivamente, as obrigações dos empregados e do poder público, por meio dos órgãos de fiscalização, para que seja assegurado um meio ambiente de trabalho em que as atividades laborais possam se desenvolver de forma digna.

Da forma como está disposta na CLT a questão acerca da responsabilidade em assegurar o meio ambiente do trabalho, pode-se concluir que a obrigação do empregador é de prevenção, enquanto do empregado e do poder público é de colaboração. Como bem ressaltado por Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira:

A Consolidação das Leis do Trabalho define apenas os padrões mínimos, de observâncias obrigatória, para que os empregadores assegurem, a seus empregados, um meio ambiente do trabalho livre de riscos de dano à integridade física dos trabalhadores e estabelece os fins por ela colimados, quanto à eliminação de riscos à saúde. O empregador tem o dever de prevenção dos riscos; é do empregador a obrigação de prevenir se antecipar aos riscos ambientais do trabalho.⁹

Por certo que a questão relativa às medidas protetivas no sentido de assegurar um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado não se esgotam no texto da CLT, devem ser observadas as normas constitucionais que tratam do tema, os tratados internacionais e as convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil.

4. O REGIME DE TELETRABALHO E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO.

O desafio de se manter um meio ambiente de trabalho salutar não se limita ao âmbito da sede empresarial, com certeza que este é o lugar onde a maioria das atividades laborais irão se desenvolver, porém não todas.

A Lei nº 13.467/2017 regulamentou uma nova figura de trabalho, já existente no mundo trabalho, o teletrabalho.

A referida lei inseriu na CLT a regulamentação do regime de teletrabalho, incluindo para a modalidade em questão, mais dois elementos, além daqueles já existentes para a

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

⁹ NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha. A responsabilidade empresarial pelo meio ambiente de trabalho. In: Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. Luiz Eduardo Gunther e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, coordenadores. Juliana Cristina Busnardo e Regina Maria Bueno Bacellar, organizadoras. São Paulo: LT, 2016. pgs. 64/65.

caracterização do vínculo de emprego: a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências da empresa e a utilização de tecnologias da informação e de comunicação na realização das atividades laborais do empregado.

O artigo 75-B da CLT traz definição de teletrabalho da seguinte forma:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.¹⁰

A nova legislação cuidou de, na definição de teletrabalho além de apontar os dois elementos caracterizadores do regime em questão, ressaltar que tal regime não se constitui como sendo trabalho externo.

Antes da regulamentação trazida pela Lei nº 13.467/2017, a prestação de serviço no regime de teletrabalho tinha previsão legal no artigo 6º da CLT¹¹, que teve sua redação alterada pela Lei nº 12.551/2011, a qual equipara para fins de subordinação a prestação de serviço dentro do estabelecimento empresarial do serviço prestado à distância. O que já demonstrava uma preocupação do legislador em regulamentar o teletrabalho.

Ocorre que tal preocupação, não se revestiu dos cuidados necessários com a modalidade em questão, tendo em vista que a regulamentação dada pela Lei nº 13.467/2017 é rasa no tocante a questões importantes e peculiares do regime de teletrabalho, como por exemplo a questão do meio ambiente de trabalho desses trabalhadores.

O trabalho dos empregados submetidos ao regime de teletrabalho é realizado preponderantemente fora das dependências da empresa, em centros de trabalho, em cafés, em bibliotecas, nas residências dos empregados, em qualquer lugar, pois a legislação não delimita uma localidade onde se dará a prestação de serviço, tendo em vista ser um serviço prestado com o uso de tecnologias de informação e comunicação.

A categoria dos trabalhadores que laboram sob o regime de teletrabalho também possuem o direito de que lhes seja assegurado um ambiente de trabalho seguro, saudável

¹⁰ Art. 75-B da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 01/11/2018.

¹¹ CLT - Art. 6º: Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 01.nov.2018.

e equilibrado, por ser um direito como já mencionado nesse artigo assegurado a todos os trabalhadores. Como bem salientado por Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira:

É direito de todo trabalhador desenvolver suas atividades laborativas em condições dignas, necessárias à preservação de sua saúde. Decorre, daí o dever do empregador de proporcionar tais condições, adotando as medidas preventivas e enviando esforços para que o ambiente de trabalho seja seguro e salubre, o melhor possível e desejável.¹²

A Lei nº 13.467/2017 dispõe acerca do meio ambiente do trabalho para os trabalhadores em regime de teletrabalho apenas em um artigo, no artigo 75-E da CLT, o qual possui a seguinte redação:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

O *caput* do referido artigo de certa forma reproduz apenas um dos dispostos expressos no artigo 157, o inciso II, da CLT, o qual afirma que “compete as empresas instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.”.

Ocorre que essa não é a única obrigação do empregador como o dispõe o próprio artigo 157 da CLT, quando se trata da responsabilidade do empregador em se manter o ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado, pois dessa forma estaria se transferindo apenas ao empregado a responsabilidade pelo ambiente de trabalho. Eis os termos do artigo:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)¹³

¹² NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha. *A responsabilidade empresarial pelo meio ambiente de trabalho*. In: Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. Luiz Eduardo Gunther e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, coordenadores. Juliana Cristina Busnardo e Regina Maria Bueno Bacellar, organizadoras. São Paulo: LT, 2016. pg. 59.

¹³ Art. 157 da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 01/11/2018.

Esta questão foi muito bem abordada pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT/IE e pelo Instituto de Economia da UNICAMP ao elaborarem o estudo – dossiê – acerca da reforma trabalhista que culminou na edição da obra “Contribuições críticas à reforma trabalhista, onde se constatou, ao analisar o artigo 75-E da CLT, não ser possível transferir ao empregado toda a responsabilidade em relação ao ambiente de trabalho, nos termos do artigo 75-E da CLT. Consta do estudo em questão:

No tocante às condições de saúde e segurança do trabalho, a única obrigação atribuída ao empregador é a de “instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar (Art. 75-E), o que não implica uma transferência completa da responsabilidade pela gestão da saúde e segurança do trabalho aos próprios trabalhadores, recrudescendo as chances de doenças e acidentes de trabalho, pois não há qualquer garantia de que o ambiente de será seguro e adequado ou que o empregado possuirá e despenderá os recursos eventualmente necessários à sua adaptação. Pelo contrário. A forma, o ritmo e a intensidade do trabalho estão sob controle do empregador, o que, por definição, torna essa transferência de responsabilidade um mero salvo conduto jurídico para a instalação de processos intrinsecamente mais onerosos.¹⁴

A legislação excluiu para o regime de teletrabalho a responsabilidade do empregador em assegurar aos seus empregados um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado, afastando-se, assim, a reforma trabalhista da linha de raciocínio acerca das normas protetivas em relação ao meio ambiente de trabalho.

Ricardo Antunes bem sintetiza tal processo ao analisar *Quem é a classe trabalhadora de hoje?* Em sua obra *O Privilégio da Servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*, ao se referir aos trabalhadores que laboram com tecnologia da informação, o autor coloca que “Vale lembrar que o trabalho nas TIC’s é pautado por uma processualidade contraditória, uma vez que articula tecnologias do século XXI com condições de trabalho herdadas do século XX.”¹⁵

Esquece-se a Lei nº 13.467/2017 de garantir aos teletrabalhadores condições mínimas de trabalho em um ambiente saudável, seguro e equilibrado.

O parágrafo único do artigo 75-E da CLT prevê, ainda, que o empregado deverá assinar um termo de responsabilidade se comprometendo em manter um adequado meio ambiente de trabalho, segundo as instruções dadas pelo empregador. Quais seriam as consequências jurídicas da assinatura de termo? Exonerar o empregador das suas responsabilidades? A resposta sem sombra de dúvidas, é não. O termo em questão não

¹⁴ *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Organizadores: Marilane Oliveira Teixeira; Andréia Galvão; José Dari Krein; Magda Biavaschi; Paula Freitas de Almeida e Hélio Rodrigues de Andrade. Campinas, São Paulo: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 92.

¹⁵ ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 93

tem o condão de exonerar o empregador da responsabilidade primária por assegurar um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado aos seus empregados.

No regime de teletrabalho pelo fato de a prestação de serviço ocorrer fora do estabelecimento empresarial, o empregador deverá ser muito mais diligente em relação às medidas que garantam um meio ambiente de trabalho digno a esses teletrabalhadores, pois o regime em questão deve observar a sistemática do Direito do Trabalho, não transferindo os riscos do empreendimento para o trabalhador.

O empregador deverá treinar seus teletrabalhadores, de forma mais ostensiva, como o próprio artigo 75-E da CLT determina. Nesse sentido é o entendimento de Alfredo Massi:

De todas as modalidades de trabalho, certamente a categoria móvel é a que traz maiores dificuldades em termos de observância às normas de saúde e segurança do trabalho. Por não possuírem local específico de trabalho, podendo realizar suas tarefas nas mais variadas situações, a atividade de fiscalização da empresa se torna de difícil aplicação.

Sendo essas as circunstâncias, o teletrabalhador móvel deve ser objeto intenso de treinamento visando torná-lo capaz de se autopolicar nos cuidados com a postura, tempo de trabalho, iluminação, qualidade do ar, estresse, e outros riscos inerentes ao teletrabalho. O treinamento do teletrabalhador móvel deve ser realizado com maior ênfase, se comparado com os demais trabalhadores, na falta de um espaço próprio que sirva de referência para se avaliar o meio de trabalho correspondente.¹⁶

Por certo que essa nova dinâmica de trabalho irá exigir mudanças comportamentais de todos os agentes envolvidos no sistema trabalhista em questão, o empregador deverá buscar soluções para assegurar e garantir um meio ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado; os empregados, por sua vez, deverão observar de uma forma mais ostensiva as normas referentes a saúde e segurança do trabalho; bem como o poder público deverá buscar alternativas afim de inibir a exploração dos teletrabalhadores e os abusos cometidos nessa modalidade de trabalho, como elenca Talita Camila Gonçalves Nunes:

(...) não se pode olvidar que os teletrabalhadores fazem concessões, estão expostos a novos meios telemáticos de comando capazes de assediá-los no cumprimento da produtividade bem como exercerem o seu ofício nos mais variados horários, em ambiente frequentemente inadequado ao teletrabalho, em flagrante situação análoga à de escravo.

Dessa forma, o advento de uma organização do trabalho tecnológica e mais flexível, que irá contribuir para o meio ambiente e a diminuição dos tráfegos, além de proporcionar maior convívio familiar, se transforma em verdadeira fábrica de teletrabalhadores em tempo integral. Estes adoecem em larga escala,

¹⁶ MASSI, Alfredo. *Teletrabalho – a análise sobre a ótica da saúde e segurança do teletrabalhador*. In: *Teletrabalho*. Lorena de Melo Rezende Colnago, José Eduardo de Resende Chaves Junior e Manuel Martín Pino Estrada, coordenadores. Sheila Stolz e Carlos Alexandre Michaello Marques, organizadores. São Paulo: LTr, 2017. pg. 105.

uma vez que não se desconectam dos meios telemáticos após a jornada, além de sofrerem da fiscalização patronal sem peias.

(...)

A tecnologia está em crescente aperfeiçoamento e expansão. O teletrabalho, em uma marcha irreversível em várias partes do globo, necessita de uma fiscalização ponderada, que não agrida o teletrabalhador de forma física e tão pouco moral. O excesso de jornada é sem dúvida um inimigo que se instala nas paredes do home office, acarretando doenças que podem comprometer permanentemente a saúde do trabalhador. De um lado, a facilidade de exercer a profissão sem sair de casa, de outro, as cobranças de produtividade e o temor de perder o emprego.¹⁷

Assim, nesse contexto de inovação tecnológica, a sociedade tem que caminhar e evoluir no sentido de garantir e preservar a dignidade da pessoa humana, fazendo com que a livre iniciativa seja um meio de fomento do trabalho não uma forma livre e desordenada de exploração da mão de obra da classe trabalhadora.

Não só a sociedade precisa evoluir para acompanhar as inovações tecnológicas, mas também o Direito do Trabalho deve buscar alternativas para se manter sempre em compasso com a proteção e garantia dos direitos do trabalhador.

5. CONCLUSÕES

O regime de teletrabalho, fruto da inovação do mundo moderno, se mostra em duas faces, primeiramente revestido de uma gama de vantagem, já que aparentemente o trabalhador gozará de uma certa liberdade para administrar sua vida profissional e pessoal, e em seguida se mostra como meio cruel de exploração de mão de obra, tendo em vistas que as tecnologias de informação e comunicação podem levar a diversos abusos contra esses teletrabalhadores, como jornadas exaustivas, teleassédios e até teletrabalho escravo.

Diante dessa dualidade, o regime de teletrabalho carece de uma maior regulamentação e fiscalização, com o intuito de se harmonizar com ditames constitucionais, e com o próprio objeto do Direito do Trabalho e com a normas internacionais ratificadas pelo Brasil.

A atual legislação brasileira acerca do tema é rasa, são apenas cinco artigos inseridos na CLT pela Lei nº 13.467/2017, havendo a necessidade de se elaborar uma legislação específica sobre o assunto, onde se discipline melhor regras como a questão do

¹⁷ NUNES, Talita Camila Gonçalves. *O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do trabalho escravo*. In: Teletrabalho. Lorena de Melo Rezende Colnago, José Eduardo de Resende Chaves Junior e Manuel Martín Pino Estrada, coordenadores. Sheila Stolz e Carlos Alexandre Michaello Marques, organizadores. São Paulo: LTr, 2017. pg. 107/108 e 117.

fornecimento de equipamentos de trabalho e a fiscalização da jornada desses teletrabalhadores, a aplicação das normas de saúde e segurança no regime de teletrabalho, a normas relativas à questões ligadas ao acidente de trabalho e às doenças profissionais, enfim diversas situação que carecem de uma regulamentação com o intuito de se preservar normas protetivas em relação a esse tipo de trabalhador, assegurando uma vida digna por meio do exercício do trabalho.

Por certo que a legislação não conseguirá abarcar a infinita gama de situações que estarão sujeitos os empregados submetidos ao regime de teletrabalho, porém é muito mais prejudicial ao trabalhador a insegurança jurídica de uma legislação genérica que apenas disciplina o que é a nova modalidade e a insere no mundo jurídico, colocando o teletrabalho no mundo trabalho de forma completamente desamparada.

O teletrabalho é uma nova categoria de trabalho que carece de uma legislação específica, em especial no diz respeito às questões relativas à medicina e segurança do trabalho, diante do fato do ambiente de trabalho desses trabalhadores não ser um local específico e da impossibilidade de se transferir a responsabilidade de se garantir um meio ambiente de trabalho saudável, seguro e equilibrado aos teletrabalhadores.

Nesse contexto, a preocupação em proporcionar a esses teletrabalhadores um ambiente de trabalho seguro, saudável e equilibrado deve ser ainda maior, pois esses trabalhadores, em face do regime ao qual estão submetidos, no teletrabalho, possuem uma maior vulnerabilidade em relação à proteção de sua saúde física e mental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 15 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01/11/2018.

_____. Decreto-lei n.5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. *Diário Oficial da União*. Brasília, 9 de agosto de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 01/11/2018.

_____. *Lei nº 13.467/2017*, de 13 de julho de 2017. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 de julho de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 01/11/2018.

MASSI, Alfredo. *Teletrabalho – a análise sobre a ótica da saúde e segurança do teletrabalhador*. In: *Teletrabalho*. Lorena de Melo Rezende Colnago, José Eduardo de

Resende Chaves Junior e Manuel Martín Pino Estrada, coordenadores. Sheila Stolz e Carlos Alexandre Michaello Marques, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MENEZES, Kathe Regina Altafim. *O meio ambiente do trabalho como direito fundamental*. In: Direito constitucional do trabalho. Rubia Zanotelli de Alvarenga, coordenadora. São Paulo: LTr, 2015.

NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha. *A responsabilidade empresarial pelo meio ambiente de trabalho*. In: Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. Luiz Eduardo Gunther e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, coordenadores. Juliana Cristina Busnardo e Regina Maria Bueno Bacellar, organizadoras. São Paulo: LT, 2016. pg. 64/65.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. *O acidente de teletrabalho e a fiscalização da tecnologia da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do trabalho escravo*. In: Teletrabalho. Lorena de Melo Rezende Colnago, José Eduardo de Resende Chaves Junior e Manuel Martín Pino Estrada, coordenadores. Sheila Stolz e Carlos Alexandre Michaello Marques, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda; ALMEIDA, Paula Freitas de; e ANDRADE, Hélio Rodrigues de. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Organizadores: Marilane Oliveira Teixeira; Andréia Galvão; José Dari Krein; Magda Biavaschi; Paula Freitas de Almeida e Hélio Rodrigues de Andrade. Campinas, São Paulo: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

**A PROTEÇÃO À SAÚDE DAS TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES:
UMA ANÁLISE DO ARTIGO 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DAS DIRETRIZES
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO HUMANO¹**

**HEALTH PROTECTION OF PREGNANT AND LACTATING WORKERS: AN
ANALYSIS OF ARTICLE 394-A OF CONSOLIDATION OF LABOR LAWS IN
LIGHT OF FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND INTERNATIONAL
GUIDELINES OF HUMAN LABOR PROTECTION**

Helena Martins de Carvalho²

Nicolle Wagner da Silva Gonçalves³

Raquel Leite da Silva Santana⁴

RESUMO

O objetivo do presente estudo é compreender o sentido do artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua redação promovida pela Lei n.º 13.467/2017, a partir de uma análise sistemática do arcabouço normativo constitucional e internacional de proteção à saúde da mulher no trabalho. Para tanto, realizou-se pesquisa documental acerca da normatização do trabalho em ambiente insalubre da mulher gestante ou lactante, bem como das justificativas utilizadas para embasar as alterações legislativas quanto ao tema. Realizou-se, ainda, revisão bibliográfica sobre o direito fundamental à saúde no trabalho, bem como sobre os potenciais danos às trabalhadoras gestantes e lactantes em decorrência da exposição a agentes insalubres, ancorada em pesquisas na área das ciências da saúde, especificamente quanto aos ruídos e agentes químicos. Problematizou-se, ainda, a expressão “médico de confiança”, prevista na atual redação do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como a possibilidade de enquadramento negocial do grau de insalubridade, em contraponto às normas e diretrizes que respaldam a imperatividade de análise técnica especializada quanto a temas referentes à saúde no trabalho. A partir deste estudo, concluiu-se que a alteração introduzida no ordenamento jurídico por meio do novo artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho é mais um sintoma do que foi a reforma trabalhista: a vulnerabilização das trabalhadoras frente ao poderio econômico por meio da flexibilização de normas, da prevalência do negociado sobre o legislado e da transferência da responsabilidade sobre a saúde laboral da trabalhadora para a própria trabalhadora, em afronta às diretrizes da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: Direito fundamental à saúde; Meio ambiente de trabalho da mulher; Gestantes; Lactantes; Trabalho Insalubre; Artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹ O presente artigo tem origem em comunicação de temática semelhante apresentada no Grupo de Trabalho “Gênero, Relações de Trabalho e Meio Ambiente”, realizado durante o XX Encontro Internacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre Mulher e Relações de Gênero (REDOR)/2018.

² Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho. Mestranda em Direito, Estado e Constituição, na linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade- PPGD-FD/UnB. Integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB/CNPq).

³ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB/CNPq).

⁴ Mestranda em Direito, Estado e Constituição, na linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade- PPGD-FD/UnB. Integrante do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania*, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB/CNPq).

ABSTRACT

The objective of this study is to comprehend the meaning of article 394-A of the Consolidation of Labor Laws, in its wording given by Law n. 13.467/2017, from a systematic analysis of the constitutional and international normative framework of women's occupational health protection. To reach that goal, a documental research was made surrounding the rules about pregnant or lactating women's labor at unhealthy environments, as well as surrounding the justification used to base legislative amendments concerning the subject matter. Subsequently, a bibliographical review followed regarding the fundamental right to health at work environment, as well as the potential damages to pregnant and lactating workers due to exposition to unhealthy agents, anchored in health science researches, specifically concerning noises and chemical agents. Furthermore, the expression "trustworthy doctor" was problematized, foreseen by the current wording of article 394-A of the Consolidation of Labor Laws, as well as the possibility of negotiating the framework of the degree of unhealthiness, in opposition to the rules and guidelines that back up the imperativeness of a technical analysis of themes relative to occupational health. From this study, it was concluded that the alteration introduced to the legal order by means of the new article 394-A of the Consolidation of Labor Laws is another symptom of what the labor reform brings: the crippleness of workers in comparison to the economic power due to legal relaxation, the prevalence of negotiated in detriment of legislated, and the transference of responsibility over women's occupational health to the worker herself, in affront to the guidelines of Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Fundamental right to health; Occupational environment of women; Pregnant; Lactating; Unhealthy work; Article 394-A of Consolidation of Labor Laws.

1. INTRODUÇÃO

A recente alteração na legislação do trabalho promovida pela promulgação da Lei n.º 13.467/2017 (a chamada "Reforma Trabalhista"⁵), teve como uma de suas justificativas a modernização das relações trabalhistas⁶, as quais passaram a contar, a partir dos anos 1990, com novas modalidades de prestação de serviços⁷. Portanto, foi também sob o argumento de ser necessário garantir a produtividade e a competitividade no mercado de trabalho⁸, incluindo na legislação trabalhista vigente a possibilidade jurídica de realização de novas relações de trabalho, que a "Reforma Trabalhista" foi aprovada.

⁵ Quanto à expressão em questão, importa destacar que, neste trabalho, entendemos por "Reforma Trabalhista" "um conjunto muito mais amplo de medidas que, ao contrário de buscarem aprimorar as relações de trabalho, representam verdadeiro retrocesso do ponto de vista de direitos sociais". A respeito do tema, conferir: VASCONCELOS, Felipe Gomes da Silva. *O controle do corpo e a violência laboral*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, SOUTO, Valdete (Org). *Resistência: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

⁶ SEVERO, Valdete Souto. *O esvaziamento da gratuidade como elemento de vedação de acesso à justiça*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Resistência: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

⁷ ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018.

⁸ Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que "altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.

Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 28/11/2018.

Assim, se por um lado as alterações trazidas pela Reforma tinham como promessa o aumento das possibilidades de acesso dos trabalhadores e trabalhadoras ao mercado de trabalho, por outro, é certo que reduziram as proteções legais das relações de trabalho⁹, resultando em uma taxativa contraposição entre o conteúdo normativo então inserido na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e os preceitos constitucionais promulgados com a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Isso porque a Constituição Federal, que em 2018 completa 30 anos, inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um forte substrato protetivo aos direitos sociais¹⁰, em confluência à estrutura de Estado Social edificada¹¹, a partir de sua própria promulgação e do arcabouço principiológico fornecido por seu conteúdo integral.

O trabalho é um dos direitos sociais reconhecidos pelo Texto Constitucional, cujas relações são orientadas a partir da vedação a disciplinas jurídicas que resultem em retrocesso aos patamares já alcançados, conforme se extrai do conteúdo do *caput* do art. 7º, da CF/88.

Assim é que, considerando-se a condição de hipossuficiência a que estão submetidos os trabalhadores e trabalhadoras na relação capital *versus* trabalho¹², a CF/88 inseriu em seu artigo 7º um extenso rol de normas que, além de igualarem os direitos dos trabalhadores rurais aos urbanos pela primeira vez em Texto Constitucional, estabeleceram patamares mínimos de dignidade para o desenvolvimento das relações de trabalho¹³.

⁹ Rodrigo Trindade, em artigo escrito para a Associação de Magistrados do Trabalho da 13ª Região, em análise dos dados disponibilizados pelo IBGE, relativos ao primeiro trimestre de 2018, avalia que “o grupo dos informais é o que está em expansão, fazendo com que empregados sem carteira e autônomos sem CNPJ já somem 40,6% dos ocupados no Brasil. Entre metade de 2016 e os mesmos meses de 2017, os empregados “oficiais” caíram 2,3% na fatia dos ocupados, enquanto os “piratas” subiram 1,5%. São os informais que puxam para baixo a taxa de desemprego, fazendo com que o índice tenha passado de 13,1% no 1º trimestre desse ano para 12,4% no segundo período. Entre abril e junho de 2018, perdemos quase meio milhão de postos de trabalho formais, migrando ou para as estatísticas de desemprego e subutilização ou engordando os cada vez mais robustos índices de informalidade.” A respeito do tema, conferir: TRINDADE, Rodrigo. *Nove meses depois: o que a Reforma Trabalhista entregou ao mercado de trabalho brasileiro*. Disponível em: <http://www.amatra13.org.br/artigos/nove-meses-depois-o-que-a-reforma-trabalhista-entregou-ao-mercado-de-trabalho-brasileiro/>. Acesso em 10/11/2018.

¹⁰ CARVALHO NETO, Menelick. *A Constituição é uma comunidade de princípios*. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/constituicao-e-comunidade-de-principios-afirma-menelick-de-carvalho>. Acesso em 15 de novembro de 2018.

¹¹ VASCONCELOS, Felipe Gomes da Silva. *A hermenêutica trabalhista e o princípio do direito do trabalho*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Org). *Resistência: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

¹² Essa condição de hipossuficiência está diretamente relacionada ao fato de que o trabalhador e a trabalhadora, nas relações de emprego, mantêm-se subordinados ao empregador. Trata-se aqui, portanto, de hipossuficiente “pela relação de dependência dos meios e estruturas de organização da produção”. A respeito do tema, conferir: MURADA, Daniela. *Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e impossibilidade da via arbitral*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Org). *Resistência: aporte teórico contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

É diante desse cenário que impressiona a nova redação trazida pela Reforma Trabalhista ao art. 394-A da CLT, que passou a considerar ser possível que mulheres grávidas exerçam atividades insalubres em graus médio ou mínimo, bem como que as lactantes laborem em locais que apresentem insalubridade em qualquer grau. A norma se contrapõe ao sentido do Texto Constitucional no que tange à proteção da saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, da maternidade e da infância (art. 6º, *caput*), do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX), assim como à redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII).

Assim, contrariamente à redação anterior do artigo, dada pela Lei n.º 13.287/2016, cuja previsão era de que a empregada gestante ou lactante deveria ser afastada de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, o novo permissivo legal prevê que o afastamento das empregadas nestas condições somente se dará quando houver apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança. A propósito, desde logo destaca-se que *“trata-se, simplesmente, do médico de escolha da mulher gestante ou lactante- este o sentido do texto expresso do novo preceito legal”*.¹⁴

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo contribuir para a compreensão do sentido do artigo 394-A da CLT, em sua redação promovida pela Lei n.º 13.467/2017, a partir de uma análise sistemática do arcabouço normativo constitucional e internacional de proteção à saúde da mulher no trabalho.

2. O ART. 394-A, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL

A Consolidação das Leis Trabalhistas foi promulgada em 1943 com um capítulo específico destinado à proteção do trabalho da mulher, contando com seis seções, as quais prevêm as condições do trabalho da mulher (Seção I); a regulação do trabalho noturno (Seção II); os períodos de descanso (Seção III); os métodos e locais de trabalho (Seção IV); a proteção à maternidade (Seção V) e as penalidades para o não cumprimento das previsões dispostas nas seções anteriores (Seção VI).

A partir de uma leitura sistemática do capítulo, em seu texto não compilado, verifica-se que os artigos nele contidos sofreram diversas alterações ao longo dos anos.

Destaca-se, no particular, que, em sua redação original, o artigo 387 da CLT proibia o trabalho de mulheres *“nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados”*. O objetivo da norma era resguardar as funções reprodutivas da

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 150.

mulher, partindo-se da premissa de que a exposição a agentes insalubres lhe acarretaria danos fisiológicos, impossibilitando ou dificultando, assim, o exercício da maternidade. Ocorre que essa “proteção” mascarava uma forma de discriminação, na medida em que nem toda mulher deseja ou pode ser mãe.¹⁵ Por esse motivo, o referido artigo foi revogado pela Medida Provisória n.º 89 de 1989, posteriormente convertida na Lei n.º 7.855/89.

Em 2016, a mudança de compreensão acerca dos efeitos nocivos da exposição a agentes insalubres refletiu-se no ordenamento jurídico por meio da inserção do artigo 394-A na CLT, mediante a Lei n.º 13.287/2016, com a seguinte previsão: “*Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.*”

O Projeto de Lei (PL 814/2007)¹⁶ que resultou na inserção do artigo 394-A da CLT em redação original, acima transcrita, foi assim justificado, *in verbis*:

PROJETO DE LEI Nº , DE 2007 (Do Sr. Sandes Júnior)

(...)

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 394-A:

Art. 394-A A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Parágrafo único. Durante o afastamento temporário previsto no caput, fica assegurado à empregada gestante ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Várias proibições discriminatórias ao trabalho feminino caíram, com a adoção ampla do Princípio da Igualdade pela Constituição Federal de 1988. Assim, não são mais proibidas para a mulher as prorrogações da jornada, o trabalho insalubre, perigoso, noturno, em subterrâneos, minerações, subsolos, pedreiras e nas obras de construção, como previsto anteriormente em dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Foram mantidas, na legislação atual, apenas as disposições que têm por objeto medidas protetivas em relação ao período de gravidez e pós-parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos.

É essa a tendência da legislação dos países desenvolvidos e em desenvolvimento que defendem o afastamento de medidas de proteção ao trabalho feminino, como forma de se evitar maiores prejuízos à mulher, porquanto tais medidas têm incentivado a prática de atitudes discriminatórias.

Assim, a prevalência e quase que a exclusividade das preocupações modernas se dirigem para a proteção à maternidade, em razão do interesse público e social de que está revestida a matéria.

¹⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 214-215.

¹⁶ (BRASIL, 2008). Projeto de Lei n.º 814/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=349187>. Acesso em 28/11/2018. Grifos acrescentados.

Dessa forma, por considerarmos que o trabalho em ambientes insalubres é inegavelmente prejudicial não só para as trabalhadoras, mas principalmente para o feto e para a criança em fase de amamentação, estamos apresentando o presente Projeto de Lei, para proibir o trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres.

Entretanto a obrigatoriedade de afastamento da empregada gestante ou lactante pode causar-lhe um prejuízo econômico se, ao ser afastada da atividade insalubre, perder o adicional que lhe era anteriormente devido. Por isso, estamos prevendo, no Parágrafo único do artigo acrescentado à CLT, que, enquanto durar o afastamento da empregada, esta terá direito ao salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade a que tinha direito.

Isto posto, por considerarmos a matéria de inegável alcance social, gostaríamos de contar com o apoio dos nobres Colegas para sua aprovação.

Verifica-se que a preocupação do proponente do Projeto de Lei se voltava, de forma central, à proteção da maternidade, “*em razão do interesse público e social de que está revestida a matéria*”, considerando-se a atividade insalubre “*inegavelmente prejudicial, não só para as trabalhadoras, mas principalmente para o feto e para a criança em fase de amamentação*”.

Assim, a proposição considerava os assuntos relativos à maternidade, à saúde da mulher, do feto e da criança em fase de amamentação como de interesse público.

Tal perspectiva coaduna-se com o conteúdo principiológico do Texto Constitucional que, em uma análise sistemática, prevê como direito das trabalhadoras todos aqueles “*que visem à melhoria de sua condição social*” (art. 7º, *caput*), por meio de iniciativas tais como a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII), bem como a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), como forma de reconhecer e ao mesmo tempo dirimir as desigualdades e discriminações sociais sofridas pelas mulheres no mercado de trabalho.

Nesse sentido, longe de visar à criação de um artigo que promovesse a desigualdade como aquisição de privilégio, o PL n.º 814/2007 tinha como objetivo a proteção de toda a ordem pública, na medida em que se destinava à proteção das trabalhadoras grávidas e lactantes e de seus filhos, considerando a matéria como de interesse público.

Cumprido esclarecer que o artigo 394-A, em sua redação original acima transcrita, tampouco trazia a discriminação reversa verificada na proibição da realização de atividades insalubres por toda e qualquer mulher, nos termos do antigo artigo 387 da CLT. Portanto, não é forçoso concluir que a proteção dirigida especificamente à mulher gestante ou lactante justificou-se juridicamente diante do reconhecimento, ainda que indireto, de que as especificidades inerentes à maternidade seriam internalizadas por toda a sociedade, inclusive pelo empregador, que não mais poderia manter a trabalhadora em atividades dessa natureza.

Com isso, embora o artigo não tenha sido aprovado com a redação inicialmente proposta no PL em questão, isto é, com a garantia às gestantes e lactantes do recebimento do salário integral que vinham percebendo (incluindo o adicional de insalubridade) antes do afastamento, o *caput* do artigo foi aprovado em sua redação original, prevendo, assim, que essas trabalhadoras exercessem suas atividades em local salubre.

Dessa feita, pareceu haver um consenso legislativo sobre a necessidade de se proteger de modo amplo o trabalho da mulher, com o objetivo de lhe conferir condições especiais levando em consideração as desigualdades verificadas no mercado de trabalho e, no tocante às gestantes e lactantes, o trabalho em ambiente salubre, por meio do artigo 394-A (com a redação dada pela Lei n.º 13.287/16).

Sob outro aspecto, tais condições especiais podem ser tidas como um reflexo do interesse de toda a sociedade, inclusive do empregador, de proteger a maternidade, tal como expressamente consignado no PL n.º 814/2007, o que é endossado por Saffioti, para quem

a maternidade não pode, pois, ser encarada como uma carga exclusiva das mulheres. Estando a sociedade interessada no nascimento e socialização das novas gerações como uma condição de sua própria sobrevivência, é ela que deve pagar pelos menos parte do preço da maternidade, ou seja, encontrar soluções satisfatórias para os problemas de natureza profissional que a maternidade cria.¹⁷

Ainda no sentido das razões expostas na justificativa, que impulsionaram a promulgação do artigo 394-A, sob a perspectiva da criança, filho ou filha da trabalhadora gestante ou lactante, da leitura do artigo 227 da CF/88 extrai-se outra dimensão protetiva quanto à responsabilidade de toda a sociedade, que interessa à discussão apresentada: "*[é] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde (...), além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*"

Para além disso, fala-se aqui do direito à saúde como direito social consagrado pela Constituição Federal de 1988 (art. 6º, da CF/88), tendo em vista que o ambiente insalubre pode gerar prejuízos permanentes a quem lhe é exposto.

Assim, não é por acaso que o artigo 7º, XXII, em consonância com o artigo 6º, ambos da CF/88, prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, razão pela qual, nas relações trabalhistas, à luz dos preceitos constitucionais, é imperativo que se reconheça o direito das trabalhadoras gestantes

¹⁷ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *A mulher na sociedade de classe*. 3ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

e lactantes a laborarem em local salubre como forma de concretização do direito fundamental à saúde.

3. TRABALHO EM AMBIENTE SALUBRE COMO DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DAS TRABALHADORAS GESTANTES E LACTANTES

No mundo do trabalho, o principal desafio é encontrar instrumentos que garantam o equilíbrio da tensão entre o princípio fundamental da livre iniciativa, que reflete os interesses de rendimento e maximização da mais-valia, e o princípio fundamental do valor social do trabalho, que reflete o interesse de realização de uma atividade laborativa digna e decente.

Ocorre que o projeto neoliberal que redundou na implementação da Reforma Trabalhista, ao contrário de reforçar e ampliar os instrumentos já existentes de compensação jurídica da desigualdade fática entre capital e trabalho, busca acanhar os princípios trabalhistas da proteção e da norma mais favorável ao obreiro.

Como consequência, tem-se o crescimento da concentração da renda e da riqueza globais entre uma minoria privilegiada, o que somente tende a agravar as injustiças nas mais distintas esferas da vida humana, entre elas, a saúde. Tanto é assim que a maioria dos problemas de saúde e as principais causas de morte prematura estão relacionados com desigualdades sociais, tais como baixa escolaridade, condições de trabalho precárias, falta de acesso a saneamento básico, baixa renda, entre outros.¹⁸

Infelizmente, no Brasil, as discussões jurídicas acerca do direito fundamental à saúde no trabalho, em especial no que tange ao trabalho em ambiente insalubre, tendem a envolver as bases de cálculo do adicional e a ampliação da lista de atividades insalubres, o que demonstra a indiferença com o problema central, que é a prestação do direito fundamental à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras.

Nesse sentido, indene de dúvidas que o artigo 394-A da CLT, em sua redação original, era uma norma de saúde pública que tutelava a gestante, o nascituro, a lactante e a criança de eventuais danos que pudessem ser gerados pelos agentes danosos presentes em locais insalubres, como visto acima. A esse propósito, destaca-se que a concepção do termo “saúde” vem deixando de ser utilizado no sentido negativo do termo, na acepção de “ausência de doença”, para que se fale em qualidade de vida, em perspectiva mais ampla da saúde do

¹⁸ COSTA, Eder Dion de Paula; STOLZ, Sheila. *O direito humano à saúde, segurança e ao meio ambiente do trabalho equilibrado: uma questão de justiça social na perspectiva das organizações intergovernamentais internacionais*. In: *Direito e saúde: construindo a justiça social*. JÚNIOR, Marco Aurélio Serau; BRAUNER, Maria Cláudia; COSTA, José Ricardo Caetano (Org.). São Paulo: LTr, 2016, p. 15-26.

trabalhador. Assim, em sintonia com a definição de saúde ocupacional pelo comitê misto da OIT/OMS, desde a década de 1970, a saúde passou a ser compreendida como o “bem-estar físico, psíquico e social”¹⁹

A Organização Mundial da Saúde declara, no preâmbulo de sua Constituição, que:

(...) os seguintes princípios são princípios básicos para a felicidade, relações harmoniosas e segurança de todos: saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político e condição econômica e social.”²⁰

O Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de outro lado, prevê que "*toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar*", e que "*a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais*".²¹

Do mesmo modo, consta do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que "*a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social*", bem como que "*existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações*". A OIT considera ainda ser "*urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, (...) à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres*".²²

No que se refere à relação entre justiça social e a proteção da saúde no trabalho, a OMS, em relatório sobre as determinantes sociais da saúde, ressalta a substancial influência das desigualdades sociais no bem-estar humano:

O tema da justiça social é de importância vital. Afeta a forma como a população vive, a conseqüente probabilidade de doença e o seu risco de morte prematura. (...) Dentro de um mesmo país é possível encontrar diferenças dramáticas no campo da saúde, que estão intimamente relacionados com os diferentes graus de desfavorecimento a nível social. Diferenças desta magnitude, dentro ou entre países, simplesmente não deveriam existir. Estas desigualdades na saúde, por certo evitáveis, surgem por causa das circunstâncias em que as populações crescem,

¹⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5a ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 70.

²⁰ Convenção relativa ao amparo à maternidade. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_103.html#103. Acesso em 28/11/2018.

²¹ Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 15/11/2018.

²² Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia). Conferência Internacional do Trabalho em Montreal, 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/document/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em 15/11/2018.

vivem, trabalham e envelhecem, bem como dos sistemas implementados para lidar com a doença. As condições em que as pessoas vivem e morrem são, por outro lado, moldadas por forças de ordem política, social e económica. As políticas sociais e económicas têm um impacto determinante na possibilidade de uma criança crescer e se desenvolver em todo o seu potencial e viver uma vida plena ou de a sua vida ser destruída.²³

Diante disso, a redação original do art. 394-A da CLT estava em confluência não só com os princípios constitucionais sobre o tema, mas também observava as respectivas diretrizes internacionais sobre o assunto..

4. A REFORMA TRABALHISTA E A REGRA DE EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES: DANOS À SAÚDE DA TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE

Em que pese o conteúdo constitucional trazido pela Lei n.º 13.287/2016, que deu ensejo à redação original do art. 394-A, da CLT, o advento da Reforma Trabalhista modificou não só a redação, mas também o sentido protetivo deste artigo.

Assim, a gestante e a lactante, que antes eram protegidas das atividades insalubres e potencialmente prejudiciais à sua saúde e a do feto ou criança em fase de amamentação, somente serão afastadas dessas atividades caso apresentem atestado de saúde de médico de sua confiança.

De forma mais específica, o artigo 394-A da CLT prevê que somente as gestantes serão afastadas de atividades de grau máximo e que, quanto ao trabalho realizado em local insalubre de grau médio ou mínimo, tanto as gestantes como as lactantes somente serão afastadas nos casos em que um médico de sua confiança ateste esta necessidade.

Isto é, além de inserir a possibilidade de as gestantes e lactantes trabalhadoras exercerem atividades em local de insalubridade média e mínima, a Reforma Trabalhista vai além e cria uma discriminação jurídica entre as gestantes e lactantes²⁴, por vedar o trabalho da gestante em ambiente insalubre de grau máximo, mas não o proibir para as lactantes. Ou seja, estas últimas trabalhadoras somente deverão ser afastadas de atividades de grau de insalubridade máxima quando apresentarem atestado de saúde nesse sentido.

²³ CDSS (2010). *Redução das desigualdades no período de uma geração*: igualdade na saúde através da acção sobre os seus determinantes sociais. Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43943/9789248563706_por_contents.pdf;jsessionid=23FAEB9C573E822F5B07B01D979BBB25?sequence=8. Acesso em 28/11/2018.

²⁴ BRITO, Maurício Ferreira. *O trabalho da lactante em ambiente insalubre: retrocesso social*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/o-trabalho-da-lactante-em-ambiente-insalubre-retrocesso-social-11102018/amp> Acesso em 10/11/2018.

Nesse cenário de profunda alteração legislativa que vai de encontro direto com os preceitos constitucionais e as diretrizes internacionais já mencionadas, é importante destacar que o atual formato do artigo 394-A sofreu momentânea modificação com a entrada em vigor da Medida Provisória (MP) n.º 808/17, de novembro de 2017. Essa Medida Provisória determinava que as mulheres gestantes fossem afastadas de locais insalubres em qualquer grau e que a mulher lactante também o fosse, desde que apresentasse atestado de saúde de médico de confiança, que fizesse a referida recomendação.

Consta da justificativa da referida MP, no que tange ao tema em análise:

Empregadas gestantes/lactantes e ambiente insalubre

10.5 A Medida Provisória proposta promove alterações na redação do caput e do § 2º, além de incluir os §§ 3º e 4º ao art. 394-A do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, buscando garantir o afastamento da mulher gestante de atividades insalubres em grau máximo como forma de preservar a sua saúde e a do nascituro, ao mesmo tempo em que se permite que, nos casos de atividades insalubres em grau médio e mínimo possam ser exercidas pela mulher, quando esta, voluntariamente, apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que autorize sua permanência no exercício das atividades.

10.6 Já no que tange ao exercício de atividades insalubres por mulheres lactantes, propõe-se que a mulher seja afastada da atividade insalubre em qualquer grau, caso apresente atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que recomende o seu afastamento durante o período de lactação.

10.7 Este dispositivo tem o cuidado de não promover situações de discriminação da mulher em locais com atividades insalubres, o que pode afetar a sua empregabilidade, principalmente quando se tratar de mulher em idade reprodutiva. É de grande importância atingir ambos objetivos, quais sejam a garantia da saúde da mulher e a sua empregabilidade, notadamente em atividades ligadas à área de saúde.

25

Entretanto, a referida MP perdeu sua eficácia em 23 de abril de 2018, porquanto não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, tendo o dispositivo supracitado retornado à sua redação dada pela Lei n.º 13.467/2017.

Considerando que o tema da saúde e segurança do trabalho deve ser abordado a partir de uma perspectiva multidisciplinar, cumpre destacar que há estudos técnicos que demonstram a relação entre a exposição da gestante ou lactante aos agentes insalubres, tais como ruídos e agentes químicos, e a incidência de danos à saúde dos fetos ou das crianças em período de amamentação, por meio dos quais é possível verificar a extensão dos riscos à saúde da trabalhadora gestante (e ao feto), à lactante (e ao lactente), quando expostas a tais atividades.

²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf. Acesso em 28/11/2018.

Os limites de exposição aos agentes insalubres estão regulamentados por meio Norma Regulamentadora n.º 15 do Ministério do Trabalho e Emprego - Atividades e Operações insalubres.

Os ruídos e agentes químicos, objetos dos estudos científicos analisados a seguir, estão previstos especificamente nos Anexos 1, 2, e 11 a 13 e 13-A da referida NR.

O Anexo 1 cuida dos limites de tolerância para ruídos contínuos ou intermitentes, os quais, quando ultrapassados, ensejam o direito ao adicional de insalubridade sempre em grau médio, independentemente da extrapolação do limite de 85 decibéis (dB), para jornadas de 8 horas; 86, para jornadas de 7 horas; e 87, para as de 6 horas. A título de exemplo, um aspirador de pó doméstico, que já causa desconforto auricular, atinge 75dB em média.²⁶

O Anexo 2 trata dos limites de tolerância para ruídos de impacto, aqueles com intervalos superiores a um segundo e picos inferiores a um segundo, sendo devido também o adicional de grau médio. Os limites são de 120 dB ou 130 dB, a depender do método de medição utilizado. São exemplos de ruídos de impacto aqueles provenientes de britadeiras, prensas, impressoras automáticas, entre outros.

Observe-se que, no caso dos ruídos, tanto contínuos como de impacto, não interessa se o limite foi excedido em 5 dB ou em 30 dB, o adicional será devido sempre em grau médio.

O Anexo 11 aborda os agentes químicos por limite de tolerância, dividindo-os em absorvíveis pela via cutânea e absorvíveis pela via respiratória. A caracterização da insalubridade, nesses casos, é quantitativa, ou seja, decorre da extrapolação dos limites de tolerância. O Anexo 12 trata das poeiras minerais e o Anexo 13 divide produtos químicos por atividades nas quais servem de matéria-prima, excetuando-se aquelas previstas nos Anexos 11 e 12. O Anexo 13 é um anexo qualitativo, que privilegia a descrição das atividades, independente da quantificação.

Em 1995 foi acrescentado o Anexo 13-A, sobre o benzeno, que é igualmente cancerígeno, às substâncias dos Anexos 11 e 12. O Anexo 13-A enquadra como insalubres atividades que exponham o trabalhador a produtos contendo em sua fórmula proporção igual ou superior a 1% de benzeno o grau do adicional de insalubridade decorrente da exposição aos agentes químicos pode variar entre mínimo, médio ou máximo, a depender do enquadramento.

²⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 95.

Nesse contexto, conclui-se que, de acordo com a nova regra consolidada, é possível a exposição de gestantes a ruídos além dos limites de tolerância, bem como a agentes químicos, quando a insalubridade for configurada em grau mínimo ou médio.

É sabido que, durante o período gestacional, as alterações hormonais da mulher causam mudanças fisiológicas tais como a baixa acentuada da imunidade e oscilações de humor. A gestação, além de uma alteração física e psíquica, é também uma alteração na dimensão existencial da mulher, impactando diretamente em sua vida de relações e em seu projeto de vida.

Assim, é possível concluir que a recuperação física, psíquica e social da exposição a agentes nocivos tende a ser comprometida durante a gestação, de modo que o impacto do meio ambiente de trabalho insalubre na saúde da mulher é ainda mais nefasto durante esse período.

Por outro lado, segundo estudos publicados pela Environmental Health Perspectives²⁷, publicação mensal apoiada pelo Instituto Nacional de Ciências da Saúde Ambiental dos EUA, a exposição da mulher gestante ou lactante a agentes insalubres pode afetar diretamente o desenvolvimento do feto ou da criança em fase de amamentação.

Em um dos estudos, concluiu-se que a exposição ocupacional de mães lactantes a agentes químicos pode ocasionar o aumento na incidência de alergias ao longo da trajetória de desenvolvimento da infância. A incidência de alergias em crianças entre 4 e 6 anos de idade cujas mães foram expostas foi de 32,6%, ao passo que entre aquelas crianças cujas mães não foram expostas o percentual de alergias foi de 25%.²⁸

Foram estudados ainda os efeitos para o feto quando a respectiva genitora, durante a gestação, ficava exposta a hidrocarbonetos aromáticos policíclicos, o que pode ocorrer em ambientes de refinarias, siderúrgicas, pavimentação de estradas, produção do carvão vegetal (carvoarias), defumação de carnes e peixes, pizzarias com fornos à lenha, oficinas mecânicas, churrascarias e galeterias. Avaliou-se a potencial associação entre exposição ocupacional materna e incidência de gastrosquise, uma má-formação do feto caracterizada por desenvolvimento irregular da parede abdominal, de modo que órgãos como estômago e intestinos ficam expostos por uma abertura na barriga. A análise também indicou que a exposição materna durante o início da gravidez está associada com um aumento da probabilidade de gastrosquise nos filhos de mulheres acima dos 20 anos de idade, mas não

²⁷ Conferir: <https://ehp.niehs.nih.gov>. Acesso em 30/11/2018.

²⁸ ANDREUASAITYTE, Sandra; GRAZULEVICIENE, Regina. *Maternal Occupational Exposure and Breastfeeding Impact on Programming Child Allergy*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/isee.2016.3123>. Acesso em 28/11/2018.

nos filhos de mulheres mais novas, o que chama a atenção, porque embora a tenra idade materna seja o maior fator de risco para a gastrosquise no feto, a maior parte dos casos relatados ocorreu em filhos de gestantes com mais de 20 anos.²⁹

Em outra pesquisa, os resultados levaram à conclusão de que a exposição da gestante a solventes orgânicos pode estar associada ao futuro desenvolvimento de leucemia na criança. Foram combinados, para tanto, dados acerca de 12 agentes químicos, 25 ocupações e 40 tipos de exposição, obtidos ao longo de 21 anos.³⁰

Em estudo realizado a partir de 1.422.333 (um milhão, quatrocentos e vinte e dois mil e trezentos e trinta e três) casos na Suécia, entre 1986 e 2008, verificou-se a associação entre exposição ocupacional a ruídos durante a gravidez e uma futura disfunção auditiva da criança. Os resultados obtidos amparam a conclusão de que mulheres grávidas não deveriam ser expostas a altos níveis de ruído.³¹

Diante do exposto, verifica-se que a exposição de gestantes e lactantes a ambientes insalubres pode gerar riscos pontuais à sua vida e integridade, assim como a do feto e a da criança em fase de amamentação, razão pela qual não existem dúvidas sobre os danos aos quais tais trabalhadoras estarão submetidas, a partir do novo permissivo legal.

5. A INSALUBRIDADE DEFINIDA POR MÉDICO DE CONFIANÇA, POR CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

Conforme visto anteriormente, para a compreensão dos reais efeitos da exposição a agentes insalubres para a trabalhadora, é necessário o conhecimento técnico especializado que defina a quais agentes as trabalhadoras gestantes ou lactantes podem estar submetidas, haja vista os danos gerados à sua saúde e a do feto ou criança em fase de amamentação.

Além de ser consectário lógico que a insalubridade seja definida por quem detém conhecimento técnico especializado, o artigo 195, da CLT, determina, de forma expressa, que “ *a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as*

²⁹ AGOPIAN, A.J.; DESROSIERS, Tania A.; DUWE, Kara N.; FINNELL, Richard H.; KHODR, Zeina G.; LANGLOIS, Peter H.; LAWSON, Christina C.; LUPO, Philip J.; MITCHELL, Laura E.; MOORE, Cynthia A.; REEFHUIS, Jennita; ROMITTI, Paul A.; SHAW, Gary M.; SYMANSKI, Elaine; WATERS, Martha A. *Maternal Occupational Exposure to Polycyclic Aromatic Hydrocarbons: Effects on Gastroschisis among Offspring in the National Birth Defects Prevention Study*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/ehp.1104305>. Acesso em 28/11/2018.

³⁰ BRICEÑO, Freddy; MONGE, Patricia; PARTANEN, Timo. *Childhood Leukemia and Maternal Occupational Exposures to Organic Solvents in Costa Rica*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/isee.2011.01509>. Acesso em 28/11/2018.

³¹ ALBIN, Maria; GUSTAVSSON, Per; LEWNÉ, Marie; ROSENHALL, Ulf; RYLANDER, Lars; SELANDER, Jenny. *Maternal Occupational Exposure to Noise during Pregnancy and Hearing Dysfunction in Children: A Nationwide Prospective Cohort Study in Sweden*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/ehp.1509874>. Acesso em 28/11/2018.

normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.” Isto é, somente Médicos do Trabalho ou Engenheiros do Trabalho podem realizar perícia que caracterize e classifique a insalubridade.

A propósito, destaque-se que esse artigo não foi revogado ou alterado pela "Reforma Trabalhista", estando em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo 394-A da CLT, ao delegar ao “médico de confiança” o condão de vedar o labor da obreira gestante ou lactante em ambiente insalubre, não somente afronta os princípios constitucionais de proteção à saúde da trabalhadora, à maternidade e à infância, como viola o disposto no artigo 195 da CLT:

A expressão legal referente a ‘atestado de saúde’ (...) ‘emitido por médico de confiança da mulher’ suplanta qualquer ordem de preferência entre médicos, serviços médicos e atestados médicos - como, por exemplo, a ordem de preferência mencionada na Súmula 282 do TST. Trata-se, simplesmente, do médico de escolha da mulher gestante ou lactante - este o sentido do texto expresso do novo preceito legal.³²

Ademais, por meio do artigo 394-A, verifica-se que a "Reforma Trabalhista" transfere para a empregada o ônus de lidar com os possíveis danos do trabalho insalubre, já que deixa sob a sua responsabilidade consultar-se com um “médico de sua confiança” para somente então resguardar-se do ambiente prejudicial à saúde - o que também vai de encontro ao complexo normativo do Direito do Trabalho, visto que é responsabilidade do empregador garantir um meio ambiente de trabalho saudável para que os trabalhadores desenvolvam as suas atribuições de maneira decente e dignificante (artigo 157, da CLT, c/c artigo 7º, XXII, da CF).

De igual forma, verifica-se da leitura do artigo 394-A da CLT, concomitante à do artigo 611-A da CLT, também inserido pela "Reforma Trabalhista", que a atual legislação trabalhista admite tanto o enquadramento do grau de insalubridade por meio de instrumento coletivo, quanto a prorrogação da jornada nestes ambientes, sem licença prévia das autoridade competentes do Ministério do Trabalho nos termos do art. 611-A, incisos XII e XIII, da CLT.

Isso quer dizer que o que antes era de competência exclusiva do Ministério do Trabalho, por meio da Norma Regulamentadora n.º 15 e, assim, de perícia técnica especializada por Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho (artigo 195 da CLT) agora

³² DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 150.

pode ser acordado por meio de negociação coletiva celebrada por representantes sindicais, sem qualquer exigência de que haja parecer ou intervenção especializada sobre o assunto para identificar, analisar ou ponderar sobre o enquadramento do grau de insalubridade da atividade ou a possibilidade de prorrogação da jornada em ambientes insalubres.

Nesse sentido, um grau de insalubridade considerado baixo pela convenção ou acordo coletivo pode ser considerado médio ou alto para Médicos ou Engenheiros do Trabalho, tecnicamente aptos a este tipo de avaliação. Isto pode desencadear, portanto, na exposição da gestante ou lactante em ambientes insalubres, a não ser que apresente atestado de médico “da sua confiança”, que não precisa ser Médico do Trabalho, ao contrário do taxativamente expresso no art. 195, *caput*, da CLT.

Ainda, a Orientação Jurisprudencial n.º 165 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, a qual não teve sua redação alterada após a "Reforma Trabalhista", indica que os únicos profissionais aptos a caracterizar e classificar a insalubridade são o Médico e o Engenheiro do Trabalho, sendo devidamente habilitados para perícias dessa importância e inexistindo diferença entre eles.

Portanto, quais serão os critérios utilizados para determinar o enquadramento do grau de insalubridade em Convenção ou Acordo Coletivo? E, no mesmo sentido, já que é desnecessária a licença prévia das autoridades competentes para prorrogação da jornada em ambiente insalubre, quem deterá a competência para autorizá-la, já que a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* (art. 7º, XXII, da CF) é um imperativo constitucional?

A respeito, cumpre reforçar que “*saúde e segurança no trabalho são direitos individuais e sociais fundamentais de natureza indisponível (art. 7º, XXII, da CF). Não há margem para o rebaixamento da proteção à saúde, ainda que coletivamente negociado, até mesmo porque, conforme já dito, trata-se de tema respaldado em base técnica-científica, por envolver riscos evidentes à preservação da saúde humana.*”³³

Assim, questiona-se: quem arcará com as consequências para a criança, por exemplo, que desenvolver algum problema de saúde em decorrência da exposição aos agentes nocivos do ambiente insalubre: a mãe? a empresa? o médico que forneceu o atestado? as partes, de modo amplo e irrestrito, que pactuaram a convenção ou o acordo coletivo de trabalho?

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 256.

Cumpra salientar que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade dos incisos II e III do atual artigo 394-A da CLT, por meio da ADI 5938-DF, ainda pendente de julgamento. O relator, Ministro Alexandre de Moraes, determinou a adoção do rito abreviado – quando o Plenário da Corte analisa diretamente o mérito da ação – diante da relevância da matéria constitucional suscitada “*e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*”. É relevante o fato de que a ADI foi ajuizada pela Confederação dos Trabalhadores Metalúrgicos, porquanto parte das trabalhadoras representadas pelo ente coletivo exercem suas atividades expostas a agentes químicos e ruídos, anteriormente abordados.

A alteração introduzida no ordenamento jurídico por meio do novo artigo 394-A e 611-A, incisos XII e XIII da CLT é, portanto, mais um sintoma do que foi a reforma trabalhista: a vulnerabilização da trabalhadora, frente ao poderio econômico, que precisa se submeter às mais diversas precariedades a fim de sobreviver na lógica capitalista que tem o desemprego como sua parte estrutural.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUE MODERNIZAÇÃO, AFINAL?

A “modernização” trazida pela Reforma Trabalhista quanto ao labor da gestante diz respeito à continuidade, em regra, das atividades insalubres em graus mínimo e médio exercidas pela gestante, casos em que excepcionalmente permite-se o afastamento da trabalhadora, desde que ela apresente atestado de saúde emitido por seu médico de confiança. De outro lado, passa-se a ter como regra geral a continuidade do labor da lactante em atividades insalubres, independente do grau de insalubridade, a não ser que, do mesmo modo, a trabalhadora apresente atestado médico por meio do qual seja recomendado o seu afastamento.

A despeito do discurso de modernização, a referida alteração legislativa, ancorada no influxo neoliberal ocorrido desde 2013 no cenário político brasileiro³⁴, desconsidera a dificuldade da maioria das trabalhadoras no que tange ao acesso à saúde, em decorrência da precariedade desse serviço público essencial.³⁵ Esse fato é ainda mais evidente entre aquelas

³⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

³⁵ Segundo o Relatório da Saúde Mundial de 2018, elaborado pela OMS, em 2015 o governo brasileiro destinou 7,7% de sua despesa geral à prestação do serviço essencial de saúde. Países como Suécia e Noruega destinaram, no mesmo período, 25,2% e 19%, respectivamente. De outro lado, a assistência total ao desenvolvimento de pesquisas médicas e de setores básicos de saúde por parte do Brasil, em 2016, foi de 0,03 dólares *per capita*. Na Somália, esse valor foi de 3,52 dólares *per capita*, no mesmo período, e no Senegal, de 5,36 dólares *per capita*. A respeito do tema, conferir: *World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. Geneva: World Health Organization; 2018. Disponível em:

mulheres em situação de vulnerabilidade socioeconômica que se expõem a ambientes insalubres em troca de um adicional ínfimo comparado ao dano extrapatrimonial por elas sofrido. “Atestado de médico de sua confiança” é uma norma que se destina a quem?

Nesse contexto de desigualdade e marginalização social, assim como de insuficiência na implementação de políticas públicas efetivas de amplo acesso a um serviço de saúde de qualidade, o termo “médico de confiança” confere à norma caráter meramente programático, porquanto a concretização de seu conteúdo depende da implementação da efetiva proteção estatal do direito fundamental à saúde, por meio da universalização, no campo fático, de um serviço público de saúde de qualidade. Tal exegese certamente não se coaduna com os princípios da dignidade no trabalho, da redução dos riscos inerentes ao trabalho, e da proteção à maternidade e à infância.

Assim, a opção legislativa de atribuir à mulher gestante ou lactante o ônus de comprovar a necessidade do afastamento das atividades insalubres, presumindo-se a inexistência de dano resultante da exposição a agentes insalubres em graus mínimo e médio para a gestante e em quaisquer graus para a lactante, parece ter desconsiderado a realidade da maior parte das trabalhadoras brasileiras.

Além disso, a classe-que-vive-do-trabalho³⁶, no geral, não goza de grandes oportunidades de mobilidade na divisão social do trabalho, submetendo-se, portanto, às mais precárias formas de exploração de sua força de trabalho em troca de subsistência física e identidade social. Assim, em regra, a trabalhadora gestante ou lactante que exerce suas atividades em ambiente insalubre não tem outras opções de inserção socioeconômica além daquela a que se submete, razão pela qual é certo que a alteração promovida pela “Reforma Trabalhista” afetará as condições de vida e saúde de milhares de trabalhadoras e de seus respectivos dependentes, situação que vai de encontro aos preceitos inseridos na Constituição de 88, de preservação da dignidade da pessoa humana e do respeito à maternidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOPIAN, A.J.; DESROSIERS, Tania A.; DUWE, Kara N.; FINNELL, Richard H.; KHODR, Zeina G.; LANGLOIS, Peter H.; LAWSON, Christina C.; LUPO, Philip J.; MITCHELL, Laura E.; MOORE, Cynthia A.; REEFHUIS, Jennita; ROMITTI, Paul A.; SHAW, Gary M.; SYMANSKI, Elaine; WATERS, Martha A. *Maternal Occupational Exposure to Polycyclic Aromatic Hydrocarbons: Effects on Gastroschisis among Offspring in*

<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em 28/11/2018.

³⁶ A respeito do tema, vide: ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 101-117.

the National Birth Defects Prevention Study. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/ehp.1104305>. Acesso em 28/11/2018.

ALBIN, Maria; GUSTAVSSON, Per; LEWNÉ, Marie; ROSENHALL, Ulf; RYLANDER, Lars; SELANDER, Jenny. *Maternal Occupational Exposure to Noise during Pregnancy and Hearing Dysfunction in Children: A Nationwide Prospective Cohort Study in Sweden*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/ehp.1509874>. Acesso em 28/11/2018.

ANDREUASAITYTE, Sandra; GRAZULEVICIENE, Regina. *Maternal Occupational Exposure and Breastfeeding Impact on Programming Child Allergy*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/isee.2016.3123>. Acesso em 28/11/2018.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.

BRICEÑO, Freddy; MONGE, Patricia; PARTANEN, Timo. *Childhood Leukemia and Maternal Occupational Exposures to Organic Solvents in Costa Rica*. Disponível em: <https://ehp.niehs.nih.gov/doi/10.1289/isee.2011.01509>. Acesso em 28/11/2018.

BRITO, Maurício Ferreira. *O trabalho da lactante em ambiente insalubre: retrocesso social*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/o-trabalho-da-lactante-em-ambiente-insalubre-retrocesso-social-11102018/amp> Acesso em 10/11/2018.

CARVALHO NETO, Menelick. *'A Constituição é uma comunidade de princípios', afirma Menelick de Carvalho*. 2018. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/constituicao-e-comunidade-de-principios-afirma-menelick-de-carvalho>. Acesso em 15/11/2018.

CDSS (2010). *Redução das desigualdades no período de uma geração: igualdade na saúde através da acção sobre os seus determinantes sociais*. Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43943/9789248563706_por_contents.pdf;jsessionid=23FAEB9C573E822F5B07B01D979BBB25?sequence=8. Acesso em 28/11/2018.

Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL

Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia). Conferência Internacional do Trabalho em Montreal, 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em 15/11/2018.

Convenção relativa ao amparo à maternidade. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_103.html#103. Acesso em 28/11/2018.

COSTA, Eder Dion de Paula; STOLZ, Sheila. *O direito humano à saúde, segurança e ao meio ambiente do trabalho equilibrado: uma questão de justiça social na perspectiva das organizações intergovernamentais internacionais*. In: *Direito e saúde: construindo a justiça social*. JÚNIOR, Marco Aurélio Serau; BRAUNER, Maria Cláudia; COSTA, José Ricardo Caetano (Org.). São Paulo: LTr, 2016, p. 15-26.

Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 15/11/2018.

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

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5a ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 70.

Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 28/11/2018.

SAFIOTI, Heleieth I.B. *A mulher na sociedade de classe*. 3.ed-São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TRINDADE, Rodrigo. *Nove Meses Depois: o que a Reforma Trabalhista entregou ao mercado de trabalho brasileiro*. 2018. Disponível em: <http://www.amatra13.org.br/artigos/nove-meses-depois-o-que-a-reforma-trabalhista-entregou-ao-mercado-de-trabalho-brasileiro/>. Acesso em 10/11/2018.

World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals. Geneva: World Health Organization; 2018. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em 28/11/2018.

O TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA: IMPACTOS NA SAÚDE DOS TRABALHADORES E NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ADEQUADO

HOME OFFICE IN LABOR REFORM: IMPACTS IN WORKERS' HEALTH AND IN THE ENVIRONMENT OF ADEQUATE LABOR

Paulo Roberto Lemgruber Ebert¹

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico na área das telecomunicações, aliado ao ímpeto das empresas com vistas à redução de custos vêm contribuindo, já há algum tempo, para o crescimento exponencial da modalidade do *teletrabalho*. Diante disso, a Reforma Trabalhista implantada nos termos da Lei nº 13.467/2017 deu especial atenção ao tema, no ensejo de facilitar a implementação de tal forma de trabalho por parte das empresas. No entanto, a regulamentação do *teletrabalho* de acordo com as diretrizes formuladas no texto da Reforma Trabalhista tem o potencial de degradar o meio ambiente do trabalho a circundar os trabalhadores submetidos a tal modalidade e de lhes afetar diretamente a integridade psicofísica. O presente artigo buscará, nesse sentido, mapear os riscos que a recente regulamentação do *teletrabalho* moldada pela Reforma Trabalhista acarreta para o meio ambiente do trabalho e para a saúde dos trabalhadores e em que medida suas diretrizes se chocam com as orientações principiológicas emanadas da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Novas metodologias de trabalho; Teletrabalho; Reforma Trabalhista; Meio ambiente do trabalho e saúde do trabalhador; Riscos.

ABSTRACT

The developments of the network communications, as well as the need for costs reduction by the enterprises are creating a growing demand for the *home office* system. In this scenario, the recent labor reform gave special attention to the question concerning the *home office*, desiring to expand the use of this system by the corporations.

However, the way that the labor reform rules the *home office* system has the potential to affect the labor environment around the workers and to bring them damages on their mental and physical health.

So, the following article will show the risks brought by the *home office* system as it is fitted by the labor reform which affects directly the workers health and the labor environment. The article will also show how those rules concerning the *home office* collide with the principles set out in the Federal Constitution.

KEYWORDS: New labor methods; Home office; Labor reform; Labor environment. Workers health; Risks.

¹ Advogado. Professor universitário. Doutor em direito do trabalho e da seguridade social pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Graduado em direito constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em direito e processo do trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

A partir do século XX, o mundo do trabalho vem passando por uma série de transformações que redundaram na emergência de um padrão capitalista de acumulação flexível. Um dos traços mais significativos de tal mudança consistiu no surgimento do que Ricardo Antunes denomina como sendo “*a nova morfologia do trabalho*” resultante do aparecimento de novas modalidades de contratação, com redução do operariado fabril que caracterizava a típica classe trabalhadora industrial.²

O modo de produção toyotista, que sintetiza essas transformações, vem se caracterizando pela “*produção em locais diversos da sede da empresa, ou seja, a dispersão e a fragmentação geográficas do sistema de produção*”, na dicção de Noêmia Porto. Tal deslocalização é facilitada pelo surgimento de novas tecnologias a permitirem, por exemplo, o crescimento de atividades como o atendimento remoto de clientes e de fornecedores por intermédio da telemática, decorrentes do desenvolvimento de novas tecnologias, expansão de redes de telecomunicações e financeirização da economia.³

É nesse contexto que surge o *teletrabalho*, “*considerado como a prestação de serviços a qualquer título, desde que seja a distância, ou externado, com a utilização dos instrumentos de informática ou telemática, em favor de outrem*”, na definição de Claudio Janotti da Rocha e de Mirella Muniz⁴

Para as empresas, especialmente aquelas dedicadas ao setor de serviços, a possibilidade de realização remota das atividades desempenhadas por seus trabalhadores é extremamente vantajosa, na medida em que elas logram reduzir, ou até mesmo eliminar, uma série de custos fixos, tais como locação de espaços, energia elétrica, manutenção e limpeza dos estabelecimentos, transporte, etc. Por isso mesmo, a expansão do teletrabalho – ou *home office* - nas mais diversas atividades, bem assim a adesão dos trabalhadores a tal modalidade de labor, vem sendo amplamente incentivada pelos empregadores e tomadores de serviços já há algum tempo.

Diante disso, a *Reforma Trabalhista* (Lei nº 13.467/2017) conferiu à temática do *teletrabalho* significativa relevância, tratando dela em cinco dispositivos inseridos no título da CLT (artigos 75-A a 75-E), que estabelecem, em linhas gerais, o

²ANTUNES. Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho**. 15ª Edição. São Paulo: Cortez, 2011. p. 23-24.

³ PORTO. Noêmia. **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013. p. 101.

⁴ ROCHA. Claudio Janotti da; MUNIZ. Mirella Karen de Carvalho Bifano. **O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região : Vol. 57, n. 87/88 (jan./dez. 2013), p. 102.

regime do *home office* propriamente dito, bem como em alteração pontual formulada no artigo 62 do referido diploma, no sentido de excluir a modalidade em apreço do regime legal da duração do trabalho.

Dentre as diretrizes concernentes ao regime do *teletrabalho*, destaca-se o permissivo a constar do artigo 75-D da CLT, cujo teor possibilita o repasse dos encargos de aquisição e de manutenção dos equipamentos necessários à realização do labor para o trabalhador.

Em complemento a tal dispositivo, o artigo 75-E da CLT, com redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, enfatiza que o empregador deverá instruir seus trabalhadores inseridos no regime de *teletrabalho* a respeito das precauções a serem tomadas com vistas a evitar doenças ocupacionais e acidentes de trabalho e que, em contrapartida, o empregado assinará “*termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.*”

Não obstante o teor dos referidos dispositivos, importa ressaltar que o *teletrabalho* consiste em uma forma de trabalho flexível que, muito embora guarde diferenças em relação ao labor convencional, não elide a relação jurídica de subordinação, mesmo porque a Lei nº 13.467/2017 não revogou os artigos 3º e 6º da CLT a estabelecerem, respectivamente, os requisitos objetivos para a formação do vínculo empregatício e a equiparação entre os trabalhadores convencionais e os *teletrabalhadores* para fins de formação da relação de emprego.

Assim, do mesmo modo que o *risco* e os *custos* do negócio configuram ônus do empresário quando os trabalhadores desempenham suas atividades nos estabelecimentos da empresa, a teor do artigo 2º da CLT, não se pode admitir que a situação seja distinta quando há *teletrabalho*.⁵

De fato, sendo o labor prestado sob a modalidade de *teletrabalho* realizado em proveito econômico do empregador, é ele – até mesmo por força do *poder diretivo* - o responsável pela gestão dos fatores de produção e, mais especificamente, pela higidez do ambiente laboral a circundar seus trabalhadores. Por via de

⁵ Pois afinal, conforme preconiza Francesco Santoro-Passarelli:

“Como o empregado está a serviço do empresário, o risco de eventos prejudiciais à pessoa do operário, resultante direta ou indiretamente do trabalho, é incluído no risco econômico da empresa e, assim, onera o empresário que faz surgir o risco, quando orienta e dirige o trabalho, cujo resultado, por outro lado, a ele pertence (...) Essa é a razão, ou melhor, o expediente sobre o qual se fundam as normas que transferem do trabalhador para o empresário os riscos do trabalho em sentido estrito.” SANTORO-PASSARELLI. Francesco. Trad: RUSSOMANO. Mozart Victor; CHOARELLI. Carlos Alberto Gomes. **Noções de direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 54.

consequência, deve a empresa que submete seu pessoal ao sistema de *home office* não apenas arcar com os custos dos equipamentos e dos insumos necessários ao desempenho do serviço, como também adquirir os materiais (p. ex: computadores, telefones, mobiliário, etc.) aptos a assegurar a integridade psicofísica dos trabalhadores.

Por aí já se vê que o singelo dever de “*instruir os empregados (...) quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho*” constante do artigo 75-E da CLT longe está de esgotar as obrigações do empregador com relação à adequação do ambiente de trabalho a circundar os trabalhadores submetidos ao regime de *teletrabalho*. Para muito além disso, o empregador é o responsável por fiscalizar e por assegurar a segurança dos equipamentos e dos processos produtivos (físicos e imateriais) a que estão submetidos seus empregados, independentemente da forma pela qual o labor é prestado, mesmo porque o artigo 157, I, da CLT lhe impõe expressamente o dever de “*cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho*.”⁶

Convém recordar, nesse sentido, a redação do artigo 16 da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.254, de 29.9.1994, e que integra o ordenamento jurídico pátrio na condição de norma supralegal. O referido dispositivo exige diretamente dos empregadores que estes últimos “*garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores*.” De igual modo, o artigo 21 do referido diploma internacional estabelece que “*as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores*.”

E, no plano constitucional, a transferência dos encargos de organização dos fatores de produção para os trabalhadores ativados sob a modalidade do *teletrabalho* encontra óbice nos artigos 7º, XXI, XXIII e 225, *caput*, da Carta Magna, a

⁶ A propósito, Raphael Miziara pontua que:

“Apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade do domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo.

(...)

Sobre o tema, o intérprete poderá se socorrer das disposições do Direito do Trabalho português (art. 8º, da CLT), que se encontra em estágio bem avançado na normatização da matéria.

Em relação a essa fiscalização, dispõe que sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos. Tais visitas apenas podem ser efetuada entre às 9h e 19h, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 237 do Código de Trabalho português). MIZIARA, Rafael. **O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo *et alii*. **Reforma trabalhista. Impacto e aplicação da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018, p. 31-32.

estabelecerem, para os obreiros, o direito ao *meio ambiente laboral adequado*, por intermédio da “*redução dos riscos inerentes ao trabalho*” e da responsabilização, “*a cargo do empregador*”, pelos danos decorrentes da organização inadequada dos fatores de produção.⁷

No que diz respeito ao *meio ambiente do trabalho adequado* preconizado pelo artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, convém ressaltar que o referido conceito não se restringe aos elementos materiais e fisicamente sensíveis que conformam os postos de trabalho, tais como o mobiliário, o maquinário, as condições térmicas, o ruído, etc. Para muito além disso, o termo em apreço compreende os aspectos imateriais concernentes à organização do trabalho que se relacionam diretamente com a metodologia produtiva, os sistemas de avaliação e de controle, a gestão do tempo, dentre outras questões a refletirem diretamente na higidez mental dos trabalhadores.⁸

É nesse contexto que o *teletrabalho* se qualifica como uma metodologia de trabalho a condicionar não apenas a dinâmica das atividades produtivas dos trabalhadores a ela submetidos, como também os impactos dela decorrentes para a integridade psicofísica destes últimos. A distinção entre o *home office* e o trabalho prestado no estabelecimento do empregador, no que concerne ao *meio ambiente laboral*, é que a conformação do trabalho naquela modalidade distanciada acaba por penetrar a esfera domiciliar do indivíduo em maior intensidade, ocasionando, fatalmente, conflitos com sua vida privada, para além de potenciais afrontas a outros direitos fundamentais.⁹

⁷ Sobre o conceito de meio ambiente do trabalho adequado, Celso Antonio Pacheco Fiorillo o qualifica como o local:

“Onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.). FIORILLO. Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22-23.

⁸ Conforme preconiza Raimundo Simão de Melo:

“O meio ambiente do trabalho não se restringe ao local de trabalho estrito do trabalhador. Ele abrange o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho. Por exemplo, quando falamos em assédio moral no trabalho, nós estamos nos referindo ao meio ambiente de trabalho, pois em um ambiente onde os trabalhadores são maltratados, humilhados, perseguidos, ridicularizados, submetidos a exigências de tarefas abaixo ou acima da sua qualificação profissional, de tarefas inúteis ao cumprimento de metas impossíveis de atingimento, naturalmente haverá uma deterioração das condições de trabalho, com adoecimento do ambiente e dos trabalhadores, com extensão até para o ambiente familiar. Portanto, o conceito de meio ambiente do trabalho deve levar em conta a pessoa do trabalhador e tudo que o cerca.” MELO. Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 29.

⁹ Sobre a temática a envolver os conflitos entre os direitos fundamentais dos trabalhadores e a liberdade de empresa, não é demais reiterar, nas palavras de Carlos Hugo Preciado Domènech que:

Dentre os conflitos a decorrerem da organização inadequada dos fatores imateriais do meio ambiente laboral no *teletrabalho*, ganha notoriedade a dificuldade imposta ao trabalhador no que diz respeito ao controle de sua jornada e à própria separação do tempo de trabalho e dos períodos dedicados à organização de sua vida privada, ao convívio sócio-familiar e ao lazer, a concretizar o que os estudiosos do tema convencionaram chamar de *direito à desconexão*.¹⁰

Em total desconsideração a tais aspectos inerentes ao meio ambiente laboral e à própria integridade psicofísica dos trabalhadores, o inciso III do artigo 62 da CLT, com redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, estabeleceu nítida distinção de direitos entre o empregado que realizada suas atividades no ambiente empresarial e aquele que as exerce no seu domicílio ou à distância, uma vez que exclui estes do capítulo correspondente à *duração do trabalho* e abre brecha, com isso, à supressão dos direitos às *horas extras*, ao *intervalo intrajornada*, ao *intervalo interjornada*, à *hora noturna* e ao *adicional noturno*, muito embora seja possível, em muitos casos, o controle de jornada e fiscalização do trabalho por meio de instrumentos telemáticos ou informatizados.¹¹

“ los poderes empresariales y sus facultades organizativas se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado em empleador a respetar aquéllos.

(...)

No cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial (...) de modo que aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan (...) en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (...) y fundamentos del propio Estado democrático.” DOMÈNECH. Carlos Hugo Preciado. **Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo**. Pamplona: Aranzadi, 2018, p. 500.

¹⁰ Sobre o tema, Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo observam que:

“Para o trabalhador (...) limitar a duração do trabalho e dar-lhe condições efetivas de descanso e lazer constitui proteção indispensável à sua higidez física e mental. Trata-se, portanto, do aspecto biológico: extensas jornadas acarretam a extenuação, a perda do convívio social, propiciando o aparecimento de doenças e a morte prematura.

(...)

Essa restrição importa, por fim, à própria sociedade. E aqui destacamos o aspecto efetivamente fundamental do direito à desconexão. Trata-se de uma opção coletiva por uma sociedade de pessoas saudáveis, que tenham tempo de interagir e intervir na construção de um mundo melhor.” ALMEIDA. Almiro Eduardo de; SEVERO. Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 19-20.

¹¹ Sobre o tema em questão, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ponderam que:

“A nova regra legal [do art. 62, III, da CLT] fixa apenas uma presunção jurídica: a de que, em se tratando de empregado que se encontra em efetivo regime de teletrabalho, ele não se acha em situação compatível com o controle de horários; por essa razão, ele fica excluído das regras da CLT que regulam, ilustrativamente, assuntos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ou extraordinárias., além de intervalos trabalhistas.

De fato, na atualidade, os meios tecnológicos viabilizam o amplo controle de jornada daqueles empregados que laboram fora das dependências físicas da empresa, de forma que essa verificação dependerá do alvedrio do empregador. Desse modo, uma vez que a atividade desempenhada pelo empregado em *teletrabalho* está intrinsecamente ligada aos sistemas de tecnologia não há óbice para o empregador empreender o controle da jornada.

Constata-se, portanto, a partir do próprio conceito de *teletrabalho*, o estabelecimento de um contato telemático direto e contínuo entre empregado e empregador, pelo qual se mostra plenamente possível o controle das jornadas, de modo a atrair, para os trabalhadores sujeitos a tal regime laboral, a incidência dos artigos 7º, XIII, XV, XVI e XXII, da Constituição Federal.¹²

O novo dispositivo consolidado, portanto, destoa dos direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 6º, 7º e 196 da Constituição Federal, notadamente os incisos XIII, XV e XXII, na medida em que possibilita jornadas extenuantes, capazes de comprometer substancialmente a vida pessoal, a saúde, o lazer e o convívio sócio-familiar do profissional, o que certamente representa inadmissível retrocesso em ponto especialmente sensível da disciplina do trabalho subordinado.¹³

Trata-se, naturalmente, de presunção relativa – que pode ser desconstituída por prova em sentido contrário.” DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13,467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 133.

¹² Sobre o tema, convém trazer à colação o entendimento de Homero Batista Mateus da Silva sobre a incompatibilidade de controle de jornadas. Segundo o autor:

“Entende-se por incompatível a impossibilidade física de se ter acesso à carga de trabalho desenvolvida pelo empregado, seja pelas distâncias remotas que o separam do empregador, seja pela natureza dinâmica de sua atividade. Mero desinteresse do empregador em investigar a jornada de trabalho do empregado não serve para configurar a incompatibilidade.

(...)

Assim sendo, para que a atividade externa seja realmente incompatível com o controle de jornada, faz-se necessário que o empregado esteja em períodos razoavelmente largos sem contato com o empregador, não esteja obrigado a telefonar nem a descarregar pedidos pelos meios eletrônicos, não precise justificar ausências ou atrasos, esteja liberado de demonstrar quantidade de visitas ou contatos efetuados que não tenham gerado pedidos concretos e assim sucessivamente – isto é, situação cada vez mais rara, dada a invasão que os meios eletrônicos provocam no controle da vida cotidiana.” SILVA. Homero Batista Mateus da. **Curto de direito do trabalho aplicado. Volume 2 – Jornadas e pausas**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

¹³ Conforme preconizava Elson Gottschalk já na década de 1950:

“Se a limitação da jornada de trabalho tem por fim assegurar ao indivíduo um descanso reparador das energias, é claro que o problema se relaciona também com outras instituições que visam idênticos propósitos e que acentuam ainda mais aquêle fim. Assim, o da regulamentação do tempo da prestação do trabalho e, ainda que se possa discutir o seu enquadramento na matéria, cremos que é também elemento uma determinada ação social e estatal em favor da utilização das horas de ócio dos empregados, não com o critério de dirigismo governamental, mas sim com o fito de permitir aos que não contam com meios próprios realizar seus descansos em forma efetiva, dando-lhes a oportunidade de distrair a mente e fortalecer o organismo.” GOTTSCHALK. Elson. **A duração do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 2.

Importa pontuar, nesse particular, que com o avanço dos meios telemáticos e informatizados a permitirem a comunicação e o controle à distância dos trabalhadores em tempo real, o poder diretivo do empregador encontra exatamente aí o instrumental mais propício para interferir diretamente no delicado equilíbrio entre os períodos dedicados às atividades profissionais e aqueles voltados ao tratamento dos assuntos relacionados à vida privada dos indivíduos.

Não por outra razão, Maria Cristina Aguilar Gonzálves, ao fazer um balanço das experiências de trabalho remoto no âmbito da União Europeia, constatou que muitas vezes a própria identidade entre o domicílio do empregado e o local de trabalho é um fator inviabilizador da desconexão do obreiro em relação às atividades profissionais e que a distribuição flexível das jornadas laborais tende a fazer com que estas se acumulem de modo a inviabilizar a propalada conciliação entre vida pessoal e trabalho e a gerar o aparecimento de sintomas de estresse e de outras doenças psicossomáticas.¹⁴

Levada ao extremo, a utilização indiscriminada dos meios telemáticos e informáticos de comunicação e de controle no âmbito do trabalho remoto tem o condão de inviabilizar a fruição dos direitos fundamentais ao lazer e ao convívio social e familiar dos trabalhadores e, conseqüentemente, de prejudicar a integridade física e psíquica destes últimos através dos impactos no sono, no sistema nervoso e nas demais funções do organismo.¹⁵

Tamanha é a importância da questão para as relações de trabalho hodiernas que a reforma trabalhista capitaneada na França pela Ministra do Trabalho Miriam El Khomri - cujo diploma consolidador (*Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016*)

¹⁴ GONZÁLVES, Maria Cristina Aguilar. **El teletrabajo como medida conciliadora de la vida laboral, personal y familiar.** In: MÉNDEZ, Lourdes Mella. **Conciliación de la vida laboral familiar y crisis económica.** Madrid: Delta, 2015. p. 557.

¹⁵ Conforme observado por Sadi Dal Rosso:

“A elevação da carga de trabalho que é observada nos dias de hoje e que se expande como uma onda com características diferenciadas por ramos de atividade produz efeitos sobre os corpos dos trabalhadores. Seja por meio da explosão tecnológica da informática, seja por meio da reorganização social, o trabalho é transformado, redesenhado, precarizado, intensificado. Das especificidades próprias do trabalho contemporâneo parece resultar um conjunto de problemas de saúde de natureza diversa. Em decorrência das crescentes exigências emocionais e mentais do trabalho supomos que seria possível encontrar sinais de um volume maior de problemas dessa ordem sobre a saúde dos empregados, a despeito de o trabalho material continuar produzindo seus efeitos sobre os corpos em termos de acidentes, lesões físicas e doenças permanentes, pois a sociedade industrial não está abolida em hipótese alguma. Supõe-se que, lado a lado ao perfil de problemas típicos da sociedade industrial, esteja se conformando um outro padrão de problemas saúde-trabalho.” DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea.** 2ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 136-137.

entrou em vigor no dia 1º.1.2017 - veicula em seu artigo 55 a permissão conferida aos trabalhadores para que ignorem as mensagens eletrônicas e os *e-mails* encaminhados pelos prepostos de seus empregadores fora dos horários de trabalho, na esteira do *direito à desconexão*. Nesse mesmo sentido, a temática em apreço é objeto de intensa discussão em diversos outros países, tais como Portugal, Espanha e Itália.¹⁶

Por isso mesmo, é necessário considerar que, uma vez reconhecido o trabalhador como titular do direito fundamental à *limitação da jornada*, com todos os reflexos a ele inerentes, os instrumentos e sistemas de controle de horários na modalidade de *teletrabalho* deverão ser estruturados, pelo empregador, de modo a assegurar a preservação da saúde física e psíquica do obreiro, bem assim as garantias ao direito ao lazer, ao descanso e ao convívio sócio-familiar.¹⁷

De igual modo, sendo o trabalhador titular dos direitos à saúde, à prevenção contra riscos laborais e ao meio ambiente do trabalho adequado e cabendo ao empregador o dever de zelar pela organização hígida dos insumos e dos processos produtivos, não é possível repassar ao empregado sujeito ao regime do *teletrabalho* os ônus concernentes à aquisição, à adequação e à manutenção dos instrumentais necessários ao desempenho de suas atividades.

Vê-se, portanto, que a aplicação dos artigos 62, III e 75-A a 75-E da CLT em seu sentido literal aos trabalhadores submetidos ao regime de *teletrabalho* não só potencializa a implementação de elementos materiais (p. ex: mobiliário, equipamentos, etc.) e de metodologias de produção (p. ex: sistema de metas, *time sheet*, controles de horários em tempo real, etc.) tendentes a ocasionar desequilíbrios no meio ambiente laboral – ou, em outros termos, *poluição labor-ambiental* -, como também tende a repercutir negativamente em sua integridade psicofísica, por intermédio da privação de tempo de convívio sócio-familiar e de descanso.¹⁸

¹⁶ Nesse sentido:

<http://rue89.nouvelobs.com/2016/03/24/loi-el-khomri-seule-mesure-fache-263492>. Acesso em 14.11.2018;

<http://www.jornaleconomico.sapo.pt/noticias/trabalho-digital-direito-desconexao-49939>. Acesso em 14.11.2018;

http://www.corriere.it/opinioni/17_gennaio_04/disconnettersi-lavoro-diritto-ma-senza-legge-dc3dd00a-d1f6-11e6-a55b-632cc5cf8e9f.shtml. Acesso em 14.11.2018;

http://verne.elpais.com/verne/2017/01/05/articulo/1483608761_679961.html. Acesso em 14.11.2018.

¹⁷ STÜRMER, Gilberto; PEREIRA, Juliana Hörlle. **Teletrabalho: Controle de Jornada e Ambiente Laboral**. Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v. 30, n. 354, p. 07-37, jun/2013.

¹⁸ Segundo Ney Maranhão, o conceito de poluição labor-ambiental compreende, justamente: “O desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho, da organização do trabalho ou das relações interpessoais havidas no âmbito do meio ambiente laboral que, propiciado pela ingerência humana, gera riscos intoleráveis à segurança e à saúde (física e mental) do ser humano exposto a qualquer

Sendo assim, se for essa a exegese a ser conferida aos sobreditos dispositivos, ter-se-á de concluir, fatalmente, que as inovações relativas ao *teletrabalho* carreadas na Lei nº 13.467/2017 – em especial, aquelas relacionadas (i) ao repasse dos encargos com os meios de produção para os trabalhadores e (ii) à exclusão destes últimos do regime legal de *duração do trabalho* não se compatibilizam com os artigos 6º, 7º, XIII, XV e XXII, 196 e 225, *caput*, da Constituição Federal e tampouco com os artigos 16 e 21 da Convenção nº 155 da OIT.

contexto laborativo.” MARANHÃO. Ney. **Poluição labor-ambiental (poluição do meio ambiente laboral ou poluição ambiental trabalhista)**. In: MENDES. René. **Dicionário de saúde e segurança do trabalhador**. Novo Hamburgo: Proteção, 2018, p. 900.

**A REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO ÂMBITO DAS
RELAÇÕES TRABALHISTAS PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA:
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA
E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL**

**THE REPARATION OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGES IN LABOUR
RELATIONS AFTER BRAZILIAN'S LABOUR REFORM: PRESERVING THE
CENTRALITY OF THE HUMAN PERSON AND THE PROHIBITION OF SOCIAL
RETROCESS**

*Pedro Henrique Felix Lima**

RESUMO

No presente estudo, propomo-nos à análise da nova regência dada pela Lei nº 13.467/2017 aos danos extrapatrimoniais ocorridos nas relações laborais. Para tanto, foi feita extensa e percuciente revisão bibliográfica e jurisprudencial de diversas áreas do Direito com a finalidade de sustentar as críticas lançadas à dita "Reforma Trabalhista" no Brasil, especificamente no que toca à dinâmica dos danos extrapatrimoniais. Como resultado, concluiu-se presentes no novo Título II-A da CLT flagrantes inconstitucionalidades que desvirtuam toda a lógica protetiva do Direito do Trabalho brasileiro e que se distanciam do patamar civilizatório mínimo representado pelo princípio constitucional da centralidade da pessoa humana, o que evidencia, outrossim, afronta ao princípio da proibição ao retrocesso social, o que ocorre em um momento histórico em que o Estado brasileiro celebra 30 anos de sua Constituição Cidadã.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista; Danos extrapatrimoniais; Dignidade da pessoa humana; Princípio da proibição ao retrocesso social.

ABSTRACT

In the present study, our purpose is to analyze the new regency given by Law 13.467/2017 to the moral damages occurred in labor relations. In order to do so, an extensive and percentile bibliographical and jurisprudential review of several areas of law, made with the clear purpose of sustaining the critics of the so-called "Labor Reform" in Brazil. As a result, it was concluded that in the new Title II-A of the CLT exists flagrant unconstitutionality that detract from the entire protection logic of Brazilian Labor Law. In the same way, it distances from the minimal civilizational level represented by the constitutional principle of the dignity of the human person, and it is also a clear affront to the principle of the prohibition against social retrogression, which occurs at a historical moment in which Brazilian State celebrates 30 years of its so-called Citizen Constitution.

KEYWORDS: Labour reform; Off-balance sheet damages; Dignity of human person; Prohibition against social retrogress' principle.

*Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva (2018). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2016). Analista Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho. Integrante do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania", da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919).

1. Introdução

Em 2017, o Brasil passou por uma grande alteração no cenário legislativo do Direito do Trabalho.

A Lei nº 13.467/2017 e, posteriormente, a Medida Provisória nº 808/2017¹, que veio publicada com a missão de aperfeiçoar alguns dos pontos da referida Lei, ambas compõem o que se convencionou denominar de “Reforma Trabalhista”. O exacerbado e repentino quadro de mudanças legislativas foi lançado e se legitimou por meio do discurso de modernização das relações trabalhistas, adequando uma legislação supostamente defasada ao avanço socioeconômico e tecnológico experimentado em todo o mundo nas últimas décadas, rompendo-se com uma pretensa tradicional rigidez da legislação até então vigente com consequente avanço na flexibilização do campo do Direito do Trabalho no país.

No entanto, observa-se que a reforma das leis laborais brasileiras não é fenômeno isolado do mundo contemporâneo. Reformas legislativas laborais foram realizadas em 110 países entre 2008 e 2014, de acordo com pesquisa realizada por Dragos Adascalieri e Clemente Pignatti Morano², tendo como discurso dominante para tão expressiva movimentação legislativa a necessidade de uma política de austeridade apta a aumentar a competitividade das economias, por meio da criação de novos postos de trabalho, discurso esse que parece ter penetrado com sucesso em terras brasileiras.

As alterações provocadas no campo dos direitos extrapatrimoniais, para usar a terminologia empregada pela Lei nº 13.467/2017, suscita-nos diversos questionamentos e apresenta possíveis inconstitucionalidades sobre os quais a análise do presente artigo se debruçará.

Conforme será visto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Direito Internacional do Trabalho, este especialmente representado pelas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que em 2019 completará 100 anos de existência, fornecem-nos estuário normativo rico que não se compatibiliza com um possível quadro de retrocessos sociais.

É por isso que, no que concerne à reparação por danos causados à pessoa humana na qualidade de trabalhadora, teremos como norte a extração do melhor que a legislação atual possa acrescentar ao atual estágio de civilização da população brasileira no qual confiamos

¹ A referida Medida Provisória teve sua vigência encerrada em 23.04.2018, sem ter sido, entretanto, convertida em Lei.

² Para maiores informações, consultar ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente Pignatti. **Drivers and effects of labour market reforms: Evidence from a novel policy compendium**. IZA J Labor Policy. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1186/s40173-016-0071-z>>. Acesso em: 02 out. 2018.

nos encontrar, fazendo as releituras necessárias para que se construa uma efetiva tutela dos direitos extrapatrimoniais pela Justiça do Trabalho.

Para tanto, buscaremos analisar como se compatibilizam as alterações provocadas na Consolidação das Leis do Trabalho com os demais ramos do Direito, tendo-se sempre em vista a unidade e completude do ordenamento jurídico. Em seguida, o autor procurará demonstrar em que medida os pontos mais relevantes da Lei nº 13.467/2017 vão contra o patamar civilizatório mínimo alcançado a partir da Constituição Federal e em inobservância ao princípio da vedação ao retrocesso social, à centralidade da pessoa humana na ordem jurídica contemporânea e ao princípio da reparação integral do dano. Procuraremos avaliar as possíveis inconstitucionalidades da nova Lei e demonstrar a insegurança jurídica em que se encontra imerso o Direito do Trabalho no Brasil nesse contexto de rápidas e substantivas alterações legislativas.

Em todo o texto, procura-se contribuir para o pensamento atual e realista do que significa a Reforma Trabalhista no país, por meio da realização de um estudo amplo de todos os aspectos que concernem à atual sistemática de reparação dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, tendo como perspectiva a parte vulnerável dessa relação jurídica, que é o trabalhador, sempre com atenção à leitura jurisprudencial da sistemática do tema.

2. A tutela da pessoa humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Atribui-se a Immanuel Kant a formulação teórica que serviu de substrato para a formulação do conceito de dignidade da pessoa humana estampado na Constituição da República de 1988 e elevado ao nível de fundamento do Estado *Democrático* de Direito brasileiro, conforme assentado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

A autonomia da vontade ou da razão pura prática é o princípio supremo da moralidade kantiana que nos conduz ao fundamento da dignidade da pessoa humana, como fonte básica da moralidade. É por meio do imperativo categórico (uma norma moral universalizada que representa uma ação objetivamente necessária)³ sintetizado na conhecida fórmula “Age de forma a tratar a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre, ao mesmo tempo, como um fim, e nunca apenas como um meio” que as legislações constituintes incorporaram a “virada kantiana” do Direito em seus textos formais; a liberdade é o pressuposto necessário para que se pautem em um ordenamento jurídico a dignidade da

³ Por imperativo categórico pode-se entender a lei universal do direito, sintetizada na seguinte sentença enunciada por Kant na **Metafísica dos Costumes** (2010, p.54) “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.

pessoa humana⁴.

Por conseguinte, é a dignidade humana – mais do que um princípio, um verdadeiro alicerce do Estado brasileiro – que serve de substrato para a formulação da proteção da pessoa, inclusive para a elaboração do arsenal jurídico disponível para a reparação aos danos causados a sua esfera expatrimonial.

O referido filósofo nos ensina que a dignidade é o valor de que se reveste tudo que não tem preço, que não se afigura substituível. A dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto pessoas físicas dotadas de moralidade. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas individual, insubstituível e *digna* de idêntico respeito e consideração. Assim, a dignidade se torna indissociável da autonomia para o exercício da razão prática. E vida sem dignidade é uma vida sem valor⁵ (cf. FILHO, 2014, p. 107).

O homem é, portanto, a medida do Estado Democrática de Direito, que deve prever mecanismos de propiciar e defender a sua realização plena como indivíduo partindo do respeito à individualidade própria de cada um.

Na concepção kantiana da dignidade humana, o homem é um fim em si mesmo, jamais instrumento para o que quer que seja, pois age “por puro respeito ao dever e não obedece à outra lei a não ser a que lhe dita a sua consciência moral; é – como ser racional puro ou pessoa moral – legislador de si mesmo”⁶

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação

⁴ cf. KANT, 1967, pp. 16-21. O filósofo em estudo (1967, pp. 90-91), em sua **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, disserta sobre a existência de um valor em si absoluto, que apregoa o ser humano como um fim em si mesmo, sendo o fundamento teórico-filosófico para toda a construção do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana dos textos constitucionais dos séculos XX e XXI: “Agora eu afirmo: o homem, e em geral todo ser racional, *existe* como *fim m si mesmo*, não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade; em todas as suas ações, deve, não só nas dirigidas a si mesmo, como também nas dirigidas aos demais seres racionais, ser considerando sempre *ao mesmo tempo como fim*. Todos os objetos das inclinações têm apenas um valor condicionado; pois se não houvesse inclinações e necessidades fundamentadas sobre as inclinações o seu objeto careceria de valor. Mas as inclinações propriamente, como fontes das necessidades, estão muito longe de ter um valor absoluto para deseja-las, e melhor deve ser o desejo geral de todo ser racional em libertar-se inteiramente delas. Assim, pois, o valor de todos os objetos que podemos *obter* por meio de nossas ações é sempre condicionado. Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso se denominam *coisas*; por outro lado, os seres racionais se denominam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, isto é, como algo que não pode ser usado meramente como meio, e, portanto, limita nesse sentido todo capricho (e é um objeto de respeito). Estes não são, pois, meros fins subjetivos, cuja existência como efeito de nossa ação, tem um valor *para nós*, sendo porém *fins objetivos*, isto é, coisas cuja existência é em si mesma um fim, e tal fim, que em eu lugar não pode pôr nenhum outro fim para o qual deveriam elas servir de meios, porque sem isto não haveria possibilidade de achar em parte alguma qualquer coisa *com valor absoluto*; mas se todo valor fosse condicionado e, portanto, contingente, não poderia encontrar-se para a razão nenhum princípio prático supremo.”

⁵ (cf. FILHO, 2014, p. 107).

⁶ cf. SANTOS, 2017, p. 42.

valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-las para construir uma *teoria do núcleo da personalidade individual*, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁷.

A Constituição Federal de 1988 busca tutelar a pessoa humana, prevendo instrumentos destinados a correções de possíveis violações à esfera moral dos indivíduos, por exemplo, por meio das normas contidas nos s V e X do seu art. 5º, ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais.

Afirma-se, por conseguinte, que a Constituição Federal de 1988 consagra um modelo de Estado Social voltado para a promoção da igualdade não apenas formal, mas também material-substantiva, não se lastreando mais naqueles mesmos pressupostos ideológicos que sustentavam a rígida separação entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares, como nas relações de emprego⁸.

Não é apenas a dignidade da pessoa humana que serve de fundamento para a tutela da pessoa do trabalhador, notadamente se considerarmos o Texto Constitucional como um todo. Ao lado desse imprescindível fundamento da ordem constitucional vigente há aqueles direitos dos trabalhadores consagrados no art. 7º da Carta da República que se afiguram indispensáveis armas para garantia do mínimo existencial à pessoa física do trabalhador e à sua família. Os direitos dos trabalhadores previsto no art. 7º são verdadeiros direitos sociais, de nítido caráter prestacional⁹, isto é, tanto se caracterizam pela necessidade de observância e respeito por parte de todos os segmentos da sociedade quanto demandam uma atuação positiva, concretizadora, por parte do Poder Público.

Esses direitos fundamentais sociais estão positivados na Constituição vigente após sedimentação histórica dos frutos de lutas para que os direitos sociais fossem colocados lado a lado dos direitos civis clássicos como dignos de idêntica tutela, ambos na qualidade de

⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁸ cf. GOMES *et* SARMENTO, 2011, p. 23.

⁹ A concepção aqui defendida encontra lastro na legislação internacional de direitos humanos. O principal exemplo regional disso é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, em seu artigo 26, dispõe sobre a progressividade da implementação pelo Estado de medidas de promoção e consolidação dos direitos sociais. Veja-se: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” Consulta ao texto em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>.

direitos fundamentais. Sendo o resultado de avanço histórico, e conquistados a duras penas, os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores não poderiam ser ceifados, sequer golpeados, por qualquer atividade legiferante infraconstitucional (ou até mesmo constitucional derivada).

No entanto, a Lei nº 13.467/2017, dita Reforma Trabalhista, com as alterações da Medida Provisória nº 808 de 2017, parece ter vindo para desmontar o Estado Social desenhado pela Constituição Federal de 1988. Houve clarividente retirada de direitos, muitos dos quais previstos na legislação brasileira há décadas (como no caso das horas itinerantes), de uma hora para outra, da noite para o dia, sem realização do prévio debate, amplo, democrático e necessário com os destinatários da Lei, obscuramente germinada a portas cerradas.

Por proibição do retrocesso especificamente em matéria social entendemos a viabilidade jurídica de se obstaculizar ou de se fiscalizar o Poder Público (não apenas o Poder Legislativo, como também o Poder Executivo) para impedir que aqueles direitos fundamentais sociais, depois de concretizados no plano infraconstitucional, deixem de ser considerados direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, por ter sido reduzido ou suprimido seu conteúdo normativo, o que viria a afrontar frontalmente o princípio da confiança, consectário do princípio do Estado de Direito o qual deve se pautar pela concretização da Justiça Social¹⁰.

As disposições da nova legislação celetista que restringem o direito à reparação integral do dano, que procuram isolar a CLT das demais normas infraconstitucionais regentes da matéria, que afastam da possibilidade de indenização os danos morais reflexos e coletivos decorrentes das relações laborais caracterizam inequívoca violação ao princípio de proibição ao retrocesso social, pois vão na contramão das situações jurídicas consolidadas e dos direitos subjetivos assegurados, especialmente, pelo Código civil brasileiro de 2002, pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como também pela Lei nº 7.347/1985.

Considerando que a eficácia dos direitos fundamentais arquitetada pela ordem constitucional de 1988 faz com que os direitos fundamentais individuais do art. 5º e os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores do art. 7º da Constituição Federal sejam protegidos contra as investidas do próprio legislador, é mister que essa proteção se direcione à segurança jurídica das relações sociais, pois sem estabilidade nada se constrói. E, ainda que considerando apenas o âmbito técnico-jurídico e deixando um pouco de lado as implicações sociais e concretas, o que mais fizeram a Lei nº 13.467/2017 e a Medida Provisória nº

¹⁰ cf. SANTOS JÚNIOR, 2010, pp. 76-81.

808/2017, esta enquanto vigente, foram preencher de insegurança jurídica as normas jurídicas trabalhistas, eis que as alterações levadas a efeitos mostrando-se drásticas, sem sequer um período adequado de transição. Em outros termos, a partir da Reforma Trabalhista desmoronou-se um patamar de direitos sociais já garantidos e incorporados ao dia a dia dos trabalhadores, em franco retrocesso social incompatível com a ordem constitucional (ainda) vigente¹¹.

Em sendo assim, resta evidente que a proteção dada pela Constituição Federal de 1988 à dignidade da pessoa humana e a todos os direitos fundamentais que dela decorrem, incluindo os direitos sociais dos trabalhadores, permite concluir pela impossibilidade de que o legislador retire da ordem jurídica normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais em matéria de direito social, ainda que essas alterações efetuadas pelo legislador fossem realizadas com efeitos meramente prospectivos, para o futuro.

No entanto, a Reforma Trabalhista mergulhou o país em insegurança jurídica ao desregular diversos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, e pior, com aplicabilidade imediata a partir de sua entrada em vigor¹², tudo ocorrido em franco

¹¹ Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 434) traz preciosa lição a respeito da proibição ao retrocesso social no que toca aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, na seguinte direção:

“De outra parte, retornando aqui à noção mais estrita de segurança jurídica, segue atual a lição de Celso Bandeira de Mello no sentido de que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica se encontra umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e nunca certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão kantiana da dignidade. Ademais, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu conteúdo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica”.

¹² A respeito da aplicação imediata da Reforma Trabalhista às relações de trabalho existente quando de sua entrada em vigor, diz o art. 2º da Medida Provisória nº 808 de 14.11.2017: “O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”. No entanto, o referida MPr perdeu sua vigência, o que nos faz questionar, uma vez mais, como se dará a aplicação da Lei nº 13.467/2017 nas relações de trabalho no país diante da ausência de disposição específica a respeito de direito intertemporal referente à matéria. Com relação ao direito processual do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou a matéria a partir da edição da Instrução Normativa nº 41, de 21.06.2018, em que ficou disposto, em seu art. 1º que

desrespeito à noção elementar para a ordem constitucional de proibição do retrocesso social, que, como visto acima, se fundamenta na exigência de estabilidade e segurança jurídica.

3. Análise crítica e contribuidora da “nova” sistemática de reparação por danos extrapatrimoniais na forma da Lei nº 13.467/2017

A dita Reforma Trabalhista foi implementada no Brasil por meio da promulgação da Lei nº 13.467/2017, publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 2017, com período de vacância de 120 dias, entrando em vigor a partir de 11 de novembro de 2017.

O Projeto de Lei nº 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 nº 38/2017, que propunha a alteração de 117 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho discutidas em apenas 26 horas de debate parlamentar¹³, cujo produto foi a proposição de 850 emendas parlamentares.

Essa tramitação efetuada em tempo recorde em matéria de tamanha sensibilidade social não foi precedida do amplo debate popular imprescindível para atribuir-lhe legitimidade e reconhecimento social. Tampouco a referida foi precedido do necessário confronto técnico-jurídico e doutrinário apto a gerar uma redação técnica e compreensível.

Tal conclusão foi firmemente propagada pela Ordem dos Advogados do Brasil que, em Nota Técnica elaborada por seu Conselho Federal, afirmou que “em plena crise de representação política nacional, utilizando-se do instituto do regime de urgência, o Congresso Nacional pretende aprovar a reforma sem a necessária e ampla discussão, mitigando a participação da sociedade civil que seria fundamental para construção de alternativas capazes de promover reais avanços nas relações laborais.”¹⁴

Tamanha a insegurança jurídica que passou a pairar sob o Direito do Trabalho no país que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho ajuizou, em 18.12.2017, a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5870¹⁵ em face dos s I, II, III e IV do §1º do art. 223-G, ponto nevrálgico da Reforma Trabalhista no que toca aos danos extrapatrimoniais, sob os seguintes fundamentos: i) de que a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação do valor da indenização por dano moral prevista no XXVIII do art. 7º da CRFB/1988

“a aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada”.

¹³ cf. FLEURY, 2017, p. 2. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/0047921409dac17c04414>.

¹⁴ Disponível em: <http://csb.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Para-conhecer-os-demais-pontos-abordados-pela-Nota-T%C3%A9cnica-do-Conselho-Federal-da-OAB-clique-aqui.pdf>.

¹⁵ Acompanhamento processual no endereço eletrônico:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5335465>>

sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição; e ii) a *tarifação* da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho é inconstitucional, da mesma forma que o é a *tarifação* da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas no âmbito das relações civis.

Em outra frente de atuação, a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), que ajuizou a ADI nº 5870, formulou enunciados doutrinários a respeito da compreensão das inovações legais no que se refere ao Título II-A da CLT, que trata especificamente dos danos extrapatrimoniais¹⁶.

Para justificar a inclusão na CLT do Título II-A (arts. 223-A a 223-G), a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei do Executivo nº 6.787 de 2016 argumentou que a ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos aos magistrados do trabalho na fixação judicial das indenizações por danos morais traziam insegurança jurídica aos jurisdicionados, supostamente lesando a isonomia de tratamento que deve ser dispensada aos cidadãos. Além disso, argumentou-se que a inserção desses dispositivos no corpo da CLT evitaria decisões díspares para situações assemelhadas, pois, segundo o parecer da Câmara dos Deputados, via-se o crescimento de um fenômeno que “é o ajuizamento de ações visando à indenização por danos morais. E, além do dano moral, temos, ainda, uma nova figura que tem sido pleiteada – e concedida – com razoável constância pelo juízo trabalhista que é o dano existencial”¹⁷.

¹⁶ Assim dispõem os enunciados aprovados nº 18, 19 e 20, divulgados em 19.10.2017, todos disponíveis em: <Enunciados disponíveis no endereço eletrônico: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados- aprovados- vis1.asp>>: **18. Dano extrapatrimonial: exclusividade de critérios**

Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 5º, caput e s V e X e 7º, caput, todas da Constituição Federal.

19. Danos extrapatrimoniais: limites

É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º caput, e §2º).

20. Dano extrapatrimonial: limites e outros aspectos

Danos extrapatrimoniais. O artigo 223-B da CLT, inserido pela lei 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na lei 7.437/1985 e no título iii do código de defesa do consumidor.

¹⁷ O parecer do Relator Rogério Marinho (PSDB) apresenta, a seguinte justificativa: “Na Justiça do Trabalho, segundo dados do próprio TST, em torno de 1% a 2% das ações ajuizadas no ano de 2016 tratavam, exclusivamente, de indenização por dano moral ou existencial. Entretanto esses dados não levam em consideração o fato de que quase todas as ações trabalhistas trazem um pedido acessório de indenização por

Não se desconhece que esse posicionamento do legislador de 2017 é afeito a setores críticos da doutrina, que veem com preocupação a quantidade de demandas¹⁸ de indenização por danos morais sendo propostas diuturnamente perante o Judiciário Trabalhista sem uma subsistência técnico-jurídico mínima, pois, no plano de fundo, os fatos ocorridos na relação de emprego não corroboram a existência de danos à esfera moral da pessoa física do trabalhador.

Passou-se a falar, então, em uma “banalização” do dano moral, que serviu de fundamento para que a Lei nº 13.467/2017 viesse ao mundo jurídico com a finalidade de conter essa tendência.

De nossa parte, deve prevalecer o direito constitucional à inafastabilidade da tutela jurisdicional, assegurado pelo art. 5º, XXXV da CRFB/1988. O legislador ordinário ao criar a Lei nº 13.467/2017 sob as justificativas acima, presume, a nosso ver, a má-fé dos jurisdicionados, quando, em nosso ordenamento jurídico, é a boa-fé que se presume e a má-fé deve ser comprovada. Ter inserido na CLT um Título com nítido caráter restritivo ao direito de acesso ao Judiciário para a reparação de danos morais vai na contramão da diretriz de boa-fé e de centralidade da pessoa humana do trabalhador, ambas delineadas pela Constituição Federal como fundamentais para a ordem jurídica vigente.

Dito de outra forma, a menos que se prove o abuso de direito (que, na esteira do art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002 é considerado ato ilícito), não poderia o legislador, de plano, buscar limitar o exercício do direito de ação que vise à reparação por dano moral, ocorrido, em tese, na relação de emprego, porque o jurisdicionado tem o inarredável direito constitucional a obter uma resposta do Judiciário quando entenda lesado ou ameaçado um direito seu (art. 5º, XXXV da CRFB/1988).

O parecer do Projeto de Lei da Câmara nº 6.787/2016 dispôs que essa nova nomenclatura “dano extrapatrimonial” contemplaria tanto o dano moral, quanto o dano

danos morais, fundada, muitas vezes, em mero descumprimento da legislação trabalhista” (Parecer disponível em: <

[¹⁸ O registro mais recente dos efeitos da Reforma Trabalhista após completado seu primeiro ano de vigência foi feito pelo Tribunal Superior do Trabalho. Por meio desses dados estatísticos, de janeiro a setembro de 2018 houve uma queda, em relação ao mesmo período do ano de 2017, de aproximadamente 37% de ações distribuídas às varas do trabalho de todo o país \(foram 2.013.241 reclamações trabalhistas distribuídas nesse período em 2017 e 1.287.208 nesse período em 2018\). Ainda é prematura uma análise definitiva desses dados, mas não é precipitado afirmar que a queda bruta na distribuição das reclamações trabalhistas satisfaz o argumento de desafogamento do Judiciário, porém, tal fato ocorreu pelas evidentes restrições ao direito de acesso à justiça \(este assegurado pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988\) alimentadas pela Lei nº 13.467/2017. Consulta completa disponível em: < \[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445\]\(http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445\) >.](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>”).</p></div><div data-bbox=)

existencial, como também “qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado¹⁹”.

A figura do dano extrapatrimonial é inédita no Direito brasileiro, tendo sido inserida pela Lei nº 13.467/2017 no corpo da CLT. Por dano extrapatrimonial entendemos, na esteira do anteriormente defendido, o conjunto de bens imateriais de natureza ética inerentes à pessoa física do ser humano, que não sejam suscetíveis de valoração econômica imediata.

De acordo com Ana Cláudia Schwenk dos Santos²⁰ dano extrapatrimonial é gênero que comporta as espécies dano moral, dano estético e dano existencial. Para a citada autora, dano moral “está ligado à ideia de preço da dor (*pretium doloris* ou *Schmerzensgeld*) e consiste no prejuízo que atinge a integridade moral da vítima (imagem, honra, identidade, valores sociais) decorrente de ato ilícito de terceiro”. Dano estético²¹, por sua vez, “é toda mudança na formação corporal da vítima, que resulte em deformação, aleijão ou cicatriz, com efeito social e capaz de provocar sentimento de segregação no ofendido, não necessitando de alteração laboral na vítima para que seja configurado”. Finalmente, a terceira espécie de dano extrapatrimonial é o dano à esfera existencial da pessoa do trabalhador, mencionada explicitamente pelo novel art. 223-B da CLT²².

A Lei nº 13.467/2017, pela forma em que redigida, parece caminhar no sentido acima, colocando o dano extrapatrimonial como um gênero abrangente, do qual participam as espécies dano moral, dano existencial e dano estético. Assim, o legislador reformista parece ter pretendido disciplinar, de forma idêntica, situações de fato distintas.

Sendo assim, as diversas violações possíveis à esfera moral da pessoa física passaram a ser sintetizadas pela expressão “dano extrapatrimonial”, preferindo o legislador não fazer menção a dano moral e dano estético, por exemplo.²³

¹⁹ Consulta disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016, p. 46-47.

²⁰ (2017, pp. 136-137).

²¹ É reconhecida pela nossa jurisprudência a reparabilidade do dano estético, inclusive de forma autônoma ao dano moral. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça consolidou essa possibilidade por meio da edição da Súmula nº 387, *in verbis*: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (Súmula 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)

²² A referida autora assim conceitua dano extrapatrimonial

“Este dano tem como particularidade provocar uma mudança na rotina diária do ofendido, mediante uma obrigação ou proibição inserida em seus hábitos que dificultam a integração à sociedade e limitam os períodos fundamentais, inclusive, para a manutenção da saúde”.

²³ Delgado (2017, p. 145) lança sua crítica a respeito da nomenclatura do novo Título II-A da seguinte forma: “O primeiro macro aspecto de destaque no Título II-A da CLT consiste na tentativa sutil de a Lei nº 13.467/2017 descaracterizar um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, que é o princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana nas relações de trabalho e no meio ambiente laboral despontou como uma das

Procura-se, por meio dessa inédita terminologia na ordem legislativa brasileira, igualar situações de dano que ocorrem de maneira ontológica absolutamente distinta para a figura humana do trabalhador e a figura jurídica da empresa e que, por essa razão, deveriam receber respostas diferentes do ordenamento jurídico.

E, quando o legislador inclui na CLT essa nova nomenclatura justificando que nela se insere “qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado”, fica nitidamente caracterizado o seu intuito em diluir uma proteção efetiva da pessoa humana em toda a sua dignidade, considerando todos os seus aspectos possíveis de serem violados e, por isso, merecedores de tutela ampla – não rasa - do ordenamento legal.

Em contraponto ao aqui defendido, há vozes na doutrina que advogam ser salutar a sua adoção dessa nomenclatura, pois nela veem um espectro de proteção mais amplo, tendo o legislador denominado o instituto da forma como acontece no Direito Comparado²⁴.

O art. 223-A incluído no CLT pela Lei nº 13.467/2017 diz que se aplicam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho *apenas* os dispositivos do Título II-A criado pelo mesmo diploma legal.

Esse novel dispositivo legal tenta, inapropriadamente, apartar da sistemática de reparação por danos morais perante o Judiciário Trabalhista normas oriundas de outros diplomas legais, tais como as do Código civil brasileiro – diploma que, por excelência, é o berço da regulação legal dos direitos da pessoa humana, da personalidade, bem como dos mecanismos de sua proteção e reparação em casos de lesão -, e, quiçá, as da própria Constituição da República²⁵.

manifestações mais claras desses princípios constitucionais inovadores, criando um importante patamar de afirmação do trabalhador no mundo do trabalho. O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos”, evidenciando, pois, como a CLT, antes berço do estuário normativa de proteção ao trabalhador, agora se distancia da previsão de centralidade da pessoa humana do trabalhador na forma proclamada pela Constituição da República.

²⁴ Na Itália, o art. 2.059 do Código Civil fala em dano *não patrimonial*, que somente será ressarcido nos casos especificamente determinados pela legislação nacional. Na Alemanha, os arts. 847 e 1.300 do Código Civil asseguram a reparação por dano extrapatrimonial, sob o conceito de *Schmerzensgeld*, isto é, a indenização da “dor” (*schmerzens* traduz-se por dor, enquanto *geld* por reparação). E, em Portugal, a legislação civil ordinária, em seu art. 496, faz uso da expressão dano *não patrimonial* da seguinte forma: “1 – Na fixação da indenização deve atender-se aos danos *não patrimoniais* que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito; 2 – Por morte da vítima, o direito à indenização por danos *não patrimoniais* cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem” (cf. SANTOS, 2017, P. 284). Aliás, essa última previsão da legislação portuguesa é diametralmente oposto ao que dispõe o art. 223-B da CLT, em sua parte final, como adiante se analisará.

²⁵ Delgado (2017, p. 145) opõe-se ferrenhamente a essa compreensão do instituto inaugurado pela Reforma Trabalhista dispondo que

“O segundo macro aspecto que também se destaca é a tentativa (esta menos sutil, constante do art. 223-A) de *isolar* (grifo nosso) a nova regência normativa inserida no Título II-A da CLT do conjunto jurídico geral que a envolve. Esse conjunto geral envolvente é formado, conforme se

Considerando que o direito é um sistema jurídico uno e indivisível, os métodos lógico-racional, sistemático e teleológico fornecidos pela Hermenêutica Jurídica visando a que o intérprete não se veja atrelado à mera leitura gramatical e literalista desse novo preceito legal, o que o poderá levar a conclusões absurdas e destoantes do conjunto normativo geral (Constituição da República, normas internacionais de direitos humanos, Código Civil brasileiro e demais leis infraconstitucionais) que incide sob a sistemática da reparação por danos morais.

Percebe-se uma incoerência interna na própria Lei nº 13.467/2017 que é gritante: enquanto o art. 223-A dispõe que apenas os dispositivos do novel Título II-A da CLT são aplicados à sistemática de reparação dos danos de natureza extrapatrimonial, o art. 8º, §1º, da CLT, também alterado pela Reforma Trabalhista, prestigia ainda mais o diálogo das fontes ao colocar como fonte subsidiária do direito do trabalho o direito comum, dessa vez sem necessidade de observância da compatibilidade de princípios entre os dois microssistemas normativos. Ora, é no direito comum, em especial no Código Civil brasileiro de 2002 que reside todo o estuário normativo dos direitos da personalidade e das diretrizes para a reparação dos danos morais. Para solucionar essa aparente celeuma, cabe ao intérprete, uma vez mais, proceder a uma interpretação sistemática dessas normas jurídicas, em cotejo, de modo a conjugá-las quando da necessidade de solução de um determinado caso concreto, não havendo que se falar em afastamento apriorístico de um ou de outro diploma legal.

Em seguida, o art. 223-B diz que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, *as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.*”

A primeira parte da norma mostra-se de acordo com os pressupostos da responsabilidade civil, da forma como delineados pelos arts. 186 e 927 do Código civil brasileiro de 2002.

A parte final do dispositivo em comento traz a séria problemática de limitar os pleitos de reparação por danos morais (extrapatrimoniais, na dicção da nova lei) experimentados por pessoas afetiva, emocional, financeira e/ou juridicamente atreladas à vítima (*dano moral indireto* ou *em ricochete*), bem como por todo um conjunto de pessoas físicas de trabalhadores (*dano moral coletivo*).

sabe, pela Constituição da República, pelos diplomas internacionais de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, com inclusão dos trabalhistas, vigorantes no Brasil (cujas normas ostentam *status* supralegal, lembre-se), além dos diplomas normativos externos à Consolidação das Leis do Trabalho, tal como, ilustrativamente o Código Civil Brasileiro.”

Dano moral reflexo ou indireto ou em ricochete são aqueles cujos efeitos decorrentes de ato ilícito repercutem não apenas diretamente sobre a vítima, mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano moral não na sua substância, mas de acordo com sua consistência prática²⁶.

O dano moral pode atingir a pessoa, na sua esfera individual, mas também pode afetar um grupo determinável ou até uma quantidade indeterminada de pessoas que, interligadas por uma mesma situação danosa de origem comum, sofre os efeitos desses danos²⁷²⁸.

Considerando que o dano moral e o direito à reparação dele decorrente possuem assento constitucional (art. 5º, V e X, da CRFB/1988, conforme expressamente defendido no decorrer deste trabalho) e por ser uma das facetas de proteção à centralidade da pessoa humana na ordem constitucional vigente (art. 1º, III da CRFB/1988), adquirem caráter publicista e de interesse de toda a sociedade. Por conseguinte, se o dano moral atinge a própria coletividade, é justo e razoável, mais do que isso, imprescindível, que o Direito admita a reparação decorrente da violação aos interesses coletivos.

Nesse sentido também, com precisão, a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto²⁹, para quem “o dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesse ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categoria de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”.

Releva, a nosso sentir, a existência do dano moral coletivo como categoria própria quando se tem em mira as indenizações lastreadas nos *exemplary damages* e *punitive damages*, desenvolvido nas últimas décadas pelo direito norte-americano e anglo-saxão. Por meio das indenizações “por danos exemplar” e indenizações “por danos punitivos” (em tradução livre), fixa-se um valor pecuniário indenizatório tendo em vista não apenas a extensão do dano (art. 944 do CCB/2002³⁰), como também a punição do ofensor com um valor que lhe sirva de desestímulo a novas lesões aos direitos extrapatrimoniais das vítimas

²⁶ cf. FILHO 2014, p. 136.

²⁷ cf. SCHIAVI, p. 191.

²⁸ Contudo, há autores que negam a possibilidade de um dano moral atingir um grupo de indivíduos, como Sérgio Pinto Martins (2011, p. 88), praticamente isolado nessa posição:

“Entendo que não é possível o pagamento de indenização por dano moral coletivo como vem sendo postulado e deferido em ações civis públicas, como, por exemplo, de trabalho escravo, de elaboração de listas negras pelas empresas, etc. Primeiro, porque não existe previsão legal, muito menos a indenização ser destinada ao Fundo de Ampara ao Trabalhador. Segundo, porque cada um dos empregados ofendidos pode pedir a indenização por dano moral, o que implicaria à empresa pagar duas vezes a indenização pelo mesmo fato; uma, no dano moral coletivo; outra, em cada caso individual, representando *bis in idem*.”

²⁹ (2007, p. 137)

³⁰ Diz o art. 944 do CCB/2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

consideradas em coletividade. Trata-se de resposta jurídica adequado ao comportamento do ofensor e que serve de mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes³¹.

Essa natureza punitiva atribuída às indenizações por danos morais faz-se necessária para coibir a repetição de situações de desrespeito à esfera moral de uma coletividade de trabalhadores que ocorre, por exemplo, em casos de revistas íntimas coletivas em empregadas da empresa; de submissão de trabalhadores, coletivamente, a assédio moral, a fim de aderirem à Programa de Demissão Voluntária; de existência de meio ambiente de trabalho em condições de acentuados riscos à saúde e segurança dos obreiros; de descumprimento contumaz das garantias trabalhistas mínimas, dentre as quais o pagamento de salário mínimo, respeito a períodos mínimos de intervalo para descanso e refeição³².

Em casos como esses, e em tantos outros, não há como a ordem jurídica negar a existência de um dano moral coletivo indenizável, pois são violações que transcendem a esfera individual; a atuação do ofensor se configura justamente por uma intenção de violar coletivamente direitos, é uma situação de sistemáticas violações que se espraia, que contamina uma coletividade de pessoas em posição idênticas ou assemelhadas e que perturba aquele conjunto de direitos que compõem o patamar civilizatório mínimo do conjunto social.

Entre os interesses tuteláveis pela via da reparação por dano moral coletivo a doutrina os distingue em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Na categoria dos direitos difusos situam-se aqueles transindividuais de feição indivisível, cujos titulares são indeterminados e ligados entre si por uma mesma situação fática. Os direitos coletivos, por sua vez, também são transindividuais e indivisíveis, mas se restringem a um grupo, classe ou categoria determinada de indivíduos que se unem por uma situação jurídica base. Já os direitos individuais homogêneos são individuais e divisíveis, de que são titulares pessoas determinadas, sendo permitido pela ordem jurídica que esses direitos sejam defendidos coletivamente tendo em conta a sua origem comum³³.

Ao dizer que a pessoa física ou jurídica são as exclusivas titulares do direito à reparação do dano de natureza patrimonial, a Lei nº 13.467/2017 pretende afastar a possibilidade de que, por exemplo, um filho pleiteie indenização em face da perda de uma mãe ou pai decorrente de um acidente de trabalho, bem como cerceia a atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos das categorias profissionais na busca por indenizações decorrente de danos ao meio ambiente de trabalho ou a uma coletividade de trabalhadores que

³¹ cf. SANTOS, 2017, p.264-265.

³² cf. SCHIAVI, 2011, p. 195.

³³ cf. JÚNIOR *et* NERY, 2005, p. 1.011.

serão revertidas em favor de melhores condições de trabalho.

A parte final desse art. 223-B, então, confronta com o disposto nos arts. 12 e 20 do Código civil brasileiro de 2002 anteriormente transcritos, que asseguram ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, no primeiro caso, o direito de exigir que cesse a ameaça ou a lesão aos direitos da personalidade de seu familiar morto e, no segundo caso, o direito a que o cônjuge sobrevivente, os ascendentes e os descendentes pleiteiem danos morais quando lesada a honra, boa fama, imagem e a respeitabilidade do *de cuius*.

O novo art. 223-A ao dispor que a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho respeitam apenas o disposto no novo Título II-A da Consolidação complementa o art. 223-B, *in fine*, e evidencia a intenção do legislador reformista de afastar a aplicação dessas disposições do Código civil às indenização por danos extrapatrimoniais na seara justabalhista, em franco retrocesso social a situações de proteção jurídica já consolidadas na ordem constitucional brasileira pós-1988 que rompem com toda a lógica e sistemática do ordenamento jurídico nacional, uma vez que há pretensões

Some-se a isso mais uma restrição inadmissível perpetrada pelo art. 223-B: a tutela dos direitos coletivos por meio do Ministério Público e sindicatos obreiros - na qualidade de substitutos processuais (em que se aplica o instituto processual civil da legitimidade extraordinária) em que defendem judicialmente, em nome próprio, direito alheio -, ficaria prejudicada, uma vez que, pela redação da parte final desse dispositivo legal, apenas os indivíduos, singularmente considerados, poderiam pleitear judicialmente a reparação pelos danos que atinjam sua esfera moral.

Há aí nesse art. 223-B latente incompatibilidade com os arts. 8º, caput e III e 129, III da Constituição Federal, pois restringe, inconstitucionalmente, o direito de ação ao titular do direito material³⁴.

Em suma, o questionável preceito normativo em questão, além de podar as possibilidades de indenização por danos morais indiretos, reflexos ou por ricochete, impede

³⁴ Nas palavras do Procurador Geral do Trabalho, Ronaldo Curado Fleury³⁴, o art. 223-B em tela:

“Primeiro, restringe a legitimidade constitucional do Ministério Público do Trabalho para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos no âmbito das relações de trabalho, atribuição que encontra fundamento no art. 129, III, da Constituição, e que compreende os direitos extrapatrimoniais (CF/1988, art. 5º, V e X), como direitos constitucionais que são, conforme regulamentação presente no art. 6º, VIII, “a”, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. A disposição ainda afronta a norma do III do artigo 8º da CF, que atribui ao sindicato ‘a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas’, sem delimitar a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do direito, não cabendo, pois, ao legislador ordinário impor limite à legitimidade do sindicato para atuar na hipótese.”

que o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos profissionais cumpram de forma ampla e efetiva seu desiderato constitucional de defesa dos direitos individuais, mas também coletivos, difusos e individuais homogêneos dos trabalhadores.

Adiante, o art. 223-C, na redação original da Lei nº 13.467/2017, arrola como os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural os seguintes: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

Se, por um lado, o art. 223-C alarga, expressamente, o rol de bens juridicamente tutelados pela sistemática da reparação por danos extrapatrimoniais, por outro, uma leitura apressada e literalista do dispositivo em comento pode conduzir à conclusão de que se trata de um rol exaustivo, *numerus clausus*, e que apenas os atributos da personalidade acima transcritos são dignos de tutela nas relações de trabalho.

O CCB/2002, estuário normativo da proteção aos direitos da personalidade, não caminha em tal sentido, sendo o corpo, o nome, a imagem, a boa fama e a respeitabilidade citados entre os arts. 11 a 21 apenas exemplos dos direitos da personalidade expressamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, sem que, com essa enumeração, pretenda o legislador civil de 2002 encerrar um feixe limitado de atributos dignos de tutela³⁵.

Atributos da personalidade enfatizados pelo art. 3º, IV da Constituição Cidadã não estão expressamente contemplados por esse novo art. 223-C da CLT, tais como a cor e a origem, além de outros listados no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.029/1995³⁶, na redação conferida pela Lei nº 13.146/2015 como, por exemplo, o estado civil, a situação familiar, a deficiência, a reabilitação profissional, e outras mais. Contudo, a ausência no texto legal celetista de tais atributos da pessoa humana não significa que eles não sejam a ela inerentes e que, por

³⁵ Delgado (2018, p. 782) apresenta como saída interpretativa para a correta compreensão da norma presente no preceptivo legal em comento a adoção dos métodos hermenêuticos lógico-racional, sistemático e teleológico, no seguinte sentido

“o rol de ‘bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural’ fixado no art. 223-C da Consolidação (rol que foi aperfeiçoado, reconheça-se, pela MPr n. 808/2017) não é, de forma alguma, exaustivo, porém apenas exemplificativo. É que os elencos de fatores antidiscriminatórios são, regra geral, meramente ilustrativos, por força da própria Constituição de 1988 (art. 3º, IV, *in fine*, CF). A interpretação literalista conduziria à absurda conclusão de que o art. 223-C não respeitaria o fator ‘deficiência’, embora seja expressamente enfatizado pela Lei 13.146/2015 (*Estatuto da Pessoa com Deficiência*, art. 1º) e pela *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, da ONU, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 – e que ostenta status de emenda constitucional (art. 5º, §3º, CF).”

³⁶ Diz o dispositivo legal: “Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).”

consequente, possam ser lesionados sem qualquer repreensão por parte da ordem jurídica.

O art. 223-C deve ser interpretado, portanto, como uma cláusula aberta, um rol *numerus apertus* dos direitos da personalidade objeto de reparação por danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, ainda que o verbo “ser” tenha sido conjugado no presente do indicativo (“são” no texto legal), sob pena de o leitor posicionar a CLT em desarmonia com demais diplomas legislativos e com a própria Constituição da República.

O art. 223-E da CLT diz serem responsáveis pelo dano extrapatrimonial não apenas o causador direto e imediato do dano, mas todo aquele que tenha colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado pelos arts. 223-C e 223-D (com a ressalva anterior de que os bens aí descritos não são os únicos objetos de proteção).

O legislador reformista de 2017 finaliza o Título II-A trazendo o polêmico art. 223-G, que trata do que se convencionou chamar de *tarifação* do dano extrapatrimonial. Dentre os dispositivos desse título, foi o que mais gerou críticas e suscitou dúvidas por parte dos que se submetem à regência do Direito do Trabalho no Brasil.

O art. 223-G traz em seu *caput* critérios e circunstâncias que devem nortear o juiz do trabalho na definição do *quantum* indenizável.

O *caput* do artigo em tela procura trazer critérios que o juiz deve levar em conta na fixação do montante indenizatório, o que se mostra de acordo com diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e leva em consideração, inclusive, os pressupostos da responsabilidade civil.

Para Delgado³⁷ há nesses critérios uma vontade do legislador de que o órgão julgador proceda a um juízo de equidade ao perfilhar o caminho da existência ou inexistência do dever de indenizar. Dessa maneira, os 12 elementos considerados pelo Magistrado ao apreciar o pedido (especificados no art. 223-G, *caput* e s I até XII, da CLT) direcionam-se à formação do juízo de equidade próprio ao julgamento desse tipo de litígio. Procurou a Lei deixar explícita que o juiz, ao manejar os critérios para exame do dano moral e para a fixação da correspondente reparação, deve fazê-lo mediante o máximo exercício das qualidades inerentes a sua função de julgador: a sensatez, a equanimidade, a ponderação, a imparcialidade; qualidades essas que, em nosso entender, não animaram o legislador em todos os pontos da lei em exame

No entanto, essa mesma preferência dada à equidade pelo legislador não se verifica no estabelecimento de valores máximos para as indenizações previstos nos s do §1º desse art.

³⁷ (2018, p. 762).

223-G da CLT; a ideia do juízo de *equidade* para a aferição do dano e fixação da correspondente reparação consta fatiada pelo novo texto legal. A nova lei, não observou na integralidade a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do *tarifação* do valor da reparação – critério que é tido como incompatível com o princípio da proporcionalidade sufragado pela Constituição de 1988 (art. 5º, V e X, CF).

O §1º do art. 223-G da CLT traz um balizamento de valores, limites máximos para as indenizações por danos extrapatrimoniais, de acordo com a gravidade da lesão. Em sua redação original, dada pela Lei nº 13.467/2017, o valor da indenização era parametrizado a partir do último salário contratual do ofendido. Evidente a afronta por essa *tarifação* aos princípios da igualdade e da não-discriminação, a Medida Provisória nº 808/2017 tentou corrigir tamanha arbitrariedade estabelecendo como parâmetro o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que, infelizmente não se manteve após a perda de sua vigência, em abril passado.

Carolina Tupinambá³⁸ demonstra os problemas ocasionados pela *tarifação* proposta pela lei ao dispor que:

“A tarifação da indenização por dano morais adotada é de todo desconcertante. É dizer, institui tirânico sistema de castas de trabalhadores que, em razão de seus salários, têm maior ou menor valor atribuído a seus direitos personalíssimos, em repugnante e manifesta violação do princípio constitucional isonômico.

De fato, o critério do porte econômico da vítima como parâmetro de indenização é inusitado. Se o entendimento é o de que o dano extrapatrimonial é o sofrimento experimentado pela pessoa, daí impossível de ser mensurado; ora, considerar as condições econômicas da vítima apenas tem o efeito de atribuir menos a quem tem menos, e mais a quem tem mais. O fato de a vítima mais desfavorecida receber menos pelo mesmo dano sofrido não responde a qualquer princípio de justiça ou equidade.”

Apesar de o §1º do art. 223-G ser meritório ao trazer parâmetros para o arbitramento das indenizações, a chamada *tarifação* para o dano extrapatrimonial é medida que se mostra arbitrária, inconstitucional e desarmônica com o ordenamento jurídico, já que em nenhum outro âmbito do Direito que se utilize da responsabilidade civil para a configuração do dever de indenizar há delimitação de valores máximos para a indenização. Tanto é assim que o STJ, por meio da Súmula 281 de sua jurisprudência dominante, entendeu que a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação que se encontra na Lei de Imprensa³⁹.

³⁸ (2018, p. 183).

³⁹ Assim dispõe a Súmula nº 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. O dispositivo legal da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) que traz a tarifação do dano moral assim dispõe: “Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro

Nesse mesmo sentido, o STF já decidiu no RE 396.386-4/SP de Relatoria do Ministro Carlos Velloso⁴⁰.

São dois os principais problemas que comprometem a plena e literal aplicabilidade do dispositivo em comento: o primeiro deles diz respeito à violação ao princípio da reparação integral do dano, por conta da *tarifação* trazido pela lei. E o segundo, diz respeito à demasiada discricionariedade que se atribui ao magistrado na definição do que sejam ofensas leves, médias, graves e gravíssimas.

Estabelecer valores máximos para a indenização por dano extrapatrimonial fere de morte dispositivos constitucionais tais como o art. 1º, III, art. 3º, IV, art. 5º *caput*, V e X, além do art. 7º, *caput*, sendo evidente a inconstitucionalidade do art. 223-G em questão por desrespeito tanto ao princípio da dignidade da pessoa humana como ao princípio da reparação integral do dano, ambos plasmados nos dispositivos constitucionais ora citados.

Por força do princípio da reparação integral do dano, a indenização eventualmente concedida, se for em pecúnia, é apenas uma forma de quantificar as reverberações de uma lesão à esfera moral, existencial ou física da pessoa, mas nunca uma forma de qualificar o dano à esfera extrapatrimonial do sujeito como tal⁴¹.

A Presidência da República, por meio da Medida Provisória nº 808/2017, procurou corrigir essa *tarifação* colocando como parâmetro de indenização o limite máximo de benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Isso faz com que o princípio

truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV); II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º)". De se notar que a referida lei foi elaborada antes da ordem constitucional, vigente, na época do regime militar e, caso ainda aplicável por ter sido recepcionada pela Constituição Federal, restringe-se à atividade dos jornalistas.

⁴⁰ "A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial – C.F., art.5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeita-la aos limites estreitos da lei da imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição." (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Publicação: DJU 13.08.2004).

⁴¹O Ministério Público do Trabalho posicionou-se contra esse tópico da Reforma Trabalhista no seguinte sentido:

"O tabelamento prévio da indenização por dano moral atrelado ao número de salários contratuais do trabalhador ofendido viola o princípio constitucional da isonomia (CF/1988, art. 5º, *caput* e X) cominado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), articulação da qual resulta que todos são iguais em dignidade e igualmente merecedores de proteção jurídica. O valor do salário contratual percebido pelo indivíduo não constitui critério constitucionalmente viável para mensuração de sua dor psíquica decorrente de dano extrapatrimonial. Esse critério constitui discriminação inconstitucional, na medida em que confere importância reparatória ao abalo moral do sujeito na medida de sua melhor colocação no mercado de trabalho e, portanto, das melhores oportunidades auferidas por sua condição socioeconômica, em franca violação os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos no arts. 1º, III e 5º, *caput*, da Constituição." (FLEURY, 2017)

constitucional da isonomia seja observado, mas, ainda assim, fere o princípio da reparação integral do dano por continuar a estabelecer limites máximos para uma indenização por dano à esfera moral do indivíduo.

Outro problema nesse dispositivo é deixar a cargo do magistrado a aferição do grau de gravidade de uma lesão a direito da personalidade. Em outras palavras, é o magistrado que enquadrará o ato ilícito como ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima, o que poderá conduzir a arbitrariedades se o magistrado não analisar o caso com o qual se depare com cautela e considerando as circunstâncias que o envolvem e que são determinantes para a aferição do grau de lesividade da ofensa⁴².

A prevalecer a aplicabilidade dos dispositivos celetistas acima analisados, diga-se, se confirmada a constitucionalidade dos dispositivos em análise, estaremos diante de sistemática legal que comprometerá a dignidade da pessoa humana do trabalhador naqueles casos em que tem a sua personalidade violada, o que corromperá, em última análise, com toda a ideia de trabalho decente tão cara ao Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo e que veio sendo construída ao longo das últimas décadas, pois o que a Lei faz é desproteger o trabalhador, reaproximando-o de uma mercadoria⁴³.

4. Considerações finais

Conclui-se, a partir das análises efetuadas com base em lições doutrinárias, jurisprudência e leitura da nova redação conferida à CLT pela Lei nº 13.467/2017, com os “ajustes” temporários da Medida Provisória nº 808 de 2017, que o Direito do Trabalho perdeu muito de seu caráter protetivo a partir das inovações legais.

Avalia-se que a nova sistemática inaugurada pelo Título II-A da CLT destoa de todo o Direito positivo brasileiro, desnaturando a proteção da dignidade da pessoa humana tão destacada pela Constituição da República de 1988. A intenção do legislador reformista foi a de isolar as relações de trabalho de todo o ordenamento jurídico e da ampla proteção de

⁴² Mais uma vez nos socorremos da lição de Delgado⁴² para que se encontre uma direção interpretativa constitucional para a correta aplicação do art. 223-G da CLT:

“Evidentemente que, em vista do critério da proporcionalidade claramente enfatizado pela Constituição, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais, embora conduza à rejeição do caráter absoluto da *tarifação* efetuada pela nova lei, pode considerar a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro inicial para a fixação indenizatória pelo Magistrado, ainda que sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade.”

⁴³ A Lei nº 13.467/2017 desnatura o conceito de direito fundamental ao trabalho digno ao dificultar a inclusão social regulada e protegida do obreiro no mercado de trabalho, circunstância que potencializa os contornos de mercantilização do trabalho humano, em franco desrespeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos e à Declaração de Filadélfia que, nos idos de 1944, asseverou não ser o trabalho uma mercadoria (cf. DELGADO, 2015).

direitos conferida pela Constituição Cidadã e por outros diplomas normativos, o que é inadmissível.

O novo Título II-A fere o princípio da reparação integral do dano ao estabelecer uma *tarifação* sem precedentes no cenário legislativo brasileiro que não se verifica em nenhuma outra área do Direito.

Além disso, a Lei 13.467/2017 procura restringir, sobremaneira, as hipóteses de reparação por danos extrapatrimoniais, como no caso dos danos morais em ricochete e danos morais coletivos.

A Lei nº 13.467/2017 e a Medida Provisória nº 808 de 2017, esta não convertida em lei, mergulharam as relações de trabalho no Brasil em intensa insegurança jurídica que procurou ser sanada, ainda que precariamente, pelos intérpretes e aplicadores do Direito, como aqui se procurou demonstrar.

Tanto foi assim que a doutrina e a ANAMATRA posicionaram-se fortemente contra as alterações legislativas do Título II-A da CLT.

Até que o STF se manifeste em definitivo a respeito do Título II-A da CLT, no bojo da ADI nº 5870, para que se possa ler os artigos 223-A a 223-G em consonância com a Constituição de República e de forma orgânica e sistêmica com todo o ordenamento jurídico, não bastará a leitura meramente gramatical e literal dos referidos dispositivos legais, sob pena de desvirtuamento de todo o sistema e de desrespeito ao patamar civilizatório mínimo alcançado, a duras penas, a partir da ordem constitucional inaugurada em 1988.

Apesar de todos os inconvenientes decorrentes do que aqui se (re)afirma, conforme já dito anteriormente, caberá aos aplicadores do Direito, notadamente os juízes do trabalho, rechaçarem as alterações promovidas na Reforma Trabalhista, procurando lê-la de acordo com os parâmetros constitucionais, de forma proporcional e razoável, lançando mão de uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais, de modo a repelir as inadequações inconstitucionais no Título II-A da CLT verificadas ao longo do presente trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundante do Estado Democrático de Direito, que possui como fundamento a centralidade da pessoa humana, encontra-se ameaçada como referência política e normativa no país diante da promulgação de uma lei que reforma profundamente as bases axiológicas do Direito do Trabalho. Em 2018, a Constituição brasileira completa 30 anos de existência. Porém, não apenas esse marco temporal merece nota: a Declaração Universal dos Direitos Humanos comemora, em 2018, 70

anos desde sua proclamação pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A Lei nº 13.467/2017 golpeia, a um só tempo, a proteção à pessoa humana do trabalhador dada por esses dois diplomas jurídicos⁴⁴.

Por tudo exposto, não há como se compreender a inserção do novo Título II-A na CLT pela Lei 13.467/2017 sem analisarmos o contexto de retirada de direitos trabalhistas que motivou o legislador reformista de 2017. A Reforma Trabalhista é verdadeira deforma do Direito do Trabalho no Brasil, cujo legado histórico de proteção à parte vulnerável dessa relação jurídica, o trabalhador, foi violentamente atacado, em uma tentativa de diminuição do padrão civilizatório mínimo da dignidade da pessoa humana alcançado com a ordem constitucional de 1988.

Fica latente, por todas as razões anteriores, que a Lei nº 13.467/2017 se trata de mais uma medida legislativa motivada por interesses de duvidosos representantes do povo que circunstancialmente ocupam o Poder Legislativo, mas que à população trabalhadora que a elegeu nada servem, pelo contrário, vão de encontro aos seus interesses e necessidades, prejudicando todo o funcionamento do sistema de reparação de violações à dignidade humana no contexto das relações de trabalho. Daí ter-se defendido no presente estudo o retrocesso social que os diplomas normativos aqui enfocados representam.

5. Referências Bibliográficas

ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Pignatti. **Drivers and effects os labour market reforms: Evidence from a novel policy compendium.** IZA J Labor Policy. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1186/s40173-016-0071-z>>. Acesso em: 02 out. 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 7.ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁴ Conforme conclusão bem lançada por Andrei Koerner⁴⁴:

“Os trinta anos que saudamos não são os do texto constitucional, tantas vezes modificado nesse período. Também não são os da sua integridade, pois sempre lembraremos que seu sentido original foi invertido nos anos noventa e que ela foi violada pelo golpe parlamentar de 2016. Os trinta anos tampouco celebram o compromisso político que permitiu a elaboração e finalização da Constituição, uma vez que os setores conservadores o renegaram, desde o início, e tentaram reiteradas vezes desfazê-lo. Se eles não promoveram mudanças mais profundas, é porque raramente conseguiram unidade política suficiente para isso, e também porque o compromisso com a Constituição está enraizado em lideranças, forças políticas, agentes do Estado, organizações sociais, movimentos populares e boa parte da população brasileira.

Assim, celebramos os trinta anos da Constituição porque ela é símbolo e referência normativa para todos os que, desde a transição democrática, temos lutado para construir uma sociedade democrática e socialmente decente no Brasil. A data – 05 de outubro – é relevante porque é desde o próprio momento em que era finalizada a redação do texto constitucional a ser promulgado pela Assembleia Constituinte que começamos a buscar a sua efetivação contra as múltiplas tentativas de bloqueá-la e a defende-la contra os que procuram esvaziá-la ou destruí-la.”

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445 >. Consulta em: 05.11.2018.

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

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.
DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

FLEURY, Ronaldo Curado. **Pedido de Veto Total ou Parcial do projeto de Lei da Câmara nº 38/2017**. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/0047921409dac17c04414>. Acesso em agosto de 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**, nº 4, v. 77, p. 60-101, out./dez., 2011.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editôra, 1967.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. 1ª ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

KOERNER, Andrei. A Constituição de 1988 faz trinta anos? In: **Percursos 30 anos da Constituição**. Grupo de Pesquisa “Percursos, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo (UnB – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição). Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-constituicao-de-1988-faz-trinta-anos-06102018> >. Consulta em: 11 out. 2018.

MANNRICH, Nelson (Coord.). **Reforma Trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano moral decorrente do contrato de trabalho**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Nota Técnica**. Proposição n. 49.0000.2017.004049-7/Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB. Brasília, 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://csb.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Para-conhecer-os-demais-pontos-abordados-pela-Nota-T%C3%A9cnica-do-Conselho-Federal-da-OAB-clique-aqui.pdf>. Acesso em agosto de 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 6.ed. São Paulo:

LTr, 2017.

_____. **O dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** ago, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em março/2018.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10.ed. rev. atual. e ampl.; 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. **Análise da Lei n. 13.467/2017:** a “reforma” trabalhista. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coords.). **O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica: homenagem aos 40 anos da AMATRA 8.** São Paulo: LTr, 2017, p. 53-86.

SOARES, Flaviana Rampazzo (Coords.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

TUPINAMBÁ, Carolina. **Danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2018.

O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

THE RECOGNITION OF EXISTENTIAL DAMAGE IN THE CONTEXT OF LABOUR REFORM

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos¹

RESUMO

O desmonte da legislação trabalhista promovido pela Reforma Trabalhista da Lei 13.467/2017 alterou a dinâmica de progressividade de direitos sociotrabalhistas vivenciada pelos trabalhadores brasileiros desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O reconhecimento da possibilidade de reparação do dano existencial – dano ao projeto de vida e à vida de relações – pela disposição do novo art. 223-A, da CLT, veio acompanhado de parâmetros de indenização de duvidosa constitucionalidade. A Justiça do Trabalho, que reconheceu a possibilidade de reparação de danos existenciais antes mesmo de a Lei 13.467/2017 incorporar essa modalidade de dano ao ordenamento jurídico, tem a importante missão de assegurar o respeito à Constituição e ao ordenamento jurídico internacional de proteção aos direitos dos trabalhadores ao apreciar os casos concretos de violação do patrimônio imaterial dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial; Reforma Trabalhista

ABSTRACT

The dismantling of the laboral legislation caused by the Brazilian Labor Reform has changed the big picture of progressivity of rights experienced by workers since the promulgation of the Federal Constitution of 1988. Recognizing the possibility of repairing existential damage – a damage to the life project and to the life of relationship – according to the new CLT article 223-A has been followed by indemnification parameters with doubtful constitutionality. The Labour Justice, which has recognized the possibility of reparation of existential damage even before the Law 13.467/2017 incorporated this modality of damage to the legal system, has the importante mission to ensure respect for the constitution and the international legal order for the protection of worker's rights when assesting the concrete cases of violation of the intangible assets of the workers.

KEYWORDS: Existential damage; Labor Reform.

¹ Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Assessora da Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Delaíde Alves Miranda Arantes. Professora do UDF- Centro Universitário. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq).

INTRODUÇÃO

Um dos mais graves retrocessos sociais experimentados pelo Brasil nos últimos 30 anos, a Lei 13.467/2017 promoveu a desconstrução do Direito do Trabalho a partir do esgarçamento do Princípio da Proteção - seu principal viés de sustentação – e da admissão de práticas precarizantes, que não se coadunam com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Entre as alterações implementadas pela Lei 13.467/2017, o reconhecimento do dano existencial como espécie de dano ao patrimônio imaterial do trabalhador, pela inclusão do art. 223-A à CLT, veio acompanhado de uma série de medidas restritivas de direitos, inclusive no que se refere à previsão de formas discriminatórias de indenização. A Reforma Trabalhista tem sido duramente criticada por setores da sociedade comprometidos com a defesa dos direitos sociais, e representa um duro golpe do neoliberalismo no processo aquisitivo de direitos dos trabalhadores brasileiros.

A Justiça do Trabalho poderá desempenhar importante papel na interpretação da nova legislação, assegurando a proteção ao patrimônio imaterial dos trabalhadores, o respeito à matriz constitucional de 1988 e ao ordenamento jurídico internacional, de forma a preservar a dignidade humana como eixo central do Estado Democrático de Direito.

1. O CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

No Brasil, até o início do século XXI, apenas 30% dos trabalhadores ocupados eram regidos pelo Direito do Trabalho, em contraposição a cerca de 80% dos que vivem nos países capitalistas ocidentais mais desenvolvidos, o que demonstra que ainda há um grande espaço para que o Direito do Trabalho atue como instrumento civilizatório para a construção da democracia social e da cidadania, implementando ações afirmativas de combate à exclusão social e incentivando o desenvolvimento social do país com distribuição de renda². No entanto, no Brasil sempre predominou o “isolamento e certo desprestígio cultural”³ da Justiça do Trabalho, em contraponto ao prestígio e inserção social desfrutado na história dos países capitalistas europeus mais desenvolvidos. No final da década de 1990, essa tendência se acentuou, com a propagação do “ideário de

² DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 127 a 134.

³ *Idem*, p. 128.

descomprometimento social do Estado”, que já se manifestara na Europa Ocidental após os anos de 1970.⁴ Para Maurício Godinho Delgado

Os efeitos deletérios desse desprestígio e isolamento disseminaram-se ainda mais em decorrência apelo da variante intelectual especificamente brandida contra as conquistas da Democracia Social no Ocidente, qual seja, a ideia do fim da *sociedade do trabalho*, do fim da *centralidade do trabalho* e do *emprego* no mundo capitalista.⁵

O Brasil, que sequer tinha conhecido o desenvolvimento de uma Social Democracia que assegurasse um mínimo de distribuição de renda e garantias para as grandes maiorias excluídas, viu o desprestígio ao Direito do Trabalho e os ataques à Justiça do Trabalho se intensificarem nos Governos Fernando Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Naquele período, a influência do pensamento desregulador ultraliberal ganhou espaço inclusive em campos parlamentares de esquerda, tamanha a hegemonia da tendência flexibilizante, resultando em diversas modificações legislativas que atenderam aos interesses do mercado, como a disseminação das cooperativas de mão de obra pela Lei 8.949/94; a edição da MP 2.16441/2001, que amplia as hipóteses do contrato de estágio; a promulgação da Lei 9.601/98, que admite o Contrato Provisório de Trabalho; a Lei 9.601/98, que estabelece o regime de compensação de horas extras pelo sistema do banco de horas e a tentativa, infrutífera, de aprovação do Projeto de Lei 5.483/2001, que preconizava a prevalência do negociado sobre o legislado. Da mesma forma, uma tendência flexibilizante se infiltrou na jurisprudência trabalhista, que adotou interpretações permissivas e desregulamentadoras de caráter liberal. A expansão da terceirização nesse período foi outro fator de precarização das condições de trabalho que atuou de forma a rebaixar o patamar de direitos de grande parcela da população, admitindo um padrão rarefeito de proteção para os trabalhadores terceirizados.⁶

Entre os anos de 2003 e 2014, nos dois governos de Luiz Inácio Lula da Silva e no primeiro governo de Dilma Rousseff, o Brasil experimentou um período de ampliação e formalização do emprego, chegando a atingir uma evolução de 70% em relação aos empregos típicos e às relações de trabalho congêneres, como avulsos e servidores públicos, se comparado ao ano de 2002, segundo dados oficiais da RAIS (Relação Anual

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*. (Grifos do autor).

⁶ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014, p. 105. p. 130-132.

de Informações Sociais)⁷. Tal condição foi alcançada a partir da harmonização de um discurso afirmativo de valorização dos direitos trabalhistas encampado pelo Poder Executivo, ao lado de medidas governamentais de cunho social e progressista, como a valorização do salário mínimo, a aprovação da Emenda Constitucional 72, que estendeu direitos trabalhistas para os trabalhadores domésticos e o combate ao trabalho infantil e ao trabalho em condição análoga a de escravo. No mesmo período foram legalizadas as Centrais Sindicais, pela Lei 11.648/2008. O prestígio da negociação coletiva foi ampliado por intermédio de alterações realizadas no Poder Normativo da Justiça do Trabalho pela EC/45. A mesma emenda ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que passou a processar e julgar ações relacionadas a todas as relações de trabalho – além das relações de emprego típicas – e as ações envolvendo pedidos de dano moral.⁸

Ao mesmo tempo, a jurisprudência trabalhista caminhou no sentido da afirmação dos direitos individuais e sociais trabalhistas, destacando-se por restringir a precarização por intermédio das negociações coletivas, a flexibilização e as interpretações restritivas de direitos, tendo o Tribunal Superior do Trabalho revisado várias Súmulas que referendavam o pensamento neoliberal predominante na década de 1990. Para Maurício Godinho Delgado

Todos esses dados fáticos e jurídicos evidenciam o que o desafio da inclusão econômica e social das pessoas pelo caminho da generalização do Direito do Trabalho no país começou, pelo menos, a ser enfrentado no Brasil. Tão importante quanto isso, a experiência desse recente período evidencia o potencial e a testada eficácia do Direito do Trabalho para alcançar simultaneamente, crescimento econômico, justiça social, distribuição de renda e bem estar individual e social no contexto de uma economia capitalista.⁹

No ano de 2015, no segundo mandato de Dilma Rousseff, políticas governamentais econômico-financeiras de caráter monetarista e recessivas inverteram o quadro de evolução positiva das contratações trabalhistas e administrativas formais e desembocaram num aumento do desemprego e no desaquecimento da economia. Em 2016, o Golpe Parlamentar¹⁰ que afastou a presidenta eleita democraticamente foi também um duro

⁷ Fonte: RAIS-CAGET/DES/SPPE/MTE. Texto: “Características do Emprego Formal - Relação Anual de Informações Sociais – 2014”. Secretaria de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego. *Idem*, p. 136.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p.137-138.

⁹*Idem*, 138-139.

¹⁰ Para Marcelo Neves, “o processo de impeachment atua como um equivalente funcional a um golpe de Estado. O objetivo é, na verdade, destituir a Chefa de Estado com base na distorção de um instituto constitucional legítimo. Ao falar de equivalente funcional a um golpe de Estado no sentido clássico da expressão, não descarto ser também adequado afirmar-se que se trata de um golpe parlamentar, judicial e

golpe contra os direitos trabalhistas conquistados historicamente pelos trabalhadores ao longo dos 75 anos de vigência da CLT e dos quase 30 anos da Constituição Federal de 1988. O novo governo, apoiado amplamente pela mídia conservadora e majoritária, passou a reabilitar a agenda ultraliberalista e neoconservadora que ameaçou o país nos idos de 1990. Para Mauricio Godinho Delgado:

Essa retomada se produziu, de maneira incisiva, a partir da derrubada do governo democrático precedente, adotando-se, a partir de então, entre outras, medidas fortes de restrição dos investimentos e gastos públicos em geral, privatização de segmentos estatais, política monetária restritiva, degradação das instituições, equipamentos e serviços públicos, extinção, diminuição ou restrição dos direitos e garantias sociais. [...] A recidiva de regressão antissocial no Direito do Trabalho brasileiro recebia impactante e unísono suporte ideológico dos grandes meios de comunicação de massa no Brasil (televisões, rádios, jornais e revistas), atuando com concertação disciplinada e aguda no sentido do desprestígio de todo o Direito Social (Direito da Seguridade Social e Direito do Trabalho) e de suas instituições públicas específicas mais relevantes.¹¹

Foi nesse cenário desastroso para a democracia e para o povo brasileiro que se apresentou o Projeto de Lei de Reforma Trabalhista (PL 38/2017) à Câmara dos Deputados no ano de 2016, visando a eliminar direitos trabalhistas de forma imediata ou a longo prazo e a atender aos interesses de mercado¹².

mediático. Retomando e relendo aqui uma velha distinção de Louis Althusser e entre aparelhos repressivos e aparelhos ideológico de Estado, um tanto fora de moda, pode-se dizer que, enquanto na versão clássica do golpe, a dimensão repressiva do aparato estatal sobressai, na versão atual, “moderna” ou (se quiserem) “pós-moderna”, prevalece a dimensão ideológica de agentes estatais e atores da sociedade civil. Em certos aspectos, esta talvez seja mais grave do que aquela, pois envolve uma escamoteação ideológica que, pretensamente em nome da constituição, distorce, corrói, erode a própria Constituição”. Disponível em: <<https://www.ocafezinho.com/2016/05/08/marcelo-neves-um-dos-principais-constitucionalistas-do-brasil-denuncia-o-golpe/>> Acesso em: 11/05/ 2018.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p.139.

¹² Na ocasião, o parecer do relator Romero Jucá (MDB), favorável ao contrato de trabalho intermitente, foi rejeitado, sendo substituído pelo do Senador Paulo Paim (PT), que afirmava: “Essa modalidade de contrato- também conhecida como 'jornada zero hora'- é uma forma de legitimar o 'bico' como uma das opções de trabalho formal, porém, com menores custos para o empregador. Estabelece um vínculo de trabalho que permite à empresa pagar somente as horas de efetivo serviço, deixando o trabalhador sempre à disposição, 'resolvendo' um problema de fluxo de trabalho dos empregadores e impondo aos trabalhadores condições precarizadas de trabalho e vida. A principal justificativa apresentada pelo relator do projeto substitutivo da Reforma Trabalhista foi que 'o Brasil mudou desde 1943, quando a CLT foi criada. É preciso modernizar as relações de trabalho no Brasil, com novas modalidades de contratação que incluam novas formas de trabalho atuais. Entretanto, uma real modernização das relações de trabalho deveria ter como pressuposto a eliminação das formas precárias e arcaicas de trabalho ainda persistentes no Brasil, em pleno século XXI, e não a ampliação dessas práticas. Com o argumento de que 'os direitos estão restritos a um grupo de trabalhadores privilegiados, e, com a reforma, os trabalhadores informais e em subempregos - cuja realidade de vida não se encaixa na forma rígida que é a atual CLT - também serão cobertos pela CLT', o relator ampliou e criou formas precárias de trabalho, garantindo suposta segurança jurídica para as empresas, em detrimento da proteção ao trabalhador". Ademais, 'no trabalho intermitente, o empregado não terá direito a um período de férias remuneradas, pois elas serão pagas diluídas ao término de cada período de serviço". VEIGA, Aloysio Correa da. Reforma Trabalhista e

Na tentativa de sensibilizar o Senado Federal, 17 Ministros do Tribunal Superior do Trabalho encaminharam à instituição um documento condenando as alterações propostas pela dita Reforma Trabalhista, somando-se a um amplo movimento contrário ao projeto, capitaneado pela comunidade jurídica e acadêmica, sindicatos e movimentos sociais. O Tribunal Superior do Trabalho, nesse momento histórico, reproduziu a divisão da sociedade brasileira, tendo o então Presidente da Corte Ives Gandra Martins Filho como importante interlocutor junto à mídia em defesa da reforma.

Não obstante os esforços implementados e a deflagração da maior greve geral desde a época da ditadura militar (com 35 milhões de trabalhadores paralisados), a Reforma Trabalhista foi aprovada em abril de 2017 e encontra-se em vigor desde 11 de novembro do mesmo ano, (Lei 13.467/2017)¹³, “conduzindo a uma impressionante

trabalho intermitente. In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45.

¹³ A Lei 13.467/2017 a chamada “Lei da Reforma Trabalhista” entrou em vigor a despeito da reprovação da ampla maioria da população [1] e dos protestos de setores da sociedade relacionados ao mundo do trabalho, como entidades representativas de trabalhadores [2], magistrados [3], advogados[4], Ministério Público[5] e a academia[6]. Não obstante encontrar-se mergulhado numa crise institucional, política e econômica sem precedentes e com apenas 5% de aprovação popular [7], o Governo Federal levou adiante a ideia de alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, modificando o padrão de proteção estabelecido há 75 anos pela CLT. Somam-se ainda a esses fatores, a ausência de debates com a sociedade, a desinformação da população alimentada pela mídia [8], a pressão explícita de lobbys empresariais [9] e o açodamento da tramitação do projeto [10].

[1] O índice de rejeição às mudanças aprovadas chegou a mais de 95% na consulta pública aberta pelo Senado Federal sobre o tema. Disponível em <<https://juristas.com.br/2017/06/26/reforma-trabalhista-rejeicao-em-consulta-publica-e-de-9573/#.WYTYj2nyssg>> Acesso em 04/08/2017.

[2] Na greve geral dos trabalhadores em 28 de abril, a mídia noticiou a participação de mais de 35 milhões de pessoas. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2017/04/28/cut-paralisacao-e-a-maior-da-historia-35-milhoes-de-brasileiros-deixam-de-trabalhar/>> Acesso em 07/11/2017

[3] Nota Técnica da ANAMATRA contrária à reforma trabalhista. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/files/NT_ANPT_ANAMATRA_ABRAT_SINAIT_Reforma-Trabalhista.pdf> Acesso em 07/11/2017

[4] Nota da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em <<http://s.oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>> Acesso em 07/11/2017

[5] O Ministério Público do Trabalho elaborou oito Notas Técnicas apontando inconstitucionalidades e violações de direitos no conjunto de leis que compõem a chamada “reforma trabalhista”. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas!/ut/p/z1/jZDBCoJAElafxqsq2bWbZMSk8ii0PYSGtsmqCur5etndiytuc3wfczPDwxiYGXyyETSZLJM8m4_MftsziYuWWwxQCQO0hXug4OxJ2gTiHqAeGj5L8ALwinSHdksfY8YgTUB9o8_Arx8HBiKnc96ZCCBa9njQB_x15M1MJHL9N0HLVPTEcAUv3LFX5X3fnWNFU911DDtm11IaXluX6RhZ4qDb9ZNIk3EH_AUBXHGL0wiJyaPgE5q6xA/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> Acesso 01/11/2017.

[6] Como exemplo o Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília Disponível em <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/2017/07/artigo-reforma-trabalhista-e-suas.html>> Acesso em 07/11/2017.

[7] Segundo pesquisa IBOPE encomendada pela CNI, realizada entre 13 e 16 de julho de 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/governo-temer-e-aprovado-por-5-e-reprovado-por-70-diz-ibope.ghtml>> Acesso em 04/08/2017.

[8] Pesquisa Brasileira de Mídia: Quase 90% dos brasileiros se informam pela televisão sobre o que acontece no país, sendo que 63% têm na TV o principal meio de informação. Segundo o relatório, a emissora mais vista pelos que responderam à pesquisa é a TV Globo, mencionada por 73% dos

redução do patamar civilizatório mínimo” instituído no Brasil pela Constituição Federal, em conjunto com as Convenções da OIT ratificadas pelo país e pela legislação infraconstitucional. Trata-se de um conjunto de “regras jurídicas contrárias ao espírito humanístico, democrático e social da Constituição da República de 1988 e do Direito Individual do Trabalho, do Direito Coletivo do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho”.¹⁴ Pendem sobre a nova lei, até essa data, vinte e uma Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁵, e duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (58 e 59). A ADI 5870 foi ajuizada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) em razão da limitação para a fixação do valor de indenizações por danos morais estabelecida pela reforma.

Como resultado de um acordo costurado entre a Presidência da República e o Senado Federal, para viabilizar a aprovação do texto original da Reforma Trabalhista no Senado, em 14 de novembro de 2017 foi editada a Medida Provisória 808 – MP 808/2017, regulamentando 17 pontos polêmicos de forma a tentar amenizar os impactos previstos pela implantação da nova lei. Um dos pontos objeto de atenção da Medida Provisória foi a inserção de uma série de detalhes na regulação do contrato intermitente, regulamentado pelos arts. 452-A até 452-H, da CLT. Além disso, buscou-se atenuar algumas das impropriedades criadas pelo art. 223-A a 223-G, que dispõem sobre danos

entrevistados. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view>> Acesso em 07/11/2017

[9] Lobby empresarial: 34% das emendas vieram de computadores da CNT, CNI, CNF. Disponível em< <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/> > Acesso em 07/11/2017

[10] O Código de Processo Civil tramitou no Congresso Nacional por 5 anos e Código Civil, por 27 anos. In: ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. *A Lei nº 13.467/17 da reforma trabalhista e os impactos para as mulheres no trabalho*, p. 69. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda. *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 140-141.

¹⁵ ADI 5766 (Justiça Gratuita), ADI 5794(Contribuição Sindical), ADI 5806 (Trabalho Intermitente), ADI 5810 (Contribuição Sindical), ADI 5811 (Contribuição Sindical), ADI 5813 (Contribuição Sindical), ADI 5815 (Contribuição Sindical), ADI 5826 (Trabalho Intermitente), ADI 5850 (Contribuição Sindical), ADI 5859(Contribuição Sindical), ADI 5865 (Contribuição Sindical), ADI 5867 (Depósito recursal), ADI 5870 (Indenização por Dano Moral), ADI 5885 (Contribuição Sindical), ADI 5887 (Contribuição Sindical), ADI 5888 (Contribuição Sindical), ADI 5892(Contribuição Sindical), ADI 5900 (Contribuição Sindical), ADI 5912(Contribuição Sindical), ADI 5913 (Contribuição Sindical), ADI 5923 (Contribuição Sindical). Disponível em: < <http://www.saadadvocacia.com.br/publicacoes/noticias/69-tabela-das-adins-reforma-trabalhista> > Acesso em 11/05/2018. Após esse levantamento, ingressaram mais três ações relativas à Lei 13.467/2017, no STF: As ADCs 58 e 59, (Correção de valores pela TR) e a ADI 6002 (Necessidade de liquidação do pedido da reclamação trabalhista).

Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389943&caixaBusca=N> Acesso em: 28/10/2018.

extrapatrimoniais na relação trabalhista. Aliás, no que se refere às ações com pedido de indenização por danos morais, as mudanças da Reforma Trabalhista resultaram em impactante redução do número de processos em 2018, em razão dos riscos que o tema enfrenta diante das dificuldades de prova e das possíveis consequências ao trabalhador no caso de sucumbência.¹⁶

A instabilidade institucional e a insegurança jurídica aumentaram com o fim da vigência da MP 808, em 24/4/2018, que após 120 dias em vigor sem conseguir ser pautada para a apreciação do Congresso Nacional, perdeu a eficácia e fez com que voltasse a vigorar o texto original da Lei 13.467/2017.

Em 24 de maio de 2018, o Governo Federal publicou no Diário Oficial da União a Portaria 349 do Ministério do Trabalho reproduzindo parcialmente o texto da MP 808. Para Ricardo Pereira Freitas Guimarães, no entanto, a portaria, enquanto ato administrativo, não pode e não deve legislar, não possui força vinculante, apenas é uma manifestação unilateral do Estado, eivada de inconstitucionalidade, pois caberia ao Congresso Nacional editar um Decreto Legislativo sobre a matéria, nos termos do que preconiza o art. 62, §. 3.º e § 11, da Constituição Federal.¹⁷

Em meio a um mar de insegurança jurídica, no bojo das alterações aprovadas pela Lei 13.467/2018, foi introduzido o Título II – A à CLT, com o objetivo de regular os danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, trazendo, entre outras medidas, o reconhecimento do dano existencial como espécie de dano indenizável.

2. O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL PELA LEI 13.467/2017

Na Justiça do Trabalho, o reconhecimento da hipótese de reparação por dano existencial em razão de danos ao projeto de vida e à vida de relações do trabalhador, motivados pelas violações de direitos perpetradas no ambiente de trabalho que afetam a qualidade de vida do indivíduo, foi consolidado, inicialmente, pelas decisões das

¹⁶ “Nos três primeiros meses completos de vigência da reforma trabalhista, o número de novas ações abertas na Justiça caiu à metade em relação ao mesmo período de um ano atrás – de 571 mil para 295 mil. Os processos também estão mais enxutos. Pedidos de indenização por dano moral e adicional de insalubridade e periculosidade praticamente desapareceram das listas de demanda”. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-trabalhista-faz-desaparecer-aco-es-por-danos-morais-e-insalubridade,70002249757>> Acesso em: 11/05/2018

¹⁷ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Entrevista. Disponível em <http://asmetro.org.br/portalsn/2018/05/25/portaria-ministerial-estabelece-regras-para-o-trabalho-intermitente/> Acesso em 25/05/2018.

instâncias primárias, confirmadas posteriormente pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁸. A postura progressista e corajosa do judiciário ao admitir o dano existencial numa interpretação ampliativa do conceito de dano moral, foi fundamental para a inclusão do dano existencial entre as espécies de danos indenizáveis pela Reforma Trabalhista de 2017 pelo Congresso Nacional.

A inclusão do dano existencial entre as hipóteses de dano reconhecidas legalmente pelo ordenamento jurídico, por intermédio do art. 223-B, da CLT, foi essencial para encerrar a polêmica sobre a possibilidade de autonomia do dano existencial. No entanto, embora o reconhecimento expresso do dano existencial no ordenamento jurídico tenha sido positivo, o legislador buscou vincular essa modalidade de dano aos ditames da Lei 13.467/2017 - Título II-A, Do Dano Extrapatrimonial - que estabelece uma série de restrições para a fixação do valor da indenização. Prescreve o texto da Lei:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

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 as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

¹⁸ Primeira decisão do Tribunal Superior do Trabalho: BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo n. RR - 727-76.2011.5.24.0002, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013.

X - o perdão, tácito ou expresso;
XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
XII - o grau de publicidade da ofensa;
§ 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;
§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor;
§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização;

A leitura literal dos dispositivos incluídos na Consolidação das Leis do Trabalho sobre o dano extrapatrimonial nas relações de trabalho pode levar a ideia de que o legislador quis restringir toda a matéria aos termos estabelecidos no referido Título, quando afirma, no art. 223-A, que “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho *apenas* os dispositivos deste Título”¹⁹. Por óbvio que não seria possível a interpretação de qualquer lei de ordem infraconstitucional sem que se observe o diálogo das fontes e o ordenamento jurídico como um sistema, vinculado primeiramente à Constituição e aos Tratados e Convenções Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Isto porque, a esfera moral das pessoas não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, por constituir conteúdo do valor dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal, insculpido no art. 1.º, III, da Constituição de 1988, cuja proteção é assegurada no art. 5.º, V e X, devendo ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam assegurar a máxima efetividade constitucional a esse direito fundamental. A interpretação literal do art. 223-A da CLT constituiria em tratamento injusto e discriminatório aos trabalhadores, conduta incompatível com o Estado Democrático de Direito.²⁰

¹⁹CLT, art. 223-A. (Grifos acrescentados).

²⁰Conforme informação disponível no site do STF, “a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5870, com pedido de medida cautelar, contra dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterados em decorrência da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) e, posteriormente, pela edição da Medida Provisória (MP) 808/2017. Os dispositivos questionados (incisos I a IV do parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT) estabelecem limites para a fixação de valores da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. Para a entidade, a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação de

Ademais, a Lei 13.467/2017 não tem o condão de afastar a aplicabilidade dos princípios tuitivos próprios do Direito do Trabalho como o princípio da proteção, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da norma mais favorável, da proibição de alteração contratual lesiva ao trabalhador entre outros aplicáveis à todos os negócios jurídicos, como o princípio da boa-fé objetiva, dos poderes inquisitórios do juiz e do livre convencimento motivado. Além disso, na análise do caso concreto, continuam em plena vigência os arts. 8.º e 9.º da CLT, que asseguram o diálogo das fontes na interpretação do Direito e a nulidade dos atos praticados com o intuito de fraudar a legislação trabalhista, de forma que tais instrumentos possibilitam ao juízo assegurar os direitos trabalhistas por uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Finalmente, para além da tentativa do novo art. 223-A da CLT de excluir a proteção constitucional ou mesmo a do Código Civil, e até do direito comparado, ao prever que somente os dispositivos a ele seguintes tutelariam a personalidade do trabalhador, o novo artigo preconiza que as prescrições legais, relativas à proteção dos direitos da personalidade no ambiente de trabalho, revestir-se-ão de natureza puramente econômica, sem manifestar qualquer preocupação com medidas preventivas ou inibitórias que promovam um ambiente de trabalho sustentável, o que demonstra uma

indenização por dano moral, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição. [...] A Anamatra ressalta que subsiste a violação ao contido no inciso XXVIII do artigo 7º da CF, que garante ao empregado uma indenização ampla do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho. “A restrição ao ofício judicante viola a independência dos juízes para julgar as causas e aplicar a lei de acordo com o texto constitucional e com suas convicções [...] Além disso, a associação explica que o Supremo, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130), firmou jurisprudência no sentido de que o dano decorrente da ofensa praticada pela imprensa não poderia ficar limitado, para fins de indenização, a valores previamente fixados em lei.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=367459>> Acesso em: 12/10/2018. Nesse sentido, a Ementa da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: EMENTA: DANO EXTRAPATRIMONIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NÃO DISCRIMINAÇÃO/ISONOMIA. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO AMPLA E INTEGRAL. PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL TRABALHISTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 223-A DA CLT. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e como tal não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Sob a ótica do princípio especial trabalhista da norma mais favorável, devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana, efetivando-se o art. 5º, V e X, da CF. A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto e odioso às pessoas inseridas na relação laboral, notadamente ao trabalhador, maior atingido, em claro retrocesso social. Inconstitucionalidade do art. 223-A da CLT por clara ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, da CF. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=2>> Acesso em: 12/10/2018

“predisposição do legislador para a monetização, pura e simples, dos direitos da personalidade”.²¹

O art. 223-B preceitua que “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Tal previsão não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros ou de danos morais coletivos relacionados às relações de trabalho, nem a possibilidade de exercício do direito de ação em razão do dano por ricochete²², ou seja, o dano moral indireto²³.

De acordo com Rosemay de Oliveira Pires e Arnaldo Afonso Barbosa:

[...] a expressão “titulares exclusivos não implica necessariamente na afirmação de que somente os diretamente envolvidos nessa relação – a vítima direta do dano e o ofensor – são os únicos titulares do direito subjetivo à reparação. Várias hipóteses podem ser lembradas, para demonstrar que herdeiros ou dependentes do empregado, por exemplo, são titulares de direitos trabalhistas atuando no processo em condições de legitimação para a ação, inclusive como substitutos processuais, porque titulares do direito subjetivo correlato.²⁴

Outra polêmica promovida pela nova lei foi a apresentação de um rol de direitos sujeitos à reparação, incluídos no art. 223-C, quais sejam “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”. Está patente a natureza exemplificativa dos direitos elencados, pois a Constituição Federal, em sua dinâmica de proteção à pessoa humana, não pode conceber um rol de direitos personalíssimos estabelecidos numa lei infraconstitucional como taxativo.

²¹ CARVALHO, Augusto César Leite de Carvalho. *Direito do trabalho*: curso e discurso. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 369.

²² O Supremo Tribunal Federal reconheceu o dano por ricochete no AI 400.336. AgR/RJ etc. O reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça ocorreu no AgRg no AREsp. 104.925/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 26.06.2012, AgRg no Ag 1.413.481/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 19.03.2012 etc.; pelo TST no E-RR 1187- 80.2010.5.03.0035, SBDI-I, Redator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12.05.2016, Data de Publicação: DEJT

²³ Para Sebastião Geraldo de Oliveira “Dano moral indireto, reflexo ou, em ricochete, é aquele que, sem decorrer direta e imediatamente de certo fato danoso, com este guarda um vínculo de necessidade, de modo manter o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o prejuízo. Ainda que sejam distintos os direitos da vítima imediata e da vítima mediata, a causa indireta do prejuízo está intensamente associada à causa direta, tornando perfeitamente viável a pretensão indenizatória”. Processo n. RO 1019-2007-042-03-00-3, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira. DJEMG 29.07.2009. Tribunal Regional da 3.^a Região. In: LOPES, Willian Cândido. *Dano moral por ricochete na seara trabalhista*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-por-ricochete-na-seara-trabalhista>> Acesso em: 14.11.2011.

²⁴ PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. A dimensão patrimonial do dano moral na reforma trabalhista: análise e questionamentos acerca dos novos arts. 223-A a 223-G, da CLT. In: JANOTTI, Cláudio da Rocha; MELO, Raimundo Simão de. *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as reformas Trabalhista e Previdenciária: I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social – Programa de Mestrado em Direito do UDF*, São Paulo: LTr, 2017, p. 340.

O art. 223-G estabelece os critérios legais a serem utilizados pelo juízo na apreciação do pedido de dano moral ou existencial. No entanto, a criação de um rol de critérios exemplificativo não pode limitar o juízo no julgamento de casos concretos, desde que a decisão judicial seja devidamente fundamentada, conforme assegura o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Por fim, a mais polêmica das disposições da Lei 13.467/2017, os parágrafos 1.º I, II e III e IV, § 2.º e § 3.º, do art. 223-G, estabelecem limites máximos à indenização, por critérios que vão da gravidade do dano à vinculação ao salário do ofendido e veda a acumulação de danos.

Para Rosemary de Oliveira Pires e Arnaldo Afonso Barbosa:

Nivelando o dano moral a uma patrimonialidade calculada, matemática, própria dos danos materiais, tal regulação inviabiliza sobremaneira o valor imaterial do trabalho do homem que o realiza e que, por meio dele, se realiza em dignidade, desprezando-a por meio da coisificação do labor humano e das lesões dele decorrentes. Logo o especial ramo do Direito do Trabalho, regulador das relações de trabalho, as quais têm na pessoalidade um de seus elementos caracterizadores. [...]Ao tarifar, limitadamente, a reparação por dano moral ao salário da vítima, o dispositivo viola o princípio isonômico insculpido na Constituição Federal (art. 5.º, caput), e mais particularmente, o direito à isonomia entre trabalho manual, técnico e intelectual e ente os profissionais respectivos (art. 7.º, XXXII). Frustra, desta forma, e por consequência, também os preceitos constitucionais relativos à dignidade humana e ao primado do trabalho (art. 1.º, III e IV, e art. 193).²⁵

Os autores entendem, também, que resta violada a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que proíbe a discriminação no emprego e nas condições de trabalho, ratificada pelo Brasil. Por fim, quanto ao impedimento legal para acumulação, lembram que a Constituição Federal assegura no art. 5.º, X, a acumulação de danos materiais e morais e não estabelece limite pecuniário, sob pena de violação ao princípio da reparação integral do dano²⁶.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5870, ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, no Supremo Tribunal Federal, aponta para a inconstitucionalidade do art. 223-G, que estabelece o limite a indenização por dano moral, por entender que “a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenização por dano moral, sob pena de limitar o próprio

²⁵PIRES, Rosemary de Oliveira; BARBOSA, Arnaldo Afonso. A dimensão patrimonial do dano moral na reforma trabalhista: análise e questionamentos acerca dos novos arts. 223-A a 223-G, da CLT. In: JANOTTI, Cláudio da Rocha; MELO, Raimundo Simão de. Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as reformas Trabalhista e Previdenciária: *I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social – Programa de Mestrado em Direito do UDF*, São Paulo: LTr, 2017, p. 345.

²⁶ *Idem*, p. 346.

exercício da jurisdição”. Para a entidade, que representa os juízes e juízas do trabalho de todo o Brasil, a lei não pode se sobrepor ao conteúdo do art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal, que assegura uma indenização ampla do dano moral decorrente de relação do trabalho, por considerar que “A restrição ao ofício judicante viola a independência dos juízes para julgar as causas e aplicar a lei de acordo com o texto constitucional e com suas convicções”.

A ADI ressalta que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130), ao julgar o dano moral decorrente de ofensa praticada pela imprensa, e considerou que a indenização não pode ser limitada a valores previamente fixados em lei. Conseqüentemente, a ANAMATRA considera que, se a tarifação da indenização por dano moral disposta na Lei de Imprensa é inconstitucional, “a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho, também se mostra inconstitucional”.

3. A MATRIZ CONSTITUCIONAL DE 1988 COMO PARADIGMA PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Sobre a inafastabilidade da interpretação conforme a Constituição nos parâmetros do Estado Democrático de Direito, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado afirmam:

Uma das técnicas consagradas de interpretação lógico-sistemática e teleológica consiste na interpretação em conformidade com a Constituição da República - ou em conformidade com certo(s) princípio(s) constitucional(ais) -, a par da interpretação em conformidade com determinado(s) diploma(s) normativo(s) internacional(ais) imperativo(s) no Brasil. Nesse quadro técnico e metodológico, ao invés de se invalidar a regra jurídica interpretada, perfila-se pela adoção da interpretação conforme, de maneira a autorizar a agregação dos comandos imperativos provindos da Constituição.²⁷

Para os autores, a aplicação dos princípios constitucionais, ao lado do princípio da norma mais favorável, insculpido no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, se torna imprescindível na “dinâmica hermenêutica, em praticamente quase todas as situações interpretativas”.²⁸ Como exemplos de princípios constitucionais relacionados ao Direito do Trabalho, destacam o “princípio da centralidade da pessoa humana”, além dos

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 96.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 98.

princípios da valorização do trabalho e do emprego; da dignidade da pessoa humana; da justiça social e o “princípio da subordinação da propriedade à função socioambiental”.²⁹

O Direito do Trabalho, além dos princípios próprios e dos princípios constitucionais, atrai um amplo arcabouço normativo, que deve se integrar à norma interpretada, como, por exemplo, o conjunto formado pelos vários diplomas internacionais de direitos humanos, com ênfase aos Tratados e Convenções da OIT e os da ONU.³⁰ Esses “diplomas internacionais de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais”, relacionados aos direitos trabalhistas individuais, sociais e coletivos, compõem o Direito do Trabalho brasileiro e possuem *status* de norma supralegal, restando totalmente integrados à ordem jurídica interna.³¹

Por fim, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado enfatizam:

Os métodos de interpretação considerados pela Hermenêutica Jurídica, dessa maneira, têm de apresentar a aptidão para realizar essa harmonização sistêmica de sentidos normativos, sob pena de não concretizarem adequadamente o seu papel interpretativo.³²

O discurso de afirmação do Direito do Trabalho passa pela garantia de efetividade dos direitos constitucionalizados materializada em decisões judiciais que contribuam com o “contramovimento” necessário à reafirmação da dignidade sobre o lucro, numa perspectiva contra majoritária de resistência ao atual cenário de retrocessos sociais vivido no Brasil e no mundo. Para Renata de Queiróz Dutra:

A dimensão dos conflitos sociais representados dentro do próprio movimento jurisprudencial e também na função paradoxal do Direito do Trabalho em uma sociedade capitalista precisa ser compreendida em sua complexidade e deve ser vista como produtiva e constitutiva de avanços e recuos que se apresentam a partir do caminhar histórico das forças sociais.³³

²⁹ *Idem.*

³⁰ Silvio Beltramelli Neto nos fala sobre a existência de normas com hierarquia constitucional fora do texto da Constituição, difundida a partir da experiência francesa de reconhecimento da existência do que se denomina “bloco constitucionalidade”. O autor cita Celso Lafer, expressamente favorável à hierarquia constitucional dos tratados direitos humanos, não obstante a possível diferenciação ensejada pelo § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, o que corrobora a aplicação da teoria do bloco de constitucionalidade com o objetivo de imprimir “vigor e força normativa da Constituição”, a ser utilizado como um “parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, e ampliação do universo dos direitos constitucionalizados previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas”. BELTRAMELLI NETO, Silvio. Hierarquia das Convenções Internacionais no Direito Interno. In: ROCHA, Claudio Janotti da (coord.). *Direito Internacional do Trabalho: Aplicabilidade e eficácia dos Instrumentos Internacionais de Proteção ao Trabalhador*. São Paulo: Ltr, 2018, p. 455.

³¹ *Idem*, p. 217.

³² *Idem*, p. 89.

³³ DUTRA, Renata Queiróz. *Do outro lado da linha: poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr, 2014, p. 233.

Indubitavelmente, a onda neoliberal e neoconservadora repercute na formação da jurisprudência trabalhista, de maneira que, segundo Maurício Godinho Delgado:

A essa blitzkrieg³⁴ impressionante e avassaladora somaram-se interpretações jurídicas relativamente novas, provindas de decisões judiciais de grave impacto. Tais interpretações jurídicas perfilavam-se, infelizmente, na linha da desconstrução dos direitos individuais e sociais trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, além da desconstrução da matriz humanística e social da Constituição da República Federativa do Brasil, com seus vários e importantes princípios humanísticos e sociais, conhecidos na doutrina pelo epíteto de princípios constitucionais do trabalho – os quais passaram a ser repetidamente negligenciados.³⁵

Uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preconiza a Constituição Federal, exige firmeza daqueles que se dispõem a enfrentar a voracidade do mercado, que tritura o corpo e alma do trabalhador no “moinho satânico”³⁶. Nesse sentido, o desafio do Tribunal Superior do Trabalho como uniformizador da jurisprudência trabalhista nacional é enorme, pois poderá jogar o papel de imprimir em suas decisões judiciais um padrão regulatório coerente com os princípios do Direito do Trabalho e o elevado padrão de proteção à pessoa humana, estabelecido pela Constituição de 1988, ou sucumbir às pressões do mercado e, desta forma, perecer ao lado dos direitos que deveria defender, contribuindo para a vitória do discurso do fim do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito e da extinção da Justiça do Trabalho como Justiça Social especializada.

A densificação do conceito de dano moral pelo reconhecimento do dano existencial, por meio da condenação de situações abusivas experimentadas pelos trabalhadores, superexplorados pelos novos modos de gestão e produção, consiste em uma possibilidade que o atual momento histórico apresenta ao Direito do Trabalho, como expressão da sua potencialidade de atuação no sistema capitalista como instrumento regulatório das relações de trabalho.

Para tanto, o caberá à Justiça do Trabalho observar essencialmente na Constituição Federal, que protege a pessoa humana em sua dignidade e assegura a defesa do patrimônio jurídico imaterial do sujeito trabalhador.

³⁴ Expressão alemã que designa “ataque fulminante, guerra-relâmpago”, estratégia utilizada na Primeira Guerra Mundial. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/blitzkrieg/>>. Acesso em: 11/05/2018

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 140.

³⁶ A expressão é de Karl Polanyi. POLANYI, Karl. *A grande transformação social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Diante dos parâmetros estabelecidos pelo art. 223-A, da CLT, deverá o julgador assegurar a reparação integral do dano moral, garantida no art. 5.º, V e X, da Constituição Federal, de forma que o trabalhador lesionado dentro do ambiente de trabalho não seja tratado como cidadão de segunda categoria.

No momento em a legislação trabalhista sofre um verdadeiro desmonte e que a Justiça do Trabalho convive diariamente com ameaças de extinção, a Constituição é um poderoso instrumento de resistência. Aos magistrados trabalhistas caberá assegurar, no julgamento de casos concretos, a garantia de igual respeito e consideração aos trabalhadores lesionados em sua integridade moral, sejam homens ou mulheres, independentemente do padrão salarial, imprimindo à Lei 13.467/2017 uma interpretação conforme a Constituição e assegurando o respeito às Normas e Tratados Internacionais da Organização Internacional do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Delaíde Alves Miranda. *A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista: homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do trabalho: curso e discurso*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 369.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014, p. 105. p. 130-132.

DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; Lopes, Othon de Azevedo (coord.). *Direito Constitucional do Trabalho: Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 20

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos para a reconstrução*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 127 a 134.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 96.

DUTRA, Renata Queiróz. *Do outro lado da linha: poder judiciário, regulação e adoecimento dos trabalhadores em call centers*. São Paulo: LTr, 2014, p. 233.

JANOTTI, Cláudio da Rocha; MELO, Raimundo Simão de. *Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as reformas Trabalhista e Previdenciária: I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social – Programa de Mestrado em Direito do UDF*, São Paulo: LTr, 2017, p. 340.

LOPES, Willian Cândido. *Dano moral por ricochete na seara trabalhista*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/dano-moral-por-ricochete-na-seara-trabalhista>> Acesso em: 14.11.2011.

POLANYI, Karl. *A grande transformação social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROCHA, Claudio Janotti da (coord.). *Direito Internacional do Trabalho: Aplicabilidade e eficácia dos Instrumentos Internacionais de Proteção ao Trabalhador*. São Paulo: Ltr, 2018, p. 455.

TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45.

SITES

<https://www.anamatra.org.br/files/NT_ANPT_ANAMATRA_ABRAT_SINAIT_Reforma-Trabalhista.pdf > Acesso em 07/11/2017

<<http://asmetro.org.br/portalsn/2018/05/25/portaria-ministerial-estabelece-regras-para-o-trabalho-intermitente/> > Acesso em 25/05/2018.

<<https://www.brasildefato.com.br/2017/04/28/cut-paralisacao-e-a-maior-da-historia-35-milhoes-de-brasileiros-deixam-de-trabalhar/> > Acesso em 07/11/2017

<<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-trabalhista-faz-desaparecer-aco-es-por-danos-morais-e-insalubridade,70002249757>> Acesso em: 11/05/2018

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/governo-temer-e-aprovado-por-5-e-reprovado-por-70-diz-ibope.ghtml> > Acesso em 04/08/2017.

<<https://www.infoescola.com/historia/blitzkrieg/>> Acesso em: 11/05/2018

<<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=2>> Acesso em: 12/10/2018

<<https://juristas.com.br/2017/06/26/reforma-trabalhista-rejeicao-em-consulta-publica-e-de-9573/#.WYTYj2nyssg> > Acesso em 04/08/2017.

<<http://oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>> Acesso em 07/11/2017

<<https://www.ocafezinho.com/2016/05/08/marcelo-neves-um-dos-principais-constitucionalistas-do-brasil-denuncia-o-golpe/> > Acesso em: 11/05/ 2018.
Acesso em 07/11/2017

<http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas!/ut/p/z1/jZDBC0JAEIafxqsqz2bWbZMSk8ii0PYSgTsmqCur5etndiytuc3wfczPDwxiYGXyyETSZLJM8m4_MftsziYuWWwxQCQO0hXug4OxJ2gTiHqAeGj5L8ALwinSHdksfY8YgTUB9o8_Arx8HBiKnc96ZCCBa9njQB_x15M1MJHL9N0HLVPTEc

AUv3LFIX5X3fnWNFU911DDtm11IaXluX6RhZ4qDb9ZN1k3EH_AUBXHGLOwiJy
aPgE5q6xA/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> Acesso 01/11/2017.

<<http://www.saadadvocacia.com.br/publicacoes/noticias/69-tabela-das-adins-reforma-trabalhista> >

<<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016.pdf/view>>
Acesso em 07/11/2017

<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389943&caixaBusca=N>> Acesso em: 28/10/2018.

<<https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/> > Acesso em 07/11/2017

<<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/2017/07/artigo-reforma-trabalhista-e-suas.html> > Acesso em 07/11/2017.

A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR: NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 620 DA CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE LABOR REFORM AND THE PRINCIPLE OF THE MOST FAVORABLE NORM TO THE WORKER: NEW REDACTION OF THE ARTICLE 620 OF THE CLT IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION

*Pedro Henrique de Castro Motta¹
Ana Victória Linhares Rezende²*

RESUMO

Este artigo pretende analisar a nova redação do artigo 620 da CLT à luz da Constituição Federal e do princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Esta análise pressupõe como ponto de partida a compreensão da extensão do princípio da norma mais favorável ao trabalhador e seus impactos no Direito do Trabalho constitucionalizado.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Trabalhista; Princípio da norma mais favorável; Art. 620; Acordo Coletivo; Convenção Coletiva; Prevalência.

ABSTRACT

This article intends to analyze the new redaction of the article 620 of the CLT in light of the Federal Constitution and of the principle of the most favorable norm to the worker. This analysis assumes as a starting point the comprehension of the extension of the principle of the most favorable norm to the worker and its impacts on the constitutionalized Labor Law.

KEYWORDS: Labor Reform; Principle of the most favorable norm; Article No. 620; Collective Labor Agreement; Collective Labor Convention; Prevalence.

1 – Introdução

No mesmo ano em que a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988 – a primeira após um longo período em que as liberdades individuais estavam suprimidas – completou 30 anos de vigência, a Lei n. 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista, completou também um ano de existência. Muitas foram as alterações previstas pela Lei da Reforma Trabalhista, modificando substancialmente diversos aspectos das relações trabalhistas, tais como as formas possíveis de prestação de serviço, a obrigatoriedade da contribuição sindical, a possibilidade do chamado trabalho intermitente, as regras sobre terceirização e diversos outros institutos.

Dessa maneira, mesmo em um período curto de vigência, alguns desses pontos modificados já foram alvo de ações perante a Suprema Corte brasileira³, questionando a sua adequação ao Texto Constitucional. No entanto, outros pontos ainda remanescem obscuros

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade de Brasília.

² Graduando do Curso de Direito da Universidade de Brasília.

³ ADI 5766, ADI 5794, ADI 5806, ADI 5810, ADI 5811, ADI 581, ADI 5826, ADI 5829, ADI 5850, ADI 5859, ADI 5865, ADI 5867, ADI 5870, ADI 5885, ADI 5887, ADI 5888, ADI 5892, ADI 5900, ADI 5913, ADI 5923.

quanto à sua adequação à Constituição Federal e merecem ser objeto de cotejo com o intuito de proporcionar estabilidade e segurança jurídica.

Nesse âmbito está a alteração que ocorreu na redação do artigo 620 da CLT. Antes da reforma trabalhista, referido artigo previa que o disposto nas convenções coletivas de Trabalho prevaleceria, quando em confronto interpretativo, em relação ao que estiver disposto em acordo coletivo de Trabalho, desde que mais favoráveis ao trabalhador. Apesar de privilegiar o que for disposto no âmbito do acordo coletivo de Trabalho, tal dispositivo impunha a exceção de que, caso o previsto em convenção coletiva fosse mais favorável ao trabalhador, prevaleceria essa em detrimento daquele.

No entanto, com a reforma trabalhista essa lógica foi alterada e o artigo 620 passou a dispor que em todos os casos o acordo coletivo de Trabalho, quando em confronto com a convenção coletiva, prevaleceria, independente de garantir mais direitos aos trabalhadores ou suprimi-los.

Face às mudanças bruscas na forma de interpretação das normas trabalhistas quando diante de dispositivos conflitantes previstos por instrumentos coletivos negociados, mostra-se necessário refletir se tal modificação não infringe diretamente o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, constitucionalmente previsto, razão que justificaria o descompasso da modificação do artigo 620 da CLT com o texto da Constituição Federal.

2 – Considerações sobre o Princípio da Norma mais favorável ao trabalhador

Antes de adentrar no confronto da nova redação do artigo 620 da CLT com a Constituição Federal, é necessário estabelecer algumas premissas conceituais. A primeira delas, que servirá de baliza para todo o cotejo analítico, é a própria definição do que seria o princípio da norma mais favorável e a sua aplicabilidade na legislação trabalhista.

Os princípios podem ser definidos de uma maneira clássica como as normas nucleares de um determinado sistema⁴, ou seja, aquilo que norteia todo o ordenamento jurídico. Tais axiomas são distintos das regras postas já que são mais abrangentes e assinalam “*os standards de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro principio menos amplo*”⁵. Assim, mesmo que não descritos expressamente, os princípios servem como padrão a ser seguido na interpretação e integração do Direito.

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p.73.

Entre os princípios fundamentais da prática trabalhista, está o chamado princípio da norma mais favorável ao trabalhador, responsável por impor ao intérprete do Direito o dever de sempre, nos casos de conflito entre normas, dar aplicação àquela que garanta maiores direitos ao empregado.

Referido axioma tem assento constitucional, já que foi previsto pela Carta Magna em seu artigo 7º, *caput*, responsável por balizar os direitos dos trabalhadores, ao dispor que “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”⁶. Tamanha é a importância desse axioma que o constituinte originário entendeu por bem dispor sobre ele expressamente no Texto Constitucional, determinando que o legislador infraconstitucional deve sempre levá-lo em consideração quando diante de um conflito entre normas.

Essa relevância dada ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador decorre justamente do fato de que o Direito do Trabalho trata de uma relação contratual eminentemente assimétrica em que um dos lados, o empregador, detém uma margem de poder considerável em relação ao outro lado da balança, o empregado. Assim, conforme leciona Américo Plá Rodrigues, o Direito do Trabalho, ao invés de se inspirar em alcançar uma igualdade entre os dois lados, acaba por amparar um dos lados, o trabalhador, de maneira preferencial, exatamente em decorrência dessa diferença de medida⁷. Essa é a justificativa basilar do princípio da norma mais favorável, privilegiar o lado teoricamente mais vulnerável.

Além disso, em decorrência da inexistência de igualdade entre as partes da relação trabalhista, é necessário assentar que a hierarquização das normas nessa seara guarda algumas particularidades. Nos demais campos do Direito, o vértice do ordenamento jurídico, ou seja, a norma que deve ser aplicada por ser hierarquicamente superior, tende a ser a Constituição Federal, devendo todas as outras não subsistirem quando confrontadas com o seu texto⁸. No entanto, diante das especificidades da relação do direito trabalhista e com base no princípio da norma mais favorável ao trabalhador, conforme leciona Maurício Godinho Delgado⁹, o vértice do ordenamento jurídico passa a não ser mais necessariamente a Constituição ou a lei federal, mas sim a norma mais favorável ao trabalhador.

Isso não quer dizer que a Constituição Federal deixa de ser respeitada nessas ocasiões, já que ela ainda é a responsável por estabelecer os fundamentos do Direito. O que acontece é que, no caso de uma outra norma estabelecer mais direitos que o consignado no Texto

⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

⁷ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017

Constitucional, a Constituição passa a não ser mais aplicável ao caso concreto. Referida circunstância pode ser facilmente ilustrada com a hipotética situação em que é promulgada lei que prevê licença à gestante com duração de 180 dias, apesar da Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XVIII, prever licença à gestante com duração de 120 dias. Neste caso, deve prevalecer a hipotética norma que estabeleceu os 180 dias, por ser mais favorável ao trabalhador.

Por isso, não se trata de suprimir o Texto Constitucional, mas ir além dele sempre que for estabelecida uma condição mais benéfica ao trabalhador, em decorrência do quanto sintetizado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Cumpra esclarecer que há um limite nessa forma de interpretação prevista pela seara trabalhista que é a imposição de normas proibitivas pelo Estado. Nesses casos, a norma estatal proibitiva prevalece sobre qualquer instituto, sendo uma exceção ao modo com que se interpreta o direito trabalhista em decorrência do princípio da norma mais favorável¹⁰. Assim, voltando na situação hipotética da promulgação de lei que prevê 180 dias de licença à gestante, caso estivesse disposto no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal que a licença não poderia ultrapassar 120 dias, ou seja, uma norma proibitiva estatal, tal lei não deveria prevalecer, devendo ser declarada inconstitucional.

3 – Redação do artigo 620 da CLT antes da Reforma Trabalhista

Postas essas premissas essenciais para o cotejo da nova redação do artigo 620 dada pela Lei n. 13.467/17, é necessário analisar sua antiga redação e como a jurisprudência dos tribunais trabalhistas enxergava sua aplicação na prática. Conforme dito, originalmente o artigo 620 da CLT tinha a seguinte dicção literal: “*as condições estabelecidas em Convenção Coletiva quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipulas em Acordo*”.

Nesse sentido, da redação antiga é possível retirar duas premissas básicas; (i) em regra o que deve prevalecer quando diante de um confronto entre disposições do acordo coletivo e convenção coletiva é o acordo coletivo e (ii), nos casos excepcionais em que as disposições da convenção coletiva garantem mais direitos aos trabalhadores, essa prevalece em detrimento do acordo coletivo.

A regra geral de que o acordo coletivo de Trabalho deve prevalecer em detrimento da convenção coletiva vem no sentido de privilegiar a decisão tomada em que o lado mais fraco da relação laboral, o trabalhador, está também representado por uma entidade mais forte, os

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017

sindicatos das categorias profissionais, negociando diretamente com os empregadores específicos daquela relação. Em outras palavras, o disposto em acordo coletivo tende a ser mais específico e ter maior aplicação prática do que o disposto em convenção, já que, conforme leciona Maurício Godinho Delgado, “os acordo coletivos constroem-se por empresa ou empresas, em âmbito mais limitado do que o das convenções, com efeitos somente aplicáveis à(s) empresa(s) e trabalhadores envolvidos”¹¹. Por serem mais específicas e expressarem um pacto privado entre essas duas classes, a antiga redação privilegiou, como regra geral, o que está posto em acordo coletivo de Trabalho¹².

Contudo, tal redação estabeleceu como exceção a essa regra de prevalência do decidido em acordo coletivo de Trabalho as situações em que a convenção coletiva garantir condições mais favoráveis ao trabalhador. Tal exceção é o ponto central desse artigo já que privilegia o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, constitucionalmente assentado, colocando em evidência a proteção aos direitos dos trabalhadores. Essa proteção privilegiada ao trabalhador se entrelaça com a razão de ser do Direito do Trabalho, já que o seu objetivo fim é proteger o trabalhador e sempre manter ou ampliar a sua esfera de direitos, frente a uma relação desigual que existe entre o trabalhador e seu empregador.

Ainda, a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas aderiu bem a esse ponto, entendendo por plenamente aplicável o anteriormente disposto pelo artigo 620 da CLT exatamente por dar plena vigência ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador¹³, visto por muitos como o princípio norte na seara trabalhista.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2016., p.173

¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2016.

¹³ I - Válido é o acordo coletivo de trabalho que estabelece prazo de 90 dias para o aviso prévio. II - A vontade das partes traduzida em instrumento coletivo há que ser respeitada pelo Poder Judiciário, até mesmo em face do contido no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho). III - **O artigo 620 da CLT estatui a prevalência da norma mais favorável ao empregado. Esse, aliás, é o princípio basilar que informa o Direito do Trabalho.** IV - Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. Tribunal Superior do Trabalho, RR 364668, 3ª T., DJU 16/02/2001, pág. 738, Rel.: Min. Conv. Deoclécia Amorelli Dias.

A Justiça do Trabalho tem competência para determinar os descontos previdenciários e fiscais, que devem ser efetuados, quando da liquidação da Sentença, nos termos do Provimento da CGJT nº 1/96. Convenções coletivas. Prevalência sobre os acordos coletivos - **Dispõe o art. 620 da CLT que "As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo". Esse preceito legal encerra o princípio basilar em que inspirado o Direito do Trabalho, concernente à prevalência da norma mais favorável ao empregado.** (...) Recurso de Revista conhecido integralmente e provido em parte. Tribunal Superior do Trabalho, RR 351990 - 2ª T. DJU 12/05/2000, pág. 292, Rel.: Min. José Luciano de Castilho Pereira.

Da prevalência da convenção coletiva sobre o acordo coletivo - **A CLT, em seu art. 620, determina que as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecem sobre as estipuladas em Acordo, pois um dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho é o da aplicação da norma mais favorável ao empregado.** O Tribunal Regional, ao afastar a aplicação da Convenção Coletiva para aplicar o

Nesse sentido, cabe destacar as palavras do Ministro João Oreste Dalazen quando do julgamento da RR 605238-06.1999.5.10.5555 que consignou que “o artigo 620 da CLT estatui a prevalência da norma mais favorável ao empregado. Esse, aliás, constitui princípio basilar que inspira todo o direito do trabalho”¹⁴.

4 – Redação do artigo 620 da CLT pós Reforma Trabalhista

Com o advento da Reforma Trabalhista a redação do artigo 620 foi completamente alterada passando a constar como “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”¹⁵. Assim, em uma análise mais crua do que está disposto pela lei, entende-se que não há qualquer tipo de exceção em relação ao acordo coletivo, ou seja, quando em confronto com a convenção coletiva, ele sempre prevalecerá.

A nova redação dada pela Lei n. 13.467/17 suprimiu a possibilidade de a convenção coletiva prevalecer sobre o acordo coletivo quando diante de uma norma mais favorável, desprivilegiando o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Assentou-se textualmente então que em toda e qualquer situação, consubstanciado na palavra “sempre”, o acordo coletivo deveria prevalecer em detrimento da convenção coletiva.

Contudo, conforme explorado anteriormente, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador goza de assento constitucional, ou seja, quando a antiga redação do artigo 620 estava em vigor ela apenas dizia o óbvio, repetindo, em outras palavras, o que estava assentado no Texto Constitucional. Agora tal parte foi substituída pelo vocábulo “sempre”, impondo a adoção do acordo coletivo em qualquer situação¹⁶.

No entanto, quando o interprete está diante de um conflito entre leis, deve sempre observar o texto regente, ou seja, a Constituição Federal¹⁷. Ainda, conforme dito, no Direito

Acordo Coletivo, embora a norma daquele instrumento fosse mais favorável, de fato vulnerou a literalidade art. 620 da CLT. Por outro lado, o Acordo Coletivo não poderia ter afastado a aplicação da norma do art. 620 da CLT, evidentemente mais favorável ao empregado, a não ser que fossem demonstradas circunstâncias específicas referentes à empresa que autorizassem tal procedimento, o que não foi mencionado pelo TRT. Revista conhecida e provida. Tribunal Superior do Trabalho, RR 799089, 5ª T., DJU 07.02.2003, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito

¹⁴ RR - 605238-06.1999.5.10.5555, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 06/06/2001, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 14/09/2001)

¹⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 01.nov.2018

¹⁶ NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. CLT Comparada Urgente - breves comentários, regras & aplicação e mapas conceituais dos artigos reformados. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁷ De acordo com o Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região, Aguinaldo Locatelli, é necessário “interpretar com base na força normativa dos princípios e das normas constitucionais, que se irradiam para toda legislação infraconstitucional, fazendo a ponderação entre a matriz liberal e social,

do Trabalho tal lógica não é necessariamente aplicável¹⁸ já que, nesses casos, o interprete deve olhar para Constituição Federal, mas sempre buscando a norma mais favorável ao empregado¹⁹.

Por isso, desnecessária era a redação antiga que discriminava que as convenções coletivas prevaleceriam sobre os acordos coletivos de Trabalho quando mais favorável, já que isso deveria ocorrer necessariamente, graças aos princípios que regem a seara trabalhista. Portanto, à luz de uma interpretação conjunta da CLT com a Constituição Federal, em todos os casos, a norma mais favorável ao trabalhador deve prevalecer, mesmo que isso não esteja textualmente assentado na legislação ordinária ou em fontes autônomas²⁰.

Neste entendimento, dezessete Ministros do Tribunal Superior do Trabalho produziram considerações jurídicas ao Projeto de Lei de iniciativa da Câmara nº 38/2017, posteriormente aprovado como Lei nº 13.467 de 2017, apontando as lesões a direitos existentes²¹. Nos comentários entregues à Presidência do Senado Federal, foi feita ressalva específica quanto à lesão ao princípio constitucional da norma mais favorável na nova redação do artigo 620 da CLT.

Dessa forma, entende-se que a mudança na redação do artigo 620 da CLT está em descompasso com a Constituição Federal já que atinge diretamente um dos princípios mais basilares do Direito do Trabalho e, apesar de ainda ser consideravelmente cedo para afirmar, tendo em vista que a Lei n. 13.467/17 é um diploma recente, a jurisprudência pode tomar um viés progressista e entender por não aplicar a literalidade da norma presente no artigo 620.

alicerçada no princípio da proporcionalidade, sem perder de vista o eixo humanístico da Constituição da República.”. LOCATELLI, Aguinaldo. Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico. Revista de Direito do Trabalho. Vol. 184/2017. Pp. 121 - 142. Dezembro de 2017.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁹ Neste sentido, o deputado federal Nelson Pellegrino apresentou em 4 de abril de 2018 o Projeto de Lei nº 10824/2018, a fim de alterar o § 3º do art. 614 e o art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho, que passariam a ter a seguinte redação:

“§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a 2 (dois) anos, garantida a ultratividade da norma enquanto não houver a estipulação de nova norma coletiva de trabalho.”

“Art. 620. As condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho.”

De acordo com a justificativa apresentada na proposição do PL, a reforma trabalhista trouxe inúmeros prejuízos para o direito dos trabalhadores, destacadamente na seara das negociações coletivas. Ainda, a retomada da redação anterior do art. 620 da CLT foi proposta *“(…) a fim de garantir que as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre aquelas estipuladas em acordo coletivo de trabalho, em consonância com o princípio da norma mais favorável, um dos princípios basilares (...)”*

²⁰ VIVEIROS, Luciano. CLT comentada pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) / Luciano Viveiros. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

²¹ ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Reforma trabalhista: ministros do TST apontam cerca de 50 lesões a direitos na proposta. 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25342-reforma-trabalhista-ministros-do-tst-apontam-mais-de-50-lesoes-a-direitos-na-proposta>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

5 – Considerações Finais

Na medida do exposto, entende-se que a forma de interpretação do Direito do Trabalho, ou seja, sempre buscando a norma mais favorável ao trabalhador, o lado mais vulnerável, deve se sobrepor a qualquer alteração textual²². Em muitos casos em que a jurisprudência toma um olhar de vanguarda, o legislador tenta afogar essa corrente por meio da alteração do texto legal, prevendo, por exemplo, que o acordo coletivo de Trabalho deve sempre prevalecer, mesmo que garanta menos direitos aos trabalhadores.

No entanto, ao menos quanto à essa questão, a jurisprudência majoritária aplicava o disposto pelo próprio ordenamento jurídico trabalhista, ou seja, dava aplicação aos preceitos basilares do Direito do Trabalho, privilegiando sempre o diploma que garanta mais direitos ao trabalhador.

Mesmo que essa mudança no artigo 620 seja obviamente negativa à toda esfera de proteção do trabalhador e tenha suprimido direitos, em uma interpretação mais ampla ela não deve subsistir. Como o interprete deve sempre levar o sistema como todo em consideração, não uma normativa isolada, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador deve ser plenamente aplicável.

Por ser uma alteração bastante recente, os Tribunais ainda não absorveram referida alteração e não há um posicionamento quanto a aplicação da nova redação do artigo 620 da CLT. Espera-se que a jurisprudência não aplique de maneira cega a literalidade da nova redação, preponderando o princípio da norma mais favorável.

Dessa maneira, a alteração do artigo 620 da CLT não deve (ao menos não deveria) influenciar na forma com que os tribunais vinham julgando, já que se faz necessário respeitar o disposto pela Constituição Federal, afinal, como dita a milenar norma da boa etiqueta, os mais velhos têm prioridade.

²² Seguindo este entendimento, além do Projeto de Lei nº 10824/2018, que visa alterar a redação dos artigos 614 e 620 da CLT para promover a proteção ao trabalhador, após a aprovação e consequente vigência da Reforma Trabalhista, foram propostos outros projetos de lei, tais como:

Projeto de Lei nº 8544/2017: visa excluir o § 1º do artigo 223-G, que estabelece valores de indenização por danos morais com base na remuneração do trabalhador e também na gravidade do ato ilícito.

Projeto de Lei nº 8574/2017: altera a redação do § 4º do artigo 71 e dos artigos 384-A e 396, que versam sobre os intervalos para repouso e alimentação e carga horária.

Projeto de Lei nº 8766/2017: altera a redação dos §§ 1º e 3º do artigo 443, o artigo 452-A, e o inciso VIII do artigo 611-A, sobre a possibilidade do trabalho intermitente.

Projeto de Lei nº 10818/2018: altera a redação do §1º do artigo 8º e revoga os §§ 2º e 3º também do artigo 8º, sobre princípios e fontes do Direito do Trabalho.

Referências Bibliográficas

ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Reforma trabalhista: ministros do TST apontam cerca de 50 lesões a direitos na proposta. 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25342-reforma-trabalhista-ministros-do-tst-apontam-mais-de-50-lesoes-a-direitos-na-proposta>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 01.nov.2018

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01. Nov.2018

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei (PL) número 8544/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151037>. Acesso em: 1º de dezembro de 2018.

_____. Projeto de Lei (PL) número 8574/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151388>. Acesso em: 1º de dezembro de 2018.

_____. Projeto de Lei (PL) número 8766/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2153862>. Acesso em: 1º de dezembro de 2018.

_____. Projeto de Lei (PL) número 10818/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2183727>. Acesso em: 1º de dezembro de 2018.

_____. Projeto de Lei (PL) número 10824/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2183735>. Acesso em: 1º de dezembro de 2018.

Celso Antônio Bandeira de Melo. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16.ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____, Maurício Godinho. Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Forense, 2018.

SILVA, Homero Batista. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LOCATELLI, Aguinaldo. Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 184/2017. Pp. 121 - 142. Dezembro de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. *CLT Comparada Urgente - breves comentários, regras & aplicação e mapas conceituais dos artigos reformados*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES, Américo Plá. ***Princípios de Direito do Trabalho***. 3.ed. São Paulo: LTr, 2000

VIVEIROS, Luciano. *CLT comentada pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017)* / Luciano Viveiros. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

**CRÍTICA AOS NOVOS CONTORNOS DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA:
ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 324 E NO RE
958.252/MG**

**A REVIEW OF THE NEW CONTEXT OF THE THIRD PARTY LABOR:
BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT ACTION IN “ADPF 324” AND “RE
958.252/MG”**

*Gabriel Visoto de Matos¹
Isabella Tanuy Gonçalves²
Luís Carlos Moura Guimarães³*

RESUMO: O presente artigo, partindo de uma visão crítica dos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento referente à licitude da ampla subcontratação, propõe-se a demonstrar que a formatação da terceirização trabalhista perante a realidade brasileira – principalmente após a “Reforma Trabalhista” – viola uma série de direitos constitucionalmente protegidos, em especial pela inobservância de dados concretos sobre a realidade na qual se inserem os trabalhadores terceirizados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direito do Trabalho; Supremo Tribunal Federal; “Reforma Trabalhista”; Terceirização trabalhista.

ABSTRACT: This article, based on a critical view of the reasons adopted by the Brazilian Supreme Federal Court in the judgment about the constitutionality of the third party labour, intends to demonstrate that the outsourcing of labour in face of Brazilian reality – especially after the "Labour Reform" – violates a series of constitutional rights, mainly because of the nonobservance of concrete data about the reality in which the workers are inserted.

KEYWORDS: Constitutional Law; Labour Law; Brazilian Supreme Federal Court; “Labour Reform”; Third party labour.

1. Introdução

O instituto jurídico da terceirização trabalhista, tido como uma relação interempresarial mediante um contrato de prestação de serviços para oferta de mão de obra – ou, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “*o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente*”⁴, sofreu profundas mudanças com a promulgação das Leis n^{os} 13.429/2017 e 13.467/2017, que conjuntamente perpetraram alterações na Lei n^o 6.019/1974 e na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n^o 5.452/1943 – CLT).

Inicialmente, cumpre ressaltar que a terceirização trabalhista foi recepcionada pelo ordenamento justralhista brasileiro quando da elaboração da CLT, conforme se extrai de

¹ Graduando em Direito (6^o semestre) pela Universidade de Brasília (UnB).

² Graduanda em Direito (6^o semestre) pela Universidade de Brasília (UnB).

³ Graduando em Direito (6^o semestre) pela Universidade de Brasília (UnB).

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17^a Edição. São Paulo: LTr, 2018, pág. 534.

seu art. 455⁵, ainda que distante de seus contornos atuais; igualmente, durante a Ditadura Militar no Brasil, o então Presidente da República, Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, editou o Decreto-Lei nº 200/1967, cujas disposições indicavam que a organização da Administração Pública Federal deveria ser “amplamente descentralizada”, havendo previsão expressa de possibilidade de execução indireta das tarefas⁶.

Com o passar dos anos, alguns diplomas normativos fixaram a possibilidade de terceirização de alguns serviços (e.g., a Lei nº 7.102/1983, que dispunha sobre a subcontratação de vigilantes para estabelecimentos financeiros⁷), sendo essas atividades de natureza meramente instrumental e executória, distantes das tarefas nucleares da empresa tomadora. Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), abraçando o arcabouço normativo até então vigente, editou a Súmula nº 256/TST (1986), nos seguintes termos: “*Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços*”.

Percebe-se que o enunciado de súmula editado pelo TST, a partir do respeito às hipóteses de terceirização lícitas previstas no ordenamento jurídico pátrio, nada mais fez que consolidar o entendimento do Tribunal acerca desse instituto jurídico quando de sua inserção na realidade brasileira, qual seja, sua ilegalidade quando empenhado fora daquelas situações legalmente previstas. Novamente, a partir de diversos precedentes e de uma interpretação sistemática da legislação infraconstitucional vigente até então (1993), o Tribunal Superior do

⁵ “Art. 455 - Nos **contratos de subemprego** responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao **empreiteiro principal** fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.” (grifos nossos).

⁶ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser **amplamente descentralizada**.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a **Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta**, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.” (grifos nossos).

⁷ “Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados:

I - **por empresa especializada contratada**; ou

II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Nos estabelecimentos financeiros estaduais, o serviço de vigilância ostensiva poderá ser desempenhado pelas Polícias Militares, a critério do Governo da respectiva Unidade da Federação.” (grifos nossos).

Trabalho revisitou o verbete e editou a Súmula nº 331/TST⁸, que sofreu alterações posteriores, de forma a possibilitar a subcontratação também quando da execução de atividades meio da empresa tomadora, conforme já era sustentado pela doutrina e também previsto para a Administração Pública.

Ocorre que, com o advento das Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, a farta e sólida jurisprudência construída pelo órgão de cúpula da Justiça do Trabalho ao longo de quase trinta e dois anos de atividade judicante, consubstanciada nos dois enunciados de súmula supracitados, foi subitamente questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da ADPF 324 e do RE 958.252/MG, de relatoria dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, respectivamente.

Nesse sentido, o presente artigo, partindo de uma visão crítica dos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento referente à licitude da ampla subcontratação, bem como das razões dos votos vencidos, propõe-se a demonstrar que a formatação da terceirização trabalhista – em especial, após a “Reforma Trabalhista” – viola uma série de direitos trabalhistas constitucionalmente protegidos. Ademais, este artigo não adentrará nas especificidades relativas à terceirização trabalhista no âmbito da Administração Pública – objeto do Decreto nº 9.507/2018 –, versando única e exclusivamente sobre um panorama geral do instituto jurídico da subcontratação.

2. A manifestação do Supremo Tribunal Federal

No julgamento conjunto finalizado em 30 de agosto de 2018, contrariando a jurisprudência firmada no âmbito da Justiça do Trabalho, o STF decidiu pela licitude da

⁸ “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

terceirização trabalhista em todas as etapas do processo produtivo, sejam essas atividades meio ou fim, fixando a seguinte tese de repercussão geral, a partir do recurso extraordinário: *“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”* (Tema 725)⁹.

O posicionamento firmado a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e do Recurso Extraordinário baseou-se, supostamente, tanto na Constituição Federal quanto em aspectos externos ao texto, tais como o processo de globalização, a nova ordem econômica mundial e o contexto fático trabalhista.

No tocante ao texto constitucional, conforme pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes na ocasião do julgamento, verifica-se a inexistência de qualquer obrigação em se adotar um modelo produtivo específico, sendo essa liberdade organizacional da empresa decorrente do corolário da liberdade de iniciativa¹⁰, não obstante a necessidade de sopesamento com os demais princípios e proteções constitucionais.

Nesse contexto, salientou o Ministro Alexandre de Moraes que a Constituição não veda expressa ou tacitamente a terceirização em substituição ao modelo de contratação bilateral clássico. Assim, constatou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a ausência de uma legislação que regulamentasse o instituto jurídico da terceirização como um todo, de modo que se concluiu pela inexistência de proibição expressa a esse fenômeno. Em consequência, os Ministros favoráveis à tese da constitucionalidade da ampla terceirização assentaram que a Súmula nº 331/TST não se coaduna com a realidade empresarial-econômica moderna, estabelecendo óbice jurisprudencial incoerente com a legislação.

A partir dessas premissas, o STF entendeu que a terceirização é tão somente uma contratação indireta de mão de obra, embora constitua igual relação de emprego, e por isso abrange os mesmos direitos e garantias justralhistas existentes em uma contratação direta, apresentando idêntico tratamento jurídico-constitucional. Tal perspectiva é corroborada pela dicção do art. 7º, da CF/88, que não estabelece distinção explícita entre as garantias postuladas para os dois modelos de contratação, direta ou indireta. Dessa forma, a diferença

⁹ Cita-se também a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 324: *“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”*.

¹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

estaria apenas na configuração do vínculo de emprego: a terceirização constitui relação triangular intermediada pela empresa prestadora de serviços terceirizados, ao passo que a contratação direta implica relação jurídica restrita a empregador e obreiro.

Ainda que a Corte tenha se posicionado favoravelmente à ampla terceirização do processo produtivo, ressaltou-se a possibilidade de existirem ilícitos trabalhistas quando do emprego da subcontratação da mão de obra. Nessas situações de contrariedade ao ordenamento justralhista, o STF entendeu que cabe primordialmente à prestadora ser responsabilizada, vez que essa efetivamente é parte na relação de emprego com o trabalhador; apenas subsidiariamente, a tomadora deverá ser responsabilizada. Desse modo, o obreiro, caso tenha seus direitos trabalhistas lesados, poderá buscar a tutela do Poder Judiciário também mediante a responsabilização daquele que se utiliza diretamente de sua força de trabalho.

Nessa perspectiva, ante a possibilidade de pleitear judicialmente a tutela de seus direitos em face de ambos os empregadores, é de se ressaltar que a Lei nº 13.467/2017 firmou entendimento benéfico ao trabalhador, no que tange à distribuição do ônus da prova. Isso se deu pela alteração da redação original do art. 818, da CLT que determinava apenas que *“a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”*.

Em síntese, a jurisprudência trabalhista já aplicava a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova em situações específicas¹¹, inclinando-se em direção à sistemática que seria futuramente positivada no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015)¹². Dessa forma, a nova redação do art. 818, da CLT se mostrou importante por transformar um entendimento jurisprudencial volátil em uma determinação com força legal que favorece a jurisdição em prol do trabalhador, determinando, em seus §§ 1º e 3º, que *“nos casos previstos*

¹¹ O TST sedimentou a flexibilização do ônus da prova estático nas Súmulas nºs 212 e 338:

Súmula nº 212/TST – *“O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”*.

Súmula nº 338/TST – *“I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”*.

¹² Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” e “a decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”, respectivamente.

Superada a questão da existência de impedimento tácito ou expresso à terceirização, o STF colacionou aparentes pontos positivos dessa forma de organização empresarial, tanto para empregadores¹³ como para empregados. Aduziu o Ministro Roberto Barroso que

“[...] a terceirização é muito mais do que uma forma de reduzir custos trabalhistas por meio de uma suposta precarização do trabalho, tal como alegado por aqueles que a ela se opõem. **Pode, em verdade, a terceirização constituir uma estratégia sofisticada e eventualmente imprescindível para aumentar a eficiência econômica, para promover a competitividade das empresas brasileiras e, portanto, para manter e ampliar postos de trabalho**” (grifo nosso).

Em suma, após verificar a inexistência de impedimentos tácitos e/ou expressos no arcabouço normativo e apresentar possíveis pontos positivos dessa forma de contratação indireta, o Supremo Tribunal Federal, pautado nos valores da livre iniciativa e da proteção ao trabalho, afirmou a constitucionalidade da terceirização ampla. Destacou, no entanto, a necessidade de haver fiscalização para evitar ilícitos e fraudes trabalhistas, haja vista a possibilidade de desvirtuação do instituto e consequente abuso de direito em sua formação organizacional.

3. Contraponto: a realidade brasileira em face do fenômeno da terceirização

A despeito da discussão suscitada quanto à dicotomia entre atividade meio e atividade fim¹⁴, a qual constituía, em princípio, objeto das ações julgadas, a elaboração deste artigo se

¹³ “A terceirização permite a concentração e especialização da organização em torno do seu *core business* que, além de lograr melhores resultados, implica produtos de melhor qualidade. Assim, a empresa se concentra em áreas que lhe permitam obter vantagens diferenciadas e que garantam a sua sobrevivência no mercado”. VALENÇA, M. C. A.; BARBOSA, A. C. Q. *A Terceirização e seus Impactos: Um Estudo em Grandes Organizações de Minas Gerais*, RAC, v. 6, n. 1, pág. 182, 2002.

¹⁴ Sobre o tema, a Ministra Rosa Weber se posicionou favoravelmente à distinção entre atividade meio e atividade fim, ressaltando ser essa relevante inclusive para a própria compreensão do fenômeno da terceirização em sua origem e acrescentando ser esse um critério intuitivo no que se refere à divisão entre as atividades empresariais. Em contraposição, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, em um cenário de etapas produtivas cada vez mais complexo, com maior emprego da tecnologia e crescente especialização dos agentes econômicos envolvidos, é praticamente impossível dizer o que é uma atividade fim ou uma atividade meio para uma empresa sem se adentrar em uma esfera de discricionariedade.

pautou essencialmente nos fundamentos utilizados em análise mais ampla sobre a terceirização como fenômeno socioeconômico.

Partindo da premissa de que a terceirização não implica a precarização das relações trabalhistas¹⁵, o STF firmou entendimento pró-empresariado conferindo maior importância na discussão aos dados provenientes da crise econômica e do alto índice de desemprego no Brasil, sem observar a realidade fática do mercado de trabalho brasileiro no tocante às desigualdades já existentes entre trabalhadores terceirizados e empregados diretos quando da vigência da Súmula nº 331/TST.

Sob o pretexto de promover benefícios aos desempregados e, por conseguinte, à conjuntura socioeconômica nacional, negou-se o reconhecimento da validade do referido enunciado de súmula do Tribunal Superior do Trabalho, consolidado a partir dos mais de trinta anos de jurisprudência. Ocorre que, ao ampliar de tal forma a possibilidade de terceirização lícita, o STF acabou por negar a situação de precarização nas relações empregatícias das subcontratações, ignorando a realidade fática observada no país, muito bem explicitada por autores do ramo do Direito do Trabalho¹⁶.

Nesse sentido, admite-se que a terceirização trabalhista, da forma como construída na realidade brasileira, representa de fato um prejuízo às garantias constitucionalmente previstas e relacionadas à proteção do trabalhador, em oposição à hipótese base de que o instituto da terceirização, em teoria, pode não representar necessária ofensa a direitos. Desse modo, o problema no caso brasileiro está sedimentado na efetiva operacionalidade da terceirização trabalhista e nas concretas diferenças existentes entre os regimes jurídicos, ponto esse ressaltado pela Ministra Rosa Weber, que pontuou indicadores claros de precarização das relações jurídicas de trabalho dos terceirizados¹⁷. Assim, diante da perspectiva que aqui se

¹⁵ “A presidente do Supremo destacou que a terceirização não é a causa da precarização do trabalho nem viola por si só a dignidade do trabalho”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>.

¹⁶ Nesse sentido, assentam Gabriela Neves Delgado e Renata Queiroz Dutra: “São amplamente conhecidos os efeitos precarizantes da terceirização do trabalho, que já foram vastamente mapeados por pesquisas científicas dos mais diversos campos do conhecimento. Os impactos da contratação terceirizada no patrimônio jurídico dos trabalhadores, bem como os prejuízos por esta causados à saúde do trabalhador, à afirmação de identidade social no trabalho, à organização coletiva dos trabalhadores e ao fortalecimento dos seus processos negociais são reiteradamente confirmados por pesquisas científicas. As quais restaram referidas nos votos condutores da tese vencida no julgamento”. Artigo *Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada*, publicado em 04/09/2018, no Portal Jota. Disponível <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-chronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018>>.

¹⁷ Nesse aspecto, a Ministra ressaltou haver maior rotatividade, descartabilidade, piores condições de saúde e segurança, piores condições de trabalho e salariais, maiores índices de lesão a direitos, dificuldades de sindicalização por parte dos trabalhadores terceirizados, bem como baixa taxa de exequibilidade das empresas tomadoras de serviço.

defende, houve clara sobreposição do princípio da livre iniciativa em detrimento do direito fundamental ao trabalho digno.

Diante de tal conjuntura e conforme anteriormente apontado, o STF entendeu por bem fixar, na tese da repercussão geral, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora dos serviços quanto às verbas trabalhistas e previdenciárias. Nesse ponto, e com amparo na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (*e.g.*, RR - 1513.42.2011.5.04.0014, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, julgado em 23 de agosto de 2017¹⁸), entende-se que a solução adotada é insuficiente para minimizar a precarização das relações de trabalho promovida pela terceirização, visto que tal possibilidade já era prevista na Súmula nº 331/TST, não havendo efetivo acréscimo de direitos a partir da decisão prolatada.

Assim, para estabelecer um patamar civilizatório mínimo entre as relações de emprego tradicionais e as terceirizadas, é necessário, segundo MGD¹⁹, compatibilizar o instituto da terceirização com os princípios e regras essenciais que regem a utilização da força do trabalho no mundo civilizado e no Brasil. Nessa perspectiva, a jurisprudência trabalhista tem adotado dois principais entendimentos para a consecução desse fim: **(i)** a isonomia salarial entre terceirizados e empregados diretos e **(ii)** a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços.

MGD ainda afirma que novas reflexões devem se agregar ao controle civilizatório da terceirização, quais sejam: **(i)** o alargamento do conceito de isonomia, **(ii)** a fixação de limites mínimos eficazes de capital integralizado para as empresas de terceirização, **(iii)** o estabelecimento de garantias financeiras eficazes quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pelas empresas de terceirização e **(iv)** a atribuição de plena efetividade à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas para os contratos de terceirização entre as empresas. Tais apontamentos, no entanto, não fizeram parte das considerações dos Ministros do STF, em perspectiva adversa à adotada neste artigo.

¹⁸ “RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS . **A precarização das relações de trabalho, produzida pelo fenômeno da terceirização, fez surgir a necessidade de responsabilização subsidiária do tomador de serviços (beneficiário direto dos serviços prestados) pelo inadimplemento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, a fim de proteger o hipossuficiente em virtude de maior garantia do cumprimento dos seus direitos, visando, por ora, atenuar os efeitos negativos impostos pela referida forma de organização produtiva.** Assim, ao atribuir responsabilidade subsidiária a ré, o Tribunal Regional decidiu em plena sintonia com a Súmula nº 331, IV, do TST. Recurso de revista de que não se conhece.” (grifos nossos).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ressalvado meu posicionamento pessoal, a condenação ao pagamento de honorários de advogado, apesar de a parte não estar assistida pelo respectivo sindicato, contraria o teor da Súmula nº 219 desta Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (grifos nossos).

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Edição. São Paulo: LTr, 2018, págs. 546-547.

Ressalta-se ainda que concordamos com o posicionamento explicitado pelo Ministro Edson Fachin na ocasião do julgamento; explica-se: tanto a ADPF quanto o RE discutiam a legalidade da Súmula nº 331/TST no que se refere à restrição imposta para as hipóteses lícitas de terceirização trabalhista. Ocorre que o STF extrapolou o pedido feito em ambas as ações, fixando uma tese que, de certa forma, adianta um juízo de mérito da Corte sobre as Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, a despeito da existência de cinco ações diretas de inconstitucionalidade de relatoria do Ministro Gilmar Mendes²⁰ que discutem especificamente a terceirização sob a ótica dessa nova legislação. Assim, em virtude da necessidade de amadurecimento da matéria e de observação da atuação da Justiça do Trabalho diante de demandas que versem sobre o tema, entende-se desarrazoada a atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal, não obstante a existência de causa de pedir aberta em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

4. Conclusão

Em vista do exposto, compreende-se que a terceirização, como manifestação do modelo produtivo desenvolvido no período pós-fordista, promove uma verdadeira ruptura com o instituto do contrato trabalhista clássico, a partir da dissociação entre a contratação de mão-de-obra e a assunção dos encargos trabalhistas correspondentes.

Tal fenômeno, a partir da noção de descentralização das atividades acessórias à produção, tem por objetivo a concentração de esforços na atividade central da empresa, bem como a redução de custos e o afastamento da responsabilidade da tomadora de serviços em relação ao empregado.

Como visto, a terceirização, em teoria, não representa necessário prejuízo aos direitos sociais e trabalhistas, vez que os encargos empregatícios deveriam ser assumidos e honrados pela empresa prestadora de serviços. Contudo, no intuito de empreender análise mais aprofundada do instituto, entende-se insuficiente aferi-lo sob o ponto de vista estritamente formal, sendo essencial a observação da realidade prática.

Nessa perspectiva, abordou-se, ao longo do presente artigo, a terceirização sob o ponto de vista da realidade brasileira e de seus indicadores, tendo-se revelado forte tendência à precarização decorrente desse modelo. A Ministra Rosa Weber, em seu voto, apresentou diversos dados que corroboram a existência de disparidade entre os trabalhadores diretamente

²⁰ ADI 5.685, ADI 5.686, ADI 5.687, ADI 5.695 e ADI 5.735, propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

contratados e os terceirizados, apresentando esses piores condições de trabalho e renda, além de elevado grau de lesão a direitos trabalhistas.

Considerando a evidente intenção protetiva da Constituição, consubstanciada em seu art. 7º, assim como a premissa básica do Direito do Trabalho relativa à tutela do trabalhador como parte hipossuficiente da relação trabalhista, verifica-se o caráter prejudicial da decisão proferida pela Suprema Corte ao mitigar construção jurisprudencial de mais de três décadas do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, cujo objetivo central era a imposição de limites à terceirização para preservar o contrato de trabalho protegido e juridicamente denso.

Ao permitir a terceirização das atividades fim, portanto, põe-se em risco a própria imperatividade do Direito do Trabalho, como já se observa da prolação de algumas decisões pelo TST (RR - 21072-95.2014.5.04.0202, rel. Min. Breno Medeiros, julgado em 26 de setembro de 2018²¹; e RR - 67-8.2011.5.04.0015, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, julgado em 12 de setembro de 2018²²), haja vista a possibilidade irrestrita de

²¹ “[...] RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LICITUDE. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF N.º 324 E NO RE N.º 958.252, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 725). [...] Nesse contexto, a partir de 30/8/2018, é de observância obrigatória aos processos judiciais em curso ou pendente de julgamento a tese jurídica firmada pelo e. STF no RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324. No caso concreto, conforme se depreende do acórdão regional, a parte reclamante foi contratada pela primeira reclamada para prestar serviços para a ora recorrente, mediante terceirização, para o desempenho de atividades que, segundo concluiu o e. TRT, enquadraram-se nas atividades finalísticas da tomadora. **Sucede, porém, que a diferenciação entre o conceito do que seria atividade-fim ou atividade-meio e seus respectivos efeitos no caso prático, após a citada decisão do e. STF no julgamento do RE n.º 958.252 e na ADPF n.º 324, deixou de ter relevância. Isso porque, em se tratando de terceirização, seja ela de atividade-meio ou fim, a sua licitude deve ser sempre reconhecida. Assim, não há mais espaço para o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços sob o fundamento de que houve terceirização ilícita (ou seja, terceirização de atividade essencial, fim ou finalística)**, ou, ainda, para a aplicação dos direitos previstos em legislação específica ou em normas coletivas da categoria profissional dos empregados da empresa contratante, porque o e. STF, consoante exposto, firmou entendimento de que toda terceirização é sempre lícita, inclusive, repita-se, registrando a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício do empregado da prestadora de serviços com o tomador. Recurso de revista conhecido e provido.” (grifos nossos).

²² “RECURSO DE REVISTA.

1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA, VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas (Súmula nº 331, itens I e III).

A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em repercussão geral, os quais foram julgados conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”

Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente.

afastamento das regras trabalhistas em relação à empresa tomadora de serviços a partir da inclusão de terceiro intermediador na relação jurídica de trabalho.

Por esse viés, destaca-se a desconsideração, quando do julgamento das ações discutidas, da desigualdade material existente entre as partes contratantes, dada a exacerbada ênfase da decisão no princípio da livre-iniciativa e na irracionalidade da divisão entre atividade-meio e atividade-fim, em detrimento da preservação dos valores sociais constitucionalmente protegidos.

Critica-se, ademais, o argumento especulativo e desprovido de fundamento jurídico utilizado em alguns votos favoráveis ao provimento das ações, relativo à necessidade de revisão das garantias trabalhistas com o objetivo de reduzir os índices de desemprego. Além de não haver comprovação empírica quanto a esse apontamento, verifica-se que, desde a Reforma Trabalhista, a qual promoveu diversas flexibilizações no âmbito dos direitos dos trabalhadores, não se comprovou aumento significativo do número de empregos, o que corrobora a inexistência de relação direta entre o patamar protetivo estabelecido pela legislação e o nível de desemprego observado no país²³.

Em suma, buscou-se, por meio deste artigo, demonstrar que a terceirização da relação de trabalho não pode ser analisada como um objeto em abstrato, da forma como fez o Supremo Tribunal Federal. Por ser um instituto jurídico com explícitas repercussões socioeconômicas, não há como afastar sua análise de (in)constitucionalidade da realidade empírica em que está inserida. Dessa forma, a possibilidade de ampla subcontratação viola uma série de preceitos inseridos no ordenamento jurídico pátrio, tais como direitos constitucionais ligados à proteção do trabalhador e da relação de emprego como um todo, constatando-se, a partir do entendimento firmado pelo STF, eminente precarização das relações empregatícias em um já instável mercado de trabalho.

Na espécie, a Corte Regional reconheceu que a primeira reclamada atuava como mera intermediadora da relação de emprego havida entre autor e segunda reclamada, caracterizando contratação por intermédio de pessoa jurídica interposta, em evidente fraude a legislação trabalhista [sic], atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT. Assim, concluiu que era nulo o contrato de trabalho firmado com a primeira reclamada, impondo-se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a segunda demandada, tomadora dos serviços do autor. Referida decisão destoa do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal.

Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. [...]” (grifos nossos).

²³ Artigo *Reforma trabalhista não gerou volume de empregos esperado*, por Adriana Aguiar, publicado em 6 de novembro de 2018. Disponível em <<https://www.valor.com.br/legislacao/5969407/reforma-trabalhista-nao-gerou-volume-de-empregos-esperado>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Publicado em 30 de agosto de 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Edição. São Paulo: LTr, 2018.

NEVES DELGADO, Gabriela; DUTRA QUEIROZ, Renata. **Terceirização sem limites: a crônica de uma tragédia social anunciada**. Publicado em 4 de setembro de 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terceirizacao-sem-limites-a-chronica-de-uma-tragedia-social-anunciada-04092018>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

VALENÇA, M. C. A.; BARBOSA, A. C. Q. **A Terceirização e seus Impactos: Um Estudo em Grandes Organizações de Minas Gerais**, Revista de Administração Contemporânea, Curitiba v. 6, n. 1, 2002.

**JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA DO MOTORISTA PROFISSIONAL:
DANO EXISTENCIAL EM PERSPECTIVA**

**THE PROFESSIONAL DRIVER'S EXCESSIVE WORKING HOURS:
EXISTENCIAL DAMAGE IN PERSPECTIVE**

Ana Luísa Gonçalves Rocha¹

RESUMO

A Lei nº 13.103/2015, que dispõe sobre a atividade profissional dos motoristas, alia-se aos atuais movimentos flexibilizadores da regulação trabalhista, na medida em que busca subverter a lógica constitucional de limitação da jornada de trabalho. A Justiça do Trabalho pode – e deve – adotar um padrão regulatório, que, à luz do direito fundamental ao trabalho digno, forneça resposta às crescentes violações dos direitos dos motoristas profissionais. A figura do dano existencial, instituto já consagrado na jurisprudência trabalhista, emerge como forma viável de interpretação conforme a matriz constitucional brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Motorista profissional; Jornada de trabalho; Dano existencial.

ABSTRACT

The Law 13.103/2015, which addresses directly the professional drivers' activity, joins the current movement to undermine labor legislation, as it subverts the constitutional right to limited working hours. The labor Courts can, and should, adopt a regulatory pattern that, considering the fundamental right to decent work, offers a response to the growing violations of the professional drivers' social rights. The figure of the existential damage, already consecrated on case law, emerges as a viable form of interpretation in accordance with the brazilian constitutional matrix.

KEYWORDS: Professional driver; Working hours; Existential damage.

Em tempos de intensa precarização do trabalho, encontra destaque a categoria dos motoristas profissionais, cuja atividade, desde 2012, submete-se à regulamentação específica. É certo que a difícil realidade dos motoristas nas rodovias – sujeitos a condições degradantes em termos de trabalho, saúde e segurança, ao cumprirem jornadas extensas e penosas em estradas sem fiscalização, privados de descanso e convívio social – demandava atenção especial do legislador.

A Lei nº 12.619/2012 – popularmente conhecida como “Lei do Descanso” –, foi responsável por acrescentar à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT a Seção IV, que contém disposições específicas a respeito, principalmente, do controle da jornada de trabalho e dos intervalos dos trabalhadores rodoviários. A normativa surgiu com o intento de atender às características peculiares do transporte de cargas e passageiros em veículos automotores, no

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Brasília. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica – PROIC/UnB. Membro do Grupo de Pesquisa “*Trabalho, Constituição e Cidadania*.”

sentido de garantir a esses trabalhadores o exercício de seus direitos sociais e promover segurança nas rodovias.²

Pouquíssimo tempo depois, ante forte pressão relacionada aos interesses econômicos da classe empregadora, pelo privilégio da eficiência e da rentabilidade nos serviços de transporte rodoviário, foi aprovada a Lei nº 13.103/2015 – a chamada “Lei dos Caminhoneiros” –, a qual revogou diversos institutos de sua predecessora e promoveu expressivas alterações que, além de nocivas para a segurança dos motoristas, revelam verdadeiro retrocesso em termos de proteção trabalhista.³

Entre as novidades, aponta-se, primeiramente, o *caput* do artigo 235-C da CLT⁴, a prever a possibilidade de ajuste, mediante acordo ou convenção coletiva, de uma jornada diária de trabalho com até quatro horas extraordinárias. Autorizou o legislador a configuração, somadas as quatro horas excedentes à jornada padrão de oito horas, de uma jornada diária legal de doze horas. (Metade de um dia!)

Merecem realce, também, os parágrafos 1º, 8º, 9º, 11º e 12º do artigo 235-C e o parágrafo 3º do artigo 235-F⁵, cujas alterações conceituaram e regulamentaram o chamado “tempo de espera”, já previsto na legislação de 2012. Consignou-se não integrar à jornada de trabalho o tempo em que o empregado permanece aguardando carga ou descarga nas

² CARVALHO, Augusto César Leite de. **Trabalho rodoviário: reflexões sobre a reforma legal de 2015**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 82, n. 1, jan./mar. 2016, p. 60.

³ CARVALHO, Augusto César Leite de. **A nova lei dos motoristas profissionais: a dificuldade de ponderar interesses de patrões, empregados, passageiros e usuários das estradas brasileiras**. Como aplicar a CLT a luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016, p. 392.

⁴ Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.

⁵ Art. 235-C: [...]

§ 1º Será considerado como trabalho efetivo o tempo em que o motorista empregado estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso e o tempo de espera.

§ 8º São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal.

§ 11. Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º.

§ 12. Durante o tempo de espera, o motorista poderá realizar movimentações necessárias do veículo, as quais não serão consideradas como parte da jornada de trabalho, ficando garantido, porém, o gozo do descanso de 8 (oito) horas ininterruptas aludido no § 3º.

Art. 235- D: [...]

§ 3º O motorista empregado, em viagem de longa distância, que ficar com o veículo parado após o cumprimento da jornada normal ou das horas extraordinárias fica dispensado do serviço, exceto se for expressamente autorizada a sua permanência junto ao veículo pelo empregador, hipótese em que o tempo será considerado de espera.

dependências do embarcador ou do destinatário – ainda que ele tenha que movimentar o veículo –, tampouco o período gasto nas barreiras alfandegárias com a fiscalização das cargas.

A Lei nº 13.103/2015, inclusive, reduz a retribuição do tempo de espera para 30% do salário-hora, quando, sob a égide da lei anterior, a indenização se dava com base no salário-hora normal, acrescido de 30%. Além disso, conforme se depreende da redação do parágrafo 11, a espera superior a duas horas ininterruptas, caso o local ofereça condições adequadas, será considerada tempo de repouso para fins de concessão de intervalo.

Nessa toada, faz-se necessário pontuar a derrogação do artigo 235-E, parágrafo 6º da CLT⁶ e a consequente supressão do chamado “tempo de reserva”, considerado o período em que o motorista, em revezamento de turnos, repousava com o veículo em movimento, dirigido por seu colega. A Lei nº 12.619/2012 previa a remuneração do referido interregno na proporção de 30% da hora normal.⁷

Da análise dos referidos dispositivos, depreende-se a subversão, pelo legislador, de institutos caros ao Direito do Trabalho, entre eles a duração da jornada de trabalho e as horas extraordinárias, ao promover intenso elastecimento e flexibilização da carga horária do motorista profissional.

Com efeito, lembre-se que a Constituição consagra, em seu artigo 7º, incisos XIII e XVI, 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*”, bem como a “*remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal*”, o que aponta para a intenção do constituinte de preservar o direito fundamental do trabalhador à saúde, ao repouso, ao convívio social e ao tempo livre.

A ordem justralhista brasileira adota como padrão de fixação da jornada laboral o do tempo à disposição do empregador, que compreende não só o tempo efetivamente laborado, mas também o período em que o empregado permanece à disposição do empregador, independentemente de haver ou não efetiva prestação de serviço.⁸

⁶ “Nos casos em que o empregador adotar revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo, o tempo que exceder a jornada normal de trabalho em que o motorista estiver em repouso no veículo em movimento será considerado tempo de reserva e será remunerado na razão de 30% (trinta por cento) da hora normal”. (Redação do artigo 235-E §6º da CLT, incluído pela Lei nº 12.619/2012 e depois revogado pela Lei nº 13.103/2015.)

⁷ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Trabalho rodoviário: reflexões sobre a reforma legal de 2015**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 82, n. 1, jan./mar. 2016, p. 64.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1028.

Não obstante, por meio da supressão do tempo de reserva e da descaracterização do tempo de espera como componente suplementar da jornada, a Lei nº 13.103/2015 se alia à tendência que toma força com a Reforma Trabalhista – principalmente no tocante ao trabalho intermitente e à nova redação do artigo 4º da CLT – de mitigação do tempo à disposição enquanto parte da jornada e de desvalorização do trabalho em si.

Por sua vez, a sobreposição do negociado sobre o legislado, manifestada no aval dado à configuração de uma jornada de doze horas por meio de instrumento coletivo, alia-se ao movimento de flexibilização de direitos, na medida em que desafia a conquista histórica dos trabalhadores à limitação de jornada.

Todas essas considerações levam a crer no estabelecimento de um regime de sobrejornada permanente e de trabalho extenuante para os motoristas profissionais. Em contramovimento, para além da discussão a respeito da constitucionalidade dos dispositivos, cabe ao Judiciário Trabalhista pensar em limites para conter a violação do direito constitucional à limitação de jornada, por meio da construção de um padrão regulatório jurisprudencial de base constitucional que ofereça reconhecimento aos abusos e ofensas sofridos pelos motoristas profissionais.⁹

Um dos caminhos que se mostra possível – conforme a tese desenvolvida por Maria Cecília Lemos em relação ao trabalho intermitente¹⁰ – é a caracterização do dano existencial no caso do cumprimento de uma sobrejornada frequente ou permanente pelo motorista profissional, em que comprometidos o seu projeto de vida e a suas relações sociais, o que, como vimos, parece factível ante a grande abertura oferecida pela legislação.

O dano existencial – instituto proveniente do Direito Civil, absorvido pelo Direito do Trabalho – é uma espécie de dano moral, porquanto viola os direitos de personalidade e a dignidade do indivíduo. Todavia, mais do que um abalo ao psíquico ou à noção que alguém tem de si mesmo, o dano existencial caracteriza-se pela afronta ou frustração do seu projeto de vida e da sua vida de relações. É, portanto, um prejuízo à realização satisfatória da personalidade do indivíduo perante o mundo exterior. Tutelados os bens jurídicos do “projeto de vida” e da “vida de relações”, afigura-se dano existencial quando presentes um ato ilícito,

⁹ LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 24.

¹⁰ Ibid.

um dano à realização desses bens jurídicos, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.¹¹

Assim, na esfera trabalhista, é possível identificar dano existencial em casos em que o empregador – por impor jornadas excessivas constantes, por impedir a fruição de descansos e férias, por praticar assédio moral, por submeter o empregado a condições análogas à escravidão, entre outros exemplos comuns – impede a perseguição de um projeto de vida (profissional, pessoal, artístico, intelectual...) pelo trabalhador, bem como o priva do convívio social e da realização de atividades familiares, culturais, esportivas e de lazer. Dessa forma, afigurado o dano pela conduta patronal ao desenvolvimento da rede de relações e do projeto de vida do trabalhador, deve-se configurar o dano existencial.¹²

Pensemos, então, nos motoristas profissionais. Trabalhadores que cumprirão nas estradas, se já não cumprem, longas e exaustivas jornadas de dez, e agora, doze horas – acrescidas dos momentos de espera nas barreiras alfandegárias e de carga e descarga, os quais poderão, ainda, ser convertidos em tempo de repouso; que descansam e dormem na própria cabine do veículo, fazendo dela praticamente sua morada; que restam privados, por dias a fio, do convívio familiar e social, do lazer e dos estudos.¹³ Não é preciso ir muito além para identificar na situação desses trabalhadores, agravada pela Lei nº 13.103/2015, a perspectiva de configuração de dano existencial decorrente da violação do direito à limitação de jornada.

Muito embora somente com o advento da Reforma tenha passado a CLT a conter previsão expressa do direito do trabalhador à reparação por ofensa à esfera existencial¹⁴, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho já vinham consolidando, há anos, jurisprudência no sentido da configuração do dano existencial uma vez demonstrada a ofensa, causada pela conduta patronal, ao desenvolvimento do projeto de vida e às relações sociais do trabalhador.

Maria Cecília Lemos – em levantamento dos Recursos de Revista, desde a Emenda Constitucional 45/2004¹⁵, que apresentavam em suas ementas a expressão “dano existencial”

¹¹ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Dano existencial nas relações de trabalho**. Revista LTR: legislação do trabalho, v. 78, n. 8, p. 966-968.

¹² Ibid., p. 970-971.

¹³ MELO, Raimundo Simão de. **Meio Ambiente do Trabalho, Prevenção de Riscos, Dignidade Humana e as Responsabilidades pelos Danos no Setor de Transporte**. In: Contrato de Trabalho no Setor de Transporte. Coordenadores Márcio Mendes Granconato e Thereza Christina Nahas. São Paulo: LTr, 2014, p. 159-160.

¹⁴ 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 as titulares exclusivas do direito à reparação.

¹⁵ O levantamento compreende o período posterior à Emenda Constitucional 45/2004, que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações de indenização moral e patrimonial decorrentes da relação de trabalho, até a data de 16/03/2018.

– identificou que, em 83,9% dos 141 acórdãos localizados, a vítima apontou “jornada excessiva” como motivo para indenização, e, em 7,80% , “jornada exaustiva”.¹⁶ Verificou-se, também, que as empresas transportadoras aparecem envolvidas como recorrentes ou recorridas em 20,27% dos casos.¹⁷

A autora aponta, todavia, para um padrão jurisprudencial majoritário cuja fundamentação se lastreia muito mais em argumentos técnicos relacionados ao ônus probatório do que em premissas constitucionais atinentes à proteção dos direitos da personalidade e à garantia de dignidade, saúde e lazer ao trabalhador. Privilegia-se a comprovação efetiva de um dano ao projeto de vida ou à vida de relações, mesmo em casos explícitos de excesso de jornada. No entanto, identifica-se um movimento pela adoção de argumentos constitucionais no reconhecimento de dano existencial em jornadas extraordinárias superiores ao limite legal quando presumidos os prejuízos à saúde física e mental do trabalhador, bem como ao descanso, ao lazer e ao convívio social.

De fato, o que o presente estudo propõe é que, por meio de uma argumentação vinculada às bases constitucionais, em defesa do trabalho digno, o TST possa alcançar um padrão regulatório que ofereça contraponto aos efeitos precarizantes da Lei nº 13.103/2015 para o trabalho e a vida dos motoristas profissionais.¹⁸

Não parece razoável imaginar que um trabalhador que labora com frequência uma jornada de doze horas, às quais serão somados os períodos em que tem de aguardar a carga e a descarga dos itens transportados e ainda os momentos de espera nas barreiras fiscais e alfandegárias, consiga dar andamento a um projeto de futuro, seja profissional, intelectual ou social, tampouco consiga manter uma relação sadia com seus familiares e amigos. O cumprimento de uma jornada como a acima mencionada é nocivo à condição do indivíduo como tal, que nada pode aspirar para além do trabalho que ocupa todo o tempo, comprometida a sua subjetividade enquanto ser humano.

A matriz constitucional brasileira, vinculada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, toma por centro do ordenamento jurídico a pessoa humana, a quem atribui direitos fundamentais. Estando os direitos individuais da pessoa humana do trabalhador, assim como os demais direitos sociais, abrangidos pela proteção constitucional contra quaisquer reformas,

¹⁶ LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018. p. 214.

¹⁷ Ibid., p. 212.

¹⁸ Sobre o direito fundamental ao trabalho digno, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho digno*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

cumpra ao Tribunal Superior do Trabalho, enquanto corte constitucional trabalhista, assegurar interpretação jurídica que respeite o patamar estabelecido no artigo 7º, XII, da Constituição Federal, sob pena de esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.¹⁹

Sendo certo que as horas extras são admitidas no limite de duas horas diárias, e que a exigência abusiva do cumprimento de jornadas extraordinárias pode ensejar a condenação da empresa a indenização de dano existencial, a submissão do trabalhador às condições de jornada previstas na Lei nº 13.103/2015 que violem o direito a um projeto de vida e uma vida de relações dão cabo à caracterização do dano existencial.

Na esteira da busca por garantir um patamar civilizatório mínimo de proteção ao trabalhador em face dos movimentos flexibilizadores de influxo neoliberal, a Justiça do Trabalho deve identificar parâmetros e construir padrões de regulação aptos a obstar as violações aos direitos sociais dos trabalhadores, tendo por base a matriz constitucional de 1988, que tem como um de seus pilares o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à situação dos motoristas profissionais – sujeitos a condições degradantes nas rodovias e a jornadas que podem ultrapassar doze horas de trabalho, conforme prevê a legislação de regência –, o instituto do dano existencial oferece-se como possível e pertinente saída para a construção de um marco regulatório jurisprudencial, tutelando o direito do indivíduo ao trabalho digno e a sua realização enquanto ser humano por meio de um projeto de vida e de uma vida relações. Conclui-se que, ainda que prevista a jornada extraordinária em acordo ou convenção coletiva de trabalho, deve-se configurar o dano existencial ante uma extrapolação permanente da jornada de trabalho constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Trabalho rodoviário: reflexões sobre a reforma legal de 2015**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 82, n. 1, jan./mar. 2016, p. 60-76.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **A nova lei dos motoristas profissionais: a dificuldade de ponderar interesses de patrões, empregados, passageiros e usuários das estradas brasileiras**. Como aplicar a CLT a luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016, p. 390-401.

¹⁹ LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 189.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2018.

MELO, Raimundo Simão de. **Meio Ambiente do Trabalho, Prevenção de Riscos, Dignidade Humana e as Responsabilidades pelos Danos no Setor de Transporte**. In: Contrato de Trabalho no Setor de Transporte. Coordenadores Márcio Mendes Granconato e Thereza Christina Nahas. São Paulo: LTr, 2014, p. 158-169.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Dano existencial nas relações de trabalho**. Revista LTR: legislação do trabalho, v. 78, n. 8, p. 965-972, ago. 2014.

O TEMPO DE DISPONIBILIDADE PERMANENTE E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS

THE PERMANENT AVAILABLE TIME AND THE ZERO HOURS CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS ACCORDING TO THE PORTUGUESE LEGISLATION

Júlia Machado Aguiar¹
Roberta Arrechea²

RESUMO

A reforma na legislação trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467, de 2017, fez nascer o contrato de trabalho intermitente no Brasil. Nele, o tempo dedicado ao trabalho e o tempo dedicado à vida pessoal transformaram-se em um só. Cria-se, assim, a ideia de uma falsa indisponibilidade, pois, segundo o artigo 452-A, §5º, da nova lei, a espera pelos chamados do empregador não mais são contabilizados como tempo à disposição. Nessa linha, o presente estudo apresentará como as legislações brasileira e portuguesa regulam a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Intermitente; Tempo de Disponibilidade; Direito Comparado; Trabalho Intermitente; Portugal; Trabalho Intermitente Português; Lei nº 13.467; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The reform in labor legislation introduced by the Act 13.467, published in 2017, gave birth to zero hours contract in Brazil. In this context, the time dedicated for work and the time dedicated for person life merge as one. This builds the idea of a false unavailability to employer, because, according to the article 452-A, §5º, of the new Act, the time that the employee wait for the call of the employer no longer are accounted to time of work. Thereby, this present paper will address the theme in the portuguese and brazilian legislations.

KEYWORDS: Zero Hours Contract; Available Time; Comparative Law; Zero Hours; Portugal; Portuguese Zero Hours; Act 13.467; Labor Reform.

As incertezas do Contrato de Trabalho Intermitente

Até o advento da Lei nº 13.467, de 2017, o contrato de trabalho deveria conter previsão expressa sobre o tempo destinado ao trabalho, respeitando, assim, o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, imposto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, XIII. Todavia, a Lei da Reforma Trabalhista, em seu artigo 443, trouxe uma nova modalidade de contrato, o contrato intermitente, que quebra com os paradigmas até então firmados pelo Direito do Trabalho.

O artigo 443, §3º, da Lei da Reforma Trabalhista prevê que o contrato de trabalho intermitente será exercido por meio da alternância entre prestações de serviço e períodos de inatividade. Segundo a previsão, o período de atividade será determinado em horas, dias ou

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pesquisadora do ProIC/UnB e integrante do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq).

² Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e integrante do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq).

meses, independentemente do tipo de atividade desempenhada. Contudo, não há qualquer determinação de quantas horas ou dias o empregado irá efetivamente trabalhar durante o mês ou o ano, deixando uma imensa instabilidade financeira em sua vida.

Com essa incerteza de “se” ou “quando” será demandado, o trabalhador não utiliza seu tempo livre e, muitas vezes, tampouco exerce efetivamente outra atividade laborativa, apesar de permitido. Com isso, ao aguardar o chamado do empregador, pode-se dizer que o empregado tem sua liberdade pessoal restringida.

Ao analisar os novos modelos de contrato de trabalho, instituídos pela Lei da Reforma Trabalhista, observa-se que muitos já eram regulados em outros países. Um exemplo é o contrato de trabalho intermitente já existente em Portugal, que será abordado no presente estudo.

A instabilidade financeira do empregado sob as regras do contrato de trabalho intermitente

Segundo o artigo 452-A, §5º, da Lei 13.467/2017, o período de inatividade do empregado não é considerado tempo à disposição do empregador, mesmo que, durante esse tempo, aquele esteja à espera de seu chamado. Por conseguinte, durante sua inatividade, o empregado não recebe qualquer tipo de contraprestação, uma vez que, em teoria, não está sob subordinação do empregador.

No entanto, na prática, não é exatamente assim que acontece, pois, apesar do contratado poder recusar aos chamados do empregador – como será visto mais adiante –, muitas vezes o empregado, sem condições de exercer outra atividade durante esse período, aguarda esse chamado, ficando permanentemente disponível para o empregador.

Nessa linha, é importante ressaltar a contradição entre o artigo 452-A, §5º, da Lei da Reforma Trabalhista, já mencionado, e o artigo 4º, *caput*, da mesma lei, que dispõe que o período de espera por ordens está incluído no período de disposição do empregado em relação ao empregador, contabilizado como tempo de serviço efetivo. Dessa forma, observa-se que o artigo 452-A, §5º, da Lei 13.467/2017, não se compatibilizou com as disposições introdutórias da CLT, trazendo uma falsa “indisponibilidade” que favorece apenas o empregador e prejudica o empregado.

Levando isso em consideração, a legislação portuguesa prevê que, durante seu período de inatividade, ainda que o empregado possa desempenhar outros serviços, ele possui direito a remuneração proporcional, a qual corresponde à parte do valor total da remuneração

disposta no contrato de trabalho³. É uma espécie de compensação pelo período em que o empregado, apesar de não estar produzindo, está aguardado ao chamado do empregador⁴. Essa previsão possui amparo legal no artigo 160 do Código do Trabalho português. Cita-se:

1 – Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à retribuição. (art. 160, Lei nº 7/2009)

Diante disso, observa-se que a contraprestação recebida pelo empregado durante sua inatividade, segundo a legislação portuguesa, será estabelecida em norma coletiva ou, no caso de sua inexistência, será 20% da remuneração básica correspondente ao período de efetiva atividade⁵.

Voltando ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante ressaltar que, além da flexibilização do artigo 452-A, §5º, LRT, em que o tempo de inatividade equivale ao período de indisponibilidade do contratado, há também a Portaria nº 349, do Ministério do Trabalho, de 23 de maio de 2018, a qual, em seu artigo 4º, §2º, ratifica a impossibilidade de qualquer remuneração durante a inatividade. Explicita-se:

§2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade. (art. 4º, §2º, Portaria 349, MTE)

Dessa forma, mesmo com a Lei 13.467/2017 afirmando apenas que o tempo de inatividade não é considerado como tempo à disposição, outra norma regulamentando uma possível remuneração para esse período iria em caminho oposto ao disposto pela Portaria do Ministério do Trabalho. Todavia, é clara uma possível inconstitucionalidade dessa portaria⁶, pois ela nitidamente legisla sobre matéria trabalhista, que, segundo a Constituição Federal

³ Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). *Trabalho intermitente: Uma solução para os estabelecimentos de hospedagem e alimentação preparada*, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/AlexandreSampaioAbreu.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁴ COAD, Soluções Confiáveis notícias. *Reforma Trabalhista – Conheça as regras do trabalho intermitente em outros países*: Diferente de outros países, reforma não prevê limites para adoção de trabalho intermitente, 2017. Disponível em: < <http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/78997/conheca-as-regras-do-trabalho-intermitente-em-outros-paises>> Acesso em: 28 de nov. 2018.

⁵ Fernandes, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*, 2017. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em: 28 nov. 2018.

⁶ Coelho, Gabriela. TST discutirá estabilidade de contrato de trabalho intermitente. In: *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-16/tst-discutira-estabilidade-contrato-trabalho-intermitente>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

vigente, em seu artigo 22, é de competência privativa da União.

Além do mais, é válido lembrar que a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, com sua vigência já encerrada, levou em consideração a contradição vista no §5º do artigo 452-A, da Lei da Reforma Trabalhista, e o revogou, durante certo período. Essa MP teve validade apenas de 14 de novembro de 2017 até 22 de abril de 2018, caducando no dia seguinte⁷.

Outro ponto interessante é a precarização do trabalhador na existência de uma dúvida permanente sobre seu sustento. Tendo em vista que ele apenas será remunerado pelo tempo em que houver efetiva produção, mesmo que haja respeito ao salário mínimo em relação ao valor da hora ou do dia de trabalho (art. 2º, II, Portaria 349/2018), não há qualquer previsão sobre uma estabilidade salarial.

Nesse quesito, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 7º, inciso IV, que o salário mínimo deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do empregado, envolvendo moradia, alimentação, saúde, entre outros. Todavia, a partir do momento em que sua integralidade não é garantida ao empregado, pois este só receberá proporcionalmente ao período laborado, não há qualquer garantia sobre a satisfação de suas necessidades básicas, prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, a legislação portuguesa é mais protetiva. Além da remuneração proporcional durante sua inatividade (art. 160.º, 1, Lei nº 7º/2009), ela estabelece um número anual de horas ou de dias trabalhados a tempo completo, devendo contabilizar, no mínimo, seis meses por ano, sendo, pelo menos, quatro meses consecutivos (art. 158.º, 3, concomitante com o 159.º, 2, Lei nº 7/2009). Dessa forma, o Código do Trabalho português, apesar de não trazer uma estabilidade mensal, garante mínimo de dias ou horas trabalhadas por ano, consequentemente um mínimo de remuneração integral anual⁸.

Ainda sobre a flexibilização da estabilidade financeira do empregado, a Portaria 349 do Ministério do Trabalho – já mencionada –, dispõe, em seu artigo 2º, II, que o contrato de trabalho intermitente conterà o valor da hora ou do dia de trabalho, não obrigando as partes a convencionarem sobre a quantidade de dias ou horas que deverão ser efetivamente trabalhadas.

⁷ Pantaleão, Sergio Ferreira. Trabalho intermitente depois do fim da vigência da Medida Provisória 808/2017. In: *Guia Trabalhista*. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Contrato-intermitente-fim-vigencia-mp-808-2017.htm>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

⁸ Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). *Trabalho intermitente: Uma solução para os estabelecimentos de hospedagem e alimentação preparada*, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/AlexandreSampaioAbreu.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2018.

Tal regra é diferente do disposto pelo artigo 158.º, 1, b, do Contrato do Trabalho português, o qual obriga que o contrato de trabalho intermitente inclua também o número anual de horas ou de dias de trabalho a tempo completo, respeitando o mínimo – seis meses por ano, sendo, pelo menos, quatro meses consecutivos. Portanto, mesmo que haja um mínimo garantido em legislação, é possível que o empregador estabeleça um número maior e certo, que deverá ser cumprido, assegurando mais estabilidade financeira ao empregado.

Em face do exposto, quanto à remuneração do empregado, é fácil perceber que a legislação portuguesa é mais benéfica ao contratado, visto que, em Portugal, há contraprestação mesmo no período de inatividade, pois se leva em conta que, nesse tempo, o trabalhador em regime intermitente está em disponibilidade, aguardando o chamado do empregador. É notório também que, na legislação brasileira, ao contrário da portuguesa, não há qualquer estabilidade financeira para o empregado, pois este não sabe o quanto trabalhará e, conseqüentemente, o quanto receberá, porquanto não há qualquer previsão legal ou contratual.

O curto tempo de resposta à convocação para o empregado

As normas legais que regulam a convocação no trabalho intermitente impactam diretamente na vida do trabalhador. Dessa forma, é necessário o estabelecimento de um tempo que possibilite ao empregado responder positivamente ao chamado sem prejudicar as demais atividades que realize.

No Brasil, a convocação pelo empregador para a prestação dos serviços deve se dar com antecedência de pelo menos três dias corridos, tendo o empregado o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a sua recusa. Já o direito português, por sua vez, determina um tempo maior de aviso antecipado. No trabalho à chamada, por exemplo, as partes estabelecem a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início do serviço, prazo que não pode ser inferior a vinte dias⁹.

Prevê, ainda, o artigo 452-A, §5º, da Lei da Reforma Trabalhista, que o empregado intermitente pode prestar serviços a outros contratantes. Importa ressaltar que tal permissão é desnecessária, tendo em vista que a exclusividade não é um dos requisitos para configuração da relação de emprego, os quais estão previstos no artigo 3º desta mesma norma¹⁰. No entanto,

⁹ Fernandes, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*, 2017. Disponível em: <<http://ostrabalistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em: 28 nov. 2018.

¹⁰ Streck, Lênio Luiz. Reforma trabalhista – contrato intermitente é inconstitucional. In: *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

como o empregado intermitente irá prestar serviços em outros locais se só saberá no prazo de três dias quando será convocado?

Em que pese a previsão legal que afasta a insubordinação em caso de recusa do trabalhador ao chamado, não há que se falar em escolha quando este necessita auferir renda para sustento próprio e de sua família. A previsão de aviso prévio em prazo tão pequeno permite ao empregador a busca pelo lucro da atividade empresarial sem assumir o risco inerente ao empreendimento, pois somente convoca o obreiro para a prestação de serviços quando há demanda imediata. Contudo, é função do empregador prover emprego. Viola-se, com essa prática, a função social da propriedade, segundo a qual a empresa não pode servir apenas à acumulação do lucro. O trabalhador não é mercadoria, não segue o fluxo desta. Em atenção à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à justiça social, à busca do pleno emprego e à valorização do trabalho humano, o obreiro não pode se submeter à margem da discricionariedade do empregador de forma tão acentuada.

Além disso, na prática, os empregados que reiteradamente recusem o serviço deixarão de ser chamados, sendo substituídos por aqueles que aceitam o chamado com assiduidade. Nesse sentido, a previsão de prazo exímio para atender à expectativa de prestação de serviços torna o trabalhador ainda mais vulnerável à subjetividade do julgamento do empregador e impede que aquele realize um planejamento familiar e laboral.

Conclusão

O trabalho intermitente foi pensado para que as empresas, em períodos de maior necessidade de produção, possam chamar mais empregados para satisfazer suas demandas. Isso porque se observava, no Brasil, um grande problema referente à informalidade quando se tratava de altas temporadas no comércio, por exemplo. Todavia, diante dos argumentos apresentados, a Lei da Reforma Trabalhista trouxe grandes dúvidas sobre seu real propósito.

Um norte para a jurisprudência brasileira seria o direito comparado. Como demonstrado nessa pesquisa, em Portugal há maiores garantias ao empregado em contrato intermitente, seja quanto ao período em que está em inatividade, seja quanto ao padrão remuneratório a ser recebido. Além do mais, na legislação portuguesa, como abordado, há maior tempo para resposta à convocação, trazendo ao empregado maior organização para sua vida profissional e pessoal. Esse tempo maior faz com que o tempo de inatividade seja mais proveitoso, seja para se organizar quanto aos outros contratos, seja para garantir uma melhor qualidade de vida pessoal.

Referências Bibliográficas

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 de nov. de 2018.

Brasil. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

Brasil. Portaria nº 449, de 23 de maio de 2018 do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). *Trabalho intermitente: Uma solução para os estabelecimentos de hospedagem e alimentação preparada*, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/AlexandreSampaioDeAbreu.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2018.

COAD, Soluções Confiáveis notícias. *Reforma Trabalhista – Conheça as regras do trabalho intermitente em outros países*: Diferente de outros países, reforma não prevê limites para adoção de trabalho intermitente, 2017. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/78997/conheca-as-regras-do-trabalho-intermitente-em-outros-paises>> Acesso em: 28 de nov. 2018.

Coelho, Gabriela. TST discutirá estabilidade de contrato de trabalho intermitente. In: *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-16/tst-discutira-estabilidade-contrato-trabalho-intermitente>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

Fernandes, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*, 2017. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>> Acesso em: 28 nov. 2018.

Pantaleão, Sergio Ferreira. Trabalho intermitente depois do fim da vigência da Medida Provisória 808/2017. In: *Guia Trabalhista*. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Contrato-intermitente-fim-vigencia-mp-808-2017.htm>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

Portugal. Lei nº 7 de 12 fevereiro de 2009 – Código do Trabalho. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>> Acesso em 28: de nov. de 2018.

Nogueira, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na Reforma Trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 51, 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125435/2017_nogueira_eliana_contrato_trabalho.pdf?sequence=1> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

Streck, Lênio Luiz. Reforma trabalhista – contrato intermitente é inconstitucional. In: *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>> Acesso em: 29 de nov. de 2018.

A PROTEÇÃO DE DADOS DO TRABALHADOR: O DIREITO DO TRABALHO CONSTITUCIONALIZADO E SEU DIÁLOGO COM O DIREITO À PRIVACIDADE

DATA PROTECTION OF EMPLOYEES: CONSTITUTIONAL LABOR LAW AND ITS DIALOGUE WITH THE RIGHT TO PRIVACY

Clara Lacerda Accioly¹

RESUMO

O presente artigo busca estudar a intersecção entre o Direito do Trabalho, visto em uma perspectiva constitucionalizada, e o direito à privacidade. A análise foi feita a partir de revisão bibliográfica, atentando para a incorporação de conceitos civilistas e sua adequação à situação particularizada da relação empregatícia. Procura-se delimitar os principais riscos concebidos do uso indevido de dados pessoais trabalhistas e como os direitos de personalidade, entendidos como expressão de direito fundamental, são inseridos na relação de trabalho e se estabelecem como limite ao poder diretivo do empregador.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos do Trabalho; Direito à privacidade; Direitos fundamentais; Relação empregatícia; Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This paper aims to study the intersection between Labor Law, seen in a constitutional perspective, and the right to privacy. The analysis was based on bibliographic review, focusing on the incorporation of civil concepts and its adequation to the labor relationship. This study seeks to delimit the main risks consequent to the improper use of personal labor data and how the personality rights, understood as an expression of a fundamental right, are introduced in the labor relationship and how they establish themselves as limit to the directive power of the employer.

KEYWORDS: Labor Law; Right to privacy; Fundamental rights; Labor relationship; Autonomy of will.

1. Introdução

O direito contemporâneo² integra preocupações com os riscos decorrentes do processamento e acumulação de informações pessoais. Os novos métodos de interação social e comercial pressupõem a disponibilidade de uma gama infindável de dados pessoais³, em uma lógica de rápido desenvolvimento tecnológico de plataformas digitais. Assim, são concebidas relações jurídicas que, por seu aspecto inovador e de acelerada mutação, carecem

¹ Estudante de Graduação em Direito na Universidade de Brasília. Participante do GECEM, Grupo de Estudos em Constituição, Empresa e Mercado; do GEPC, Grupo de Estudos em Processo Civil; e do JUSDIV, Escritório Jurídico para a Diversidade Étnica e Cultural.

² O marco inicial da discussão doutrinária do direito à privacidade é o artigo "*The right to privacy*", de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicado na *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, XII, 1890. pp. 193 e ss.

³ Dado pessoal, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, I, é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

de tutela jurídica mais contundente e de balizamento com os ramos mais tradicionais do Direito.

A estrutura da Constituição brasileira reconhece sistemicamente a existência de faculdades inerentes ao ser humano, expressas em uma série de direitos e garantias individuais e coletivas e concatenados a partir de uma lógica de primazia do princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade⁴, irradiados do reconhecimento de atributos essenciais do indivíduo, instituem a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.⁵

No contexto de sua concepção, a proteção à privacidade assumia uma conotação elitista, uma vez que representava aspirações da alta burguesia ao "direito de ser deixada só", excluindo do horizonte da discussão as classes operárias e marginalizadas.⁶ É certo que tal concepção está superada no ordenamento internacional⁷, ao menos no que tange à sua inserção principiológica. No Brasil, a matriz constitucional ordena que as normas civis conheçam do princípio da igualdade, de forma a elevar a pessoa humana ao patamar de sujeito da justiça.⁸

O Direito não mais discrimina os sujeitos de sua tutela, e sim o oposto, pois se volta às desigualdades imersas no contexto social, e, a partir delas, empenha-se para concretizar o propósito constitucional de uma sociedade mais igualitária. Assim sendo, a concretização da proteção da personalidade só se dará mediante a sua adequação aos diversos contextos fáticos da realidade e suas peculiaridades, e o cenário trabalhista é um deles, nomeadamente quando permeado pela tecnologia.

Com essas preocupações no horizonte de análise, o presente artigo pretende analisar a questão da privacidade do empregado sob o prisma da proteção de dados, tendo em vista o recente diploma referente ao tema e as necessárias adaptações a serem realizadas para sua adequada transposição à seara trabalhista. Para tanto, inicialmente será explorado o caráter constitucional do Direito do Trabalho e, igualmente, do direito à privacidade, com vistas a demonstrar o fundo constitucional comum que enseja o tratamento conjunto das matérias. Em

⁴ Constituição Federal, art. 5, X.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. pp. 179-214.

⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 286p. pp. 134-136.

⁷ Diversos instrumentos internacionais abordam os direitos de personalidade. Seguem alguns exemplos: Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948; Convenção Europeia do Direito do Homem, de 1950; Convenção Panamericana dos Direitos do Homem, de 1959; Pacto Internacional Concernente aos Direitos Civis e Políticos de 1966; Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, dentre outros.

⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, 2003. pp. 73-93.

seguida, pretende-se discorrer sobre os riscos inerentes à coleta de dados no âmbito da relação de trabalho, encaminhando a necessidade de reflexão sobre a proteção de dados nesse campo. Por fim, em análise do quadro legislativo e da doutrina pertinente, discorrer-se-á sobre a tutela jurídica da proteção de dados e o necessário diálogo com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, nomeadamente no que tange ao instituto do consentimento.

2. O Direito do Trabalho constitucionalizado e seu papel no desenvolvimento social

Os princípios constitucionais atuam como eixos de orientação para os demais ramos do Direito. O Direito do Trabalho foi incumbido pela Constituição Federal do dever de elevar o patamar civilizatório de inclusão social e econômica, por meio da universalização das regras e princípios justralhistas. A interpretação, aplicação e integração das normas do Direito do Trabalho modulam-se em sua estrutura sistemática e em seu conteúdo normativo mediante os princípios constitucionais fundamentais.⁹

O Direito do Trabalho possui função fundamental no combate à mercantilização da força de trabalho, a qual encontra nos novos desenvolvimentos da sociedade capitalista contemporânea terreno fértil para investidas de desregulamentação e redução do patamar de direitos institucionalizados¹⁰. No entanto, o ramo trabalhista se mantém atual, capaz de concretizar a justiça social e assumir o dinamismo das relações sociais, enquanto ostenta funções economicamente modernizantes e progressistas, a partir do incentivo a avanços tecnológicos da economia.¹¹

Nesse sentido, é fundamental que o Direito do Trabalho constitucionalizado tenha especial preocupação com os direitos da personalidade do trabalhador, na medida em que não somente representam manifestação por excelência do postulado da dignidade da pessoa humana, como também representam parcela essencial do projeto de vida do indivíduo, que

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves Delgado; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo. (Org.). *Direito Constitucional do Trabalho - Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2015. pp. 23-37; DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 79, pp. 268-294, 2013. pp. 275-277; DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: Clássicas Funções e Novos Desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. (Org.). *Tecnologias Disruptivas E A Exploração Do Trabalho Humano - A Intermediação de Mão de Obra a partir das Plataformas Eletrônicas e seus Efeitos Jurídicos e Sociais*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017. pp. 17-27.

¹⁰ O exemplo mais em voga de tal desregulamentação é a terceirização, a qual promove a precarização das condições de trabalho e descentralização empresarial, conforme dita DELGADO, Op. Cit., 2013. pp. 276, 278.

¹¹ DELGADO; DELGADO. Op. Cit., 2017, pp. 17-27; DELGADO, Op. Cit., 2013. pp. 279.

irremediavelmente se conjuga com sua atuação no campo do trabalho. Daí o motivo pelo qual a proteção justtrabalhista deve estar atenta aos movimentos do mercado de trabalho no que tange à coleta e processamento de dados dos trabalhadores, na medida em que passam a representar papel relevante tanto na economia quanto na dinâmica do trabalho, sem jamais afastar-se, porém, da esfera individual dos trabalhadores.

3. Riscos inerentes à coleta de dados trabalhistas

A coleta de dados realizada pelo empregador tem por fundamento a aferição da capacidade profissional do empregado, para assim obter maior eficiência na organização dos ativos trabalhistas. Porém, não se descarta a possibilidade de coleta de dados para fins que exorbitem dessa finalidade legítima. Dessa forma, o armazenamento de dados pode acabar por invadir a vida privada do candidato ao emprego, do empregado em exercício e do ex-empregado, de forma a apreender circunstâncias e características pessoais fora do contexto da relação de trabalho.

A principal consequência de tal conjuntura é a brecha oferecida para a ocorrência de discriminação, ou seja, a distinção de tratamento atribuída a outrem concernente a uma qualidade pessoal. Isto posto, abre-se espaço para manifestações de ódio, preconceito racial, religioso, de classe, sexualidade e gênero.¹² Os empregados são vistos como sujeitos vulneráveis também na relação de gestão de dados, já que não só se colocam como cidadãos e consumidores, mas também como subordinados à figura do empregador, o qual pode alicerçar-se nos dados coletados, inclusive para encerrar a relação de emprego.¹³

Ao comentar seu Repertório de Recomendações sobre a Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores, a OIT afirma que, apesar das tentativas de prevenção contra a coleta de dados considerados sensíveis, como os relativos à vida sexual, filiação sindical, identificação racial, opinião política, crença religiosa e condenações criminais, tais dados não podem ser excluídos *a priori*. A OIT exemplifica tal afirmação demonstrando que opiniões políticas

¹² FRITSCH, Clara. Data Processing in Employment Relations; Impacts of the European General Data Protection Regulation Focusing on the Data Protection Officer at the Worksite. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reforming European Data Protection Law*. 1ª ed. Barcelona: Springer, 2015, v. 20. pp. 147-165; BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. v. 01. Ver, nesse sentido, LINDOSO, Maria Cristine. O processo decisório na era do Big Data: Como novos mecanismos de processamento de dados através de algoritmos interferem na tomada de decisão. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. (Org.). *Tecnologia Jurídica & Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1. pp. 367-381.

¹³ FRITSCH, Op. Cit.

podem importar à contratação de jornalista para a cobertura política.¹⁴ A jurisprudência¹⁵ brasileira possui importante precedente nesse sentido, em que se entende que a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego somente se justifica em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. Nos demais casos, tal situação é ilegítima e caracteriza lesão moral.

Daí a necessidade do desenvolvimento de instrumentos jurídicos de tutela de eventuais violações ao direito de privacidade dos trabalhadores por intermédio do processamento de dados pessoais, como se tem intentado a partir das iniciativas legislativas recentemente levadas a cabo no ordenamento brasileiro.

4. A proteção de dados no contexto trabalhista: a relevância do consentimento

Os estímulos econômicos à coleta e compartilhamento de dados, aliados à diminuição de custo de armazenamento, transmissão e processamento de informação, são fatores de incentivo a um crescente movimento empresarial de exploração de dados, a fim de aperfeiçoar sua competitividade, produtividade e seleção de pessoal.¹⁶

O processamento de informações do empregado pelo empregador é produto da subordinação intrínseca à relação de emprego, com a finalidade de otimizar recrutamentos e elevar o grau de fidúcia. As relações empregatícias acabam por demandar largo fluxo de informações pessoais do empregado, tendo seu início já na fase pré-contratual de seleção, quando o candidato à vaga de emprego é submetido a um escrutínio seletivo, usualmente obtido por entrevistas e análises curriculares.

Considerando que o trabalho constitui aspecto essencial da vida humana e, portanto, elemento componente da individualidade, pode-se concluir que todo dado coletado em ambiente de trabalho tem o caráter de dado pessoal.¹⁷ Embora constitua grande sorvedouro de dados pessoais, a inserção do empregado na relação de trabalho não retira seus direitos de

¹⁴ Comentário ao RRP-IT, item 6.5-6.9, p. 16. cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice*, 1997. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em 11 nov. 2018.

¹⁵ TST, Recurso Repetitivo 243000-58.2013.5.13.0023, Rel. Min. Maria Cristian Irigoyen Peduzzi, Data de julgamento: 20/04/2017; Data de Publicação: 22/09/2017.

¹⁶ SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-05082013-165006. Acesso em: 2018-07-09.

¹⁷ SANDEN, Op. Cit.

personalidade, uma vez que estes possuem caráter *erga omnes*, decorrente da expressão da liberdade civil.¹⁸

Nesse sentido, é imperioso que sejam analisados os instrumentos disponíveis para a efetiva proteção de dados pessoais dos trabalhadores, de modo a concretizar as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal no que tange à tutela da privacidade.

4.1. Instrumentos normativos de proteção de dados

Em que pese a sua importância, a proteção de dados pessoais por muito tempo passou ao largo das discussões sobre privacidade no Direito brasileiro. Não obstante, a recém-editada Lei Geral de Proteção de Dados¹⁹ ("LGPD") tem o condão de promover grande avanço no que tange à proteção da privacidade, instituindo instrumentos louváveis para a regulação do tratamento de dados, fomento à transparência e prevenção de situações de abuso e utilização indevida dos dados pessoais.²⁰ Para integração aos fins trabalhistas, a lei traz instrumentos de grande relevância, como a exigência do consentimento para tratamento de dados e do acesso a informações referentes à finalidade do processamento do dado.

No entanto, apesar de aplicável inclusive para a proteção do trabalhador, parece claro que a LGPD não foi editada exclusivamente para este fim, de sorte que o Direito do Trabalho em si não conta com normas específicas que tutelem o uso de dados pessoais dos empregados. Porém, em 1996, a OIT editou um Repertório de Recomendações sobre a Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores ("RRP-OIT"), que expõe diretrizes para a melhor prática de proteção de dados no contexto laboral. Como o Brasil não possui legislação específica a respeito do tema e o caráter das recomendações é não vinculante, permanece a omissão do Direito do Trabalho a respeito da proteção de dados dos empregados, mas as recomendações da OIT se apresentam como importante arcabouço para orientar a integração de normas civilistas e constitucionais.²¹

Por esse motivo, é imprescindível que se desenvolvam mais aprofundadamente os parâmetros a serem observados na coleta e no processamento de dados pessoais no que diz respeito estritamente ao consentimento, especialmente quando se está a tratar de interesses de vulneráveis.

¹⁸ BARROS, Op. Cit.; SANDEN, Op. Cit.

¹⁹ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

²⁰ CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza. A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na Era do *Big Data*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba (Org.). *Tecnologia Jurídica & Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1. pp. 351-366.

²¹ BARROS, Op. Cit.

4.2. Consentimento e acesso à informação: particularidades do contexto laboral

Talvez um dos mais importantes institutos trazidos pela LGPD seja a exigência do consentimento²² para o tratamento de dados pessoais, respeitando-se finalidades determinadas e explícitas²³. A determinação deverá ser modulada pelos demais ramos do Direito, levando-se em conta as peculiaridades das relações jurídicas específicas. No Direito do Trabalho, o consentimento deve ter sua compreensão atrelada a uma situação de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador.²⁴

Em razão da subordinação jurídica, o empregado pode encontrar dificuldades para recusar seu consentimento, temendo sofrer represálias se o fizer. Dessa forma, defende-se que a verificação da validade de tal consentimento deve se orientar pela cláusula geral da boa-fé objetiva²⁵, a qual abrange funções integrativas e interpretativas. Em contextos contratuais, a boa-fé se manifesta como opção para o preenchimento de lacunas, especialmente no que tange às declarações de vontade, privilegiando a interpretação mais benéfica à parte vulnerável²⁶.

Como a relação empregatícia é assimétrica em essência, outorga-se às normas trabalhistas o caráter de imperatividade e indisponibilidade. Desse modo, a autonomia de vontade das partes não é capaz de afastar as regras e direitos justralhistas, pois estão revestidos de obrigatoriedade intrínseca. Tais escolhas normativas procuram equalizar, ao menos no plano jurídico, a relação entre empregados e empregadores.²⁷

De forma mais específica, as normas de proteção de dados atuam em duas esferas: (I) exigem que haja consentimento válido para o tratamento de dados e finalidade justificável; e (II) definem o que não configura consentimento válido e finalidade justificável. A LGPD, nesse sentido, atua na primeira esfera, de forma a colocar a pessoa como fonte primária de

²² O consentimento é definido pela LGPD como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII)

²³ LGPD, art. 7º.

²⁴ Tal preocupação é levantada por Fritsch, ao analisar sua ausência na proposta do European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) em relação ao Data Protection Regulation, (FRITSCH, Op. Cit.). Nesse sentido, ver FRAZÃO, Ana. *Nova LGPD: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais*. [online] Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-a-importancia-do-consentimento-para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-12092018>>. Acesso em 11/11/2018.

²⁵ No Direito do Trabalho, é notória a utilização de tal instituto como fundamento da primazia do princípio da realidade sobre a forma, de forma a tutelar a situação material, em um contexto de desvencilhamento do formalismo, segundo FRAZÃO, Ana. A boa fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico integrativa e reequilibradora. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; DELGADO, Gabriela. (Org.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1. pp. 279-294.

²⁶ FRAZÃO, Op. Cit., 2013. pp. 281-286

²⁷ DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2017. v. 1. 1691p. pp. 217, 218, 231-235.

toda a informação a seu respeito, garantido, assim, que saibam quais dados serão processados e quais serão suas implicações. Na segunda esfera, enquanto permanecer a lacuna normativa específica para o Direito do Trabalho, a jurisprudência e a doutrina atuam na definição restritiva de tais conceitos, adequando-os para situações fáticas.

Por conseguinte, a aferição do consentimento do empregado deve necessariamente passar pelos filtros constitucionais de interpretação dos direitos trabalhistas, ainda que em diálogo com o microssistema específico da proteção de dados. Dessa maneira, tem-se a possibilidade de, a partir de diploma genérico, construir o escopo da proteção de dados na seara justrabalhista, sendo a tutela do consentimento figura-chave para a compreensão das necessidades específicas do Direito do Trabalho no que se refere à proteção da privacidade.

5. Conclusão

A tutela de proteção de dados tem levantado importantes discussões no âmbito da comunidade jurídica brasileira e não poderia ser diferente com o Direito do Trabalho. Considerando que a proteção dos direitos do trabalhador deve necessariamente estar pautada pelos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, é essencial que a proteção de dados seja também tema relevante no que diz respeito à tutela da privacidade do empregado.

É necessário, porém, que sejam desenvolvidos parâmetros de proteção que se adequem tanto aos imperativos de proteção do trabalhador quanto às necessidades dos agentes econômicos, na medida em que o atual estado do capitalismo exige, em alguma medida, a coleta e processamento de dados, ao menos para que se verifique a aptidão e adequação de um dado trabalhador a um determinado ambiente laboral, com vistas a buscar as eficiências desejadas pelo empresário.

É certo que a recém-editada Lei Geral de Proteção de Dados brasileira é dotada de importantes conceitos e institutos jurídicos para a tutela da privacidade das pessoas naturais e, por conseguinte, dos trabalhadores. Contudo, é preciso que suas definições sejam interpretadas sob o prisma do Direito do Trabalho para que tenham real efetividade nessa seara. É o caso, por exemplo, do consentimento, que deve ser lido a partir da assimetria que é natural à relação de emprego para que tutele adequadamente os dados sujeitos a tratamento em dadas situações.

Naturalmente, a proteção de dados do trabalhador é ainda campo incipiente, porém deve partir de bases teórico-constitucionais bem estabelecidas para que, na aplicação da lei ao caso concreto, suas repercussões não fujam à preocupação principal do Direito do Trabalho,

isto é, a proteção efetiva do trabalhador. Dessa maneira, por certo se poderá cogitar de soluções estruturais que, a partir de procedimentos claros e transparentes, autorizem e legitimem a coleta e tratamento de dados dos empregados de forma consentida - a ponto, por exemplo, de motivar a implementação de programas de *compliance* trabalhista de proteção de dados. Porém, é preciso, antes de tudo, que sejam estabelecidos parâmetros claros para a aferição da legitimidade do tratamento desses dados, sob pena de ser fundamentalmente ferida a dignidade do trabalhador.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2009. v. 01.

CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza. A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na Era do *Big Data*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba (Org.). *Tecnologia Jurídica & Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 351-366.

COCA, Olga García. *La protección de datos de carácter personal en la gestión de los recursos humanos de la empresa*. 2016. Tese de Doutorado - Faculdade de Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Sevilla, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 79, pp. 268-294, 2013.

DELGADO, Maurício. Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2017. v. 1. 1691p .

_____; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: Clássicas Funções e Novos Desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. (Org.). *Tecnologias Disruptivas E A Exploração Do Trabalho Humano - A Intermediação de Mão de Obra a partir das Plataformas Eletrônicas e seus Efeitos Jurídicos e Sociais*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017. pp. 17-27.

_____. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves Delgado; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo. (Org.). *Direito Constitucional do Trabalho - Princípios e Jurisdição Constitucional do TST*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2015. pp. 23-37.

FRAZÃO, Ana. A boa fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico integrativa e reequilibradora. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; VIEIRA DE MELLO

FILHO, Luiz Philippe; DELGADO, Gabriela. (Org.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 1. pp. 279-294.

FRAZÃO, Ana. *Nova LGPD: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais*. [online] Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-a-importancia-do-consentimento-para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-12092018>>. Acesso em 11/11/2018.

FRITSCH, Clara. Data Processing in Employment Relations; Impacts of the European General Data Protection Regulation Focusing on the Data Protection Officer at the Worksite. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul (Org.). *Reforming European Data Protection Law*. 1ª ed. Barcelona: Springer, 2015, v. 20. pp. 147-165.

LINDOSO, Maria Cristine. O processo decisório na era do Big Data: Como novos mecanismos de processamento de dados através de algoritmos interferem na tomada de decisão. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. (Org.). *Tecnologia Jurídica & Direito Digital*. II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1. pp. 367-381.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protection of workers' personal data: an ILO code of practice, 1997*. Commentary on the Code of Practice. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf>. Acesso em 11 nov. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, 2003. pp. 73-93.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-05082013-165006. Acesso em: 2018-07-09.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 286p .

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

DECISÕES SOBRE O VÍNCULO TRABALHISTA COM A UBER E A NECESSIDADE DE SE REVISTAR INSTITUTOS TRADICIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO: COMO ACOMPANHAR AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS?

JUDICIAL DECISIONS ABOUT UBER'S LABOR RELATION AND THE NEED TO REVIEW LABOR LAW TRADITIONAL INSTITUTES: HOW TO FOLLOW TECHNOLOGICAL INNOVATIONS?

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues¹

RESUMO

Esse trabalho parte do pressuposto que o debate sobre o vínculo jurídico entre a Uber e o motorista é uma cortina de fumaça diante do desafio em se compatibilizar o Direito do Trabalho com as inovações tecnológicas. Após evidenciar esse problema, propomos ao final três reflexões normativas para indicar o caminho que julgamos adequado, suscitando, por exemplo, a viabilidade do *compliance* trabalhista no cumprimento e fomento das normas trabalhistas. A corrosão da figura do empregado típico e dos direitos trabalhistas, sobretudo a partir de falsas dicotomias, definitivamente, não é a melhor forma que o Direito do Trabalho pode lidar com as transformações tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Inovações Tecnológicas; Uber; Sharing Economy; Direito do Trabalho.

ABSTRACT: This paper assumes that the debate about the legal relationship between Uber and the driver is a smokescreen in the face of the challenge of reconciling labor law with technological innovations. After pointing out this problem, we propose at the end three normative reflections to indicate the path we deem appropriate, proving the viability of labor compliance in the fulfillment and promotion of labor standards, as example. The corrosion of the typical employee figure and of the labor rights, especially with false dichotomies, is not the best way that Labor Law can deal with technological changes.

KEYWORDS: Technological innovations; Uber; Sharing Economy; Labor Law.

1. INTRODUÇÃO

No último dia 24.08.2018, a 15ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região reascendeu a velha (e já ultrapassada) discussão sobre a natureza jurídica do vínculo entre a Uber e o “motorista parceiro”. Em que pese a relevância da discussão regulatória diante das

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

economias do compartilhamento²³ e do possível vínculo trabalhista ou empregatício do motorista, esse debate parece se descortinar em outro que se faz urgente na doutrina trabalhista: como compatibilizar o Direito do Trabalho e as inovações tecnológicas?

Dessa maneira, este artigo irá defender a premente necessidade de se revisitar institutos tradicionais do Direito do Trabalho, bem como a necessidade de se criar novos arranjos institucionais⁴, equilibrando-se, por um lado, um mercado de trabalho cada vez mais dinâmico e, por outro lado, a manutenção da higidez das normas trabalhistas e da função teleológica desse ramo jurídico.

Para convencer o leitor dessa necessidade, esse artigo, ainda que brevemente, irá apresentar o i) debate trabalhista na *sharing economy*, sobretudo no que tange ao vínculo trabalhista entre o motorista e a plataforma Uber; posteriormente, ii) introduzir-se-á o impacto das inovações tecnológicas na relação de emprego e na precarização do trabalho; por fim, ao reforçar a necessidade desse debate na doutrina brasileira, introduzir-se-á um norte ao caminho que compreendemos como adequado na compatibilização das inovações tecnológicas com o Direito do Trabalho.

² Diante de um impasse acerca da definição da *sharing economy* e, sobretudo diante de uma reinvenção deste conceito, pós-crise econômica de 2008, a partir do qual passou a se dar ênfase apenas às plataformas de *sharing economy* destinadas ao consumo, defende-se nesse artigo a concepção ampla e abrangente do pesquisador Rafael Zanatta que se vale, intencionalmente, do plural para afirmar que **economias do compartilhamento** seriam “sistemas socioeconômicos mediados por tecnologias de informação direcionados ao compartilhamento de recursos para **fins de consumo ou de produção**.” (ZANATTA, Rafael A.F. **Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual**. In: ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B. de.; KIRA, Beatriz (Org.). **Economias do compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 80).

³ Ainda no que tange à definição do fenômeno, destaca-se a matriz bidimensional de Coganone e Martens, que divide as plataformas virtuais a partir de dois elementos. O eixo x da matriz bidimensional discrimina as plataformas orientadas ao lucro (*for profit – FP*) daquelas não orientadas (*non for profit – NFP*), enquanto o eixo y caracteriza as plataformas desenvolvidas em um modelo empresa-consumidor (*business-to-consumer, B2C*) e aquelas que adotam um modelo ponto-a-ponto (*peer-to-peer, P2P*). Dessa maneira, os autores definem quatro tipos de plataformas de *sharing economy*, as quais eles denominam de i) *True ‘sharing’* (plataformas P2P e NFP); ii) *Comercial P2P ‘sharing’* (plataformas P2P e FP); iii) *‘Empty set’* (plataformas B2C e NFP) e, ainda, a iv) *Comercial B2B* (plataformas B2C e FP). O Uber, por exemplo, nessa classificação, seria classificado como uma *comercial P2P ‘sharing’*, pois seria uma plataforma que visa ao lucro a partir de um modelo ponto-a-ponto (interliga o usuário da plataforma, *peer*, a um prestador de serviços, o outro *peer*). (CODAGNONE, C.; MARTENS, B. **Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues**. 2016.)

⁴ Define-se arranjo institucional como “[...] as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana.” (NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 13)

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O DIREITO DO TRABALHO NA *SHARING ECONOMY*

Da análise desses novos serviços, sobretudo aqueles que se enquadram na *comercial P2P 'sharing'*⁵ (plataforma que visa ao lucro a partir de um modelo ponto-a-ponto, que interliga o usuário da plataforma, *peer*, a um prestador de serviços, o outro *peer*), verifica-se que a característica mais latente é a base tecnológica (tecnologia da informação e comunicação⁶) da qual se utilizam para se inserir em um mercado tradicional já regulado. É assim com a Uber, no serviço de transporte individual, e com os demais “novos serviços” que se inserem no mercado financeiro (*Nubank, Paypal, Digio*) e no mercado hoteleiro (o *Airbnb*), por exemplo.

Em geral, essas plataformas, ao se valerem dessa tecnologia, estabelecem um sistema de *feedback* (reputabilidade) e de confiança entre os usuários, sobretudo por ser uma operação que liga pessoas (ou *peers*) que não se conhecem⁷. Esse sistema reputacional⁸, na Uber, por exemplo, é mundialmente conhecido pelo sistema de estrelas, no qual motorista e usuário se avaliam numa pontuação que varia de 1 a 5 estrelas. Essa avaliação, quando desce abaixo de um nível estipulado pela plataforma, pode fazer com que ambos os *peers* sejam excluídos da plataforma. Observa-se que essa reputação é essencial para o desenvolvimento dessas plataformas, mormente pelo que a doutrina⁹ denomina de *enjoyment*, ou seja, a satisfação dos *peers* em utilizarem uma plataforma simples, ágil, atrativa e, acima de tudo, segura¹⁰.

Além disso, o discurso dessas plataformas é carregado por argumentos que suscitam benefícios econômicos e sustentáveis. As empresas assumem uma identidade *environmentally friendly businesses*¹¹, incorporando o caráter sustentável de um consumo colaborativo. Dessa

⁵ CODAGNONE, C.; MARTENS, B. op., cit., p. 14.

⁶ SCHOR, J. B.; FITZMAURICE, C. J. **Collaborating and Connecting: The emergence of the sharing economy**. In: REISCH, L. A.; THOGERSEN, J. (Eds.). *Handbook on Research on Sustainable Consumption*. 1. ed. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2014.

⁷ SCHOR., op., cit.

⁸ Esse sistema reputacional é essencial para a *sharing economy*, tanto para aumentar a confiança no uso da plataforma quanto para melhorar o *enjoyment* no uso. A Uber, por exemplo, ainda nesse ano (2017) atualizou e trouxe novas formas de feedback, como forma de potencializar a reputação e confiabilidade da plataforma.

⁹ HAMARI, J.; SJÖKLINT, M.; UKKONEN, A. **The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption**. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, v. 67, n. 9, 2016, p. 253.

¹⁰ Sobre a associação entre reputação da plataforma e o regime de confiança nas transações nas plataformas de compartilhamento, destaco a doutrina de SUNDARARAJAN, A. **Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy. The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses**, v. 1, p. 1–7, 2014.

¹¹ SCHOR, Juliet B. **Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay**. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>. Acesso em: 13 mar 2018. Deve-se destacar, no entanto, que embora essa dimensão da sustentabilidade tem impactado positivamente o mercado, ela não passa imunes a críticas. Hill (2016), por exemplo, argumenta que ao potencializar o consumo haveria, na verdade, uma ampliação de externalidades ambientais negativas. Ver: HILL, Steven. **Is the sharing economy truly green? Sierra: the national magazine of the Sierra Club**. Abril/2016. Disponível em:

maneira, o discurso latente da Uber é o seguinte: uma cidade com Uber é uma cidade com menos engarrafamento, logo, uma cidade com menos poluição e emissão de combustíveis fósseis. Aliado a isso, a plataforma incorpora outras ferramentas, como a *UberPoll* (um sistema de caronas, dentro da própria plataforma).

A *P2P 'sharing'* também cultiva um discurso econômico, que será essencial nesta análise. O exemplo mais latente na doutrina e na jurisprudência é o caso Uber. Analisando alguns dos dados internos da empresa, os estudiosos apontam¹² uma criação exponencial de novas oportunidades aos motoristas do aplicativo, com uma variedade de incentivos econômicos que são dadas a eles (para continuarem na plataforma), na mesma medida em que possibilitou, ao usuário, a diminuição de preços em comparação ao sistema tradicional de táxis.

Dessa maneira, a Uber irá incorporar todos esses elementos: as 1) vantagens econômicas e 2) sociais, 3) a sustentabilidade, 4) o maior *enjoyment* na modernização de um serviço privado de transporte ao consumidor, além de diversos outros fatores, como a 5) melhoria no transporte urbano e a conseqüente ampliação do direito à cidade, por exemplo. É um discurso mercadológico, quase totalmente metajurídico, que tenta corroborar com a ideia de que essas plataformas seriam novos modelos, não disciplinados, e, portanto, não regulados¹³. Trata-se de uma prática de “nulificação corporativa”¹⁴, nas quais as plataformas declaram que as regulações dos mercados nas quais atuam seriam nulas, criando, assim, seus próprios negócios jurídicos.

Dessa maneira, a Uber busca se diferenciar do táxi, apresentando-se como uma plataforma que presta serviços tecnológicos, tentando se furta da regulação existente ao transporte individual de passageiros. No entanto, seria a Uber uma plataforma tecnológica ou uma empresa de transporte individual de passageiros tecnológica? A natureza jurídica do vínculo entre a plataforma e o motorista seria consumerista ou trabalhista?

<http://www.sierraclub.org/sierra/2016-2-march-april/green-life/sharing-economy-truly-green>. Acesso em 20 mai 2018

¹² HALL, J.; KRUEGER, A. **An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the United States, 2015.**

¹³ Trata-se daquilo que a doutrina chamará de *empreendedorismo evasivo*, ou seja, uma atividade comercial que se utiliza da inovação tecnológica para buscar as contradições e lacunas existentes em uma norma e, assim, evadir-se do seu campo de aplicação.

Ver: ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. **Evasive Entrepreneurship**. IFN Working Paper n°. 1044, 2016, p. 9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2513475>. Acesso em: 10 jun 2018

¹⁴ PASQUALE, Frank; VAIDHYANATHAN, Siva. **Uber and the lawlessness of 'sharing economy' corporates**. 28 jul 2015. Disponível em <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/28/uber-lawlessness-sharing-economycorporates-airbnb-google>. Acesso em 27 jun 2018.

Este autor que escreve já apontou considerações sobre esse debate¹⁵: já se ressaltou que i) os pressupostos da não-eventualidade, subordinação e pessoalidade, em geral, pelo próprio *design* das plataformas da P2P *sharing* sempre serão difíceis de serem enquadradas e, por conseguinte, dependeriam de minuciosa análise do suporte fático no caso concreto; e, também, já se apontou que ii) o empreendedorismo evasivo e as práticas de nulificação corporativa dessas empresas da *sharing economy* sempre deveriam ser observadas com um certo grau de ceticismo¹⁶, atraindo o princípio da primazia da realidade sobre a forma na análise do contrato social dessas empresas e dos “contratos de adesão” entre estas e os parceiros da plataforma¹⁷¹⁸.

Não obstante, esse debate laboral é apenas a ponta do *iceberg*. Mais do que defender que a legislação não pode ser freio à evolução do mercado de trabalho¹⁹, precisamos apontar caminhos que possam compatibilizar as inovações tecnológicas com o princípio protetivo do trabalhista, senão colocamos em risco a própria higidez do Direito do Trabalho (se isto já não em risco está a partir dos nefastos acontecimentos recentes, como a Reforma Trabalhista).

¹⁵ RODRIGUES, M. V. A. A “reforma” trabalhista e aplicativos de economia compartilhada: o retrocesso na compatibilização entre as inovações e o Direito do Trabalho. 2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas – Coordenado por Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. Porto Alegre: Paixão, 2017, p. 75-96.

¹⁶ Mr. Aslam v. Uber B.V. Disponível em <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>. Acesso em 26 jun 2018. “The notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common platform is to our minds faintly ridiculous.” A pesquisadora brasileira, Ana Frazão, nos traz grandes ensinamentos ao abordar essa decisão em seu artigo. Ver: FRAZÃO, Ana. **A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber**. 1 nov 2016. Disponível em <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016>. Acesso em 10 nov 2018.

¹⁷ Dessa maneira, defende-se que, em abstrato, há claramente um vínculo trabalhista entre o motorista parceiro e a plataforma Uber. Embora os pressupostos da não-eventualidade, subordinação e pessoalidade sejam difíceis de se configurarem, pelo próprio design dessas plataformas, i) na ausência da pessoalidade, perfeitamente pode se enquadrar o trabalho avulso, bem como os direitos sociais mínimos aplicados ao caso; ii) na ausência da subordinação (inclusive do ponto de vista estrutural), pode estar presente uma relação de trabalho autônomo; iii) na presença da eventualidade, por que não a presença de um trabalho eventual? Não descarto, ainda, a possibilidade da presença de emprego, estando configurados todos esses pressupostos, a partir do suporte fático da relação entre o prestador de serviços e a plataforma, que irá variar, por conseguinte, de plataforma para plataforma e do local geográfico na qual a plataforma se insere.

¹⁸ Jurisprudencialmente, verifica-se que o assunto é passível de controvérsias, não tendo o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ainda se manifestado sobre o tema, sobretudo porque ao longo do processo costuma ocorrer acordo entre os litigantes. Dentro do monitoramento deste tema, destacam-se apenas dois acórdãos: i) o julgado citado no início deste artigo, constante no **Processo nº 1000123-89.2017.5.02.0038, TRT 2ª Região, 15ª Turma**, DJe de 16.08.2018, no qual se declarou o vínculo empregatício entre o motorista e a plataforma; e ii) o **Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, TRT 2ª Região, 9ª Turma**, DJe de 25.05.2017, no qual se reformou a decisão do juízo de origem para desconhecer o suposto vínculo empregatício, afirmando que se trataria de uma prestação impessoal, não eventual e sem subordinação.

¹⁹ Nesse sentido, destaco as considerações de Mauricio Pallotta Rodrigues que aponta que a recente decisão da 15ª Turma do TRT da 2ª Região representaria uma afronta à autonomia da vontade e que a “legislação” não poderia ser um freio às evoluções do mercado de trabalho. (RODRIGUES, Mauricio Pallotta. **Decisão contra Uber e a afronta à livre iniciativa e autonomia da vontade**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-contra-uber-e-a-afronta-a-livre-iniciativa-e-autonomia-da-vontade-07092018>. Acesso em 7 nov. 2018).

2.2. O DIREITO DO TRABALHO NAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Como o Direito do Trabalho pode acompanhar o cenário de inovação e disrupção tecnológica? É essa pergunta que se coloca ao Direito do Trabalho no século XXI. Essa pergunta se torna ainda mais premente a partir de relatórios da OIT²⁰ (Organização Internacional do Trabalho) que apontam, por exemplo, que 65% das crianças irão exercer profissões que sequer existem atualmente; ou, ainda, que as profissões mais demandadas no atual mercado de trabalho sequer existiam há 10 anos.

Esse debate parece vilipendiado, sobretudo diante do atual cenário de crise econômica, momento no qual se reverbera o falso dilema entre competitividade empresarial e os custos trabalhistas²¹. Momento no qual se amplia a i) presença de novas práticas contratuais (contratos híbridos ou “atípicos”); ii) se questiona e se relativiza a própria noção de subordinação (pressuposto fático-jurídico para a existência da relação de emprego); iii) se amplia os “autônomos”, os “contratantes independentes”, as empresas individuais, cooperados e outras formas atípicas de trabalho (que guardam diversos elementos do empregado típico, quais sejam a não-eventualidade, subordinação, pessoalidade e onerosidade)²².

Além disso, nesse intermédio de dificuldade financeira, amplia-se, via legislação e via jurisprudência, a aproximação entre a pauta da legislação empresarial e trabalhista, com criações híbridas e ambíguas, como novas formas de “empresa” e “empresários” e, ainda, com novos institutos, como a responsabilidade subsidiária e solidária da empresa contratante²³.

Percebe-se, nessas falsas dicotomias e no discurso da escassez econômica, que a ausência temporária, ou até mesmo a restrição, dos direitos trabalhistas seriam um ônus na busca por mais empregos e por maior competitividade empresarial. Essa corrosão da figura dos direitos trabalhistas implica elevados custos, não apenas à qualidade de vida do trabalhador, mas também ao financiamento das políticas públicas (sobretudo pela seguridade social).

²⁰ WORLD ECONOMIC FORUM. **The Future Of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution.** 2016. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf>. Acesso em: 30 jan 2018.

²¹ RODRIGUES, M. V. A. op., cit., p. 78-90.

²² NORONHA, Eduardo, DE NEGRI, Fernanda e ARTUR, Karen. **Custos do Trabalho, Direitos Sociais e Competitividade Industrial.** In J. A. de Negri, F. de Negri e D. Coelho (orgs.), *Tecnologia, Exportação e Emprego*. Brasília, Ipea, 2006, p. 197-198.

²³ NORONHA., op., cit., p. 170-181.

O próprio *design* dessas plataformas cooperativas e dos sistemas reputacionais que avaliam motoristas e passageiros, por exemplo, atuam na violação de princípios fundamentais²⁴, e não são suficientes para corrigirem eventuais externalidades negativas, como a precarização trabalhista²⁵ e como uma lacuna de incentivos que lhe é inerente.

Dentre essas lacunas de incentivos, destacamos a potencialização de duas falhas de mercados²⁶, entre elas a 1) tentativa de “nulificação” de uma figura de empregado típico, enfatizando-se vínculos de curto prazo e não-eventuais entre os *peers* e a plataforma, e, ainda, a 2) falta de incentivos para que as plataformas e os participantes dela internalizem as externalidades negativas que provocam no serviço em que atuam²⁷.

Nesse cenário, nos deparamos com o paradoxo que o desenvolvimento tecnológico pode provocar no Direito do Trabalho: se por um lado, pode impulsionar a criação de novas empresas, funções e oportunidades trabalhistas, do outro, pode também proporcionar e intensificar a sua precarização.

Diversos autores, por exemplo, irão questionar aplicativos como a *Uber*. Alguns irão afirmar, na verdade, que ela se insere numa “economia de compartilhamento de sucatas”, já que o empresariado estaria ampliando seus lucros com o trabalho dispendido nas plataformas (intensificando a “mais-valia”), sem nenhuma contraprestação civil, trabalhista e social ao

²⁴ Destacamos, ainda, um dos temas apenas suscitados pelo magistrado nesse debate de subordinação que, embora não desenvolvido, deixa uma discussão essencial para a caracterização da subordinação. A doutrina pugna, atualmente, por uma transparência dos algoritmos nesse controle e manutenção da plataforma: quais são os *inputs* e *outputs* dessas fórmulas de avaliação e *feedback*? Como a empresa se vale desses algoritmos para dispensar os trabalhadores (que não teriam a classificação desejada ou que recusariam um determinado número de corridas)? Uma transparência algorítmica é extremamente necessária, tanto para afastar (ou não) o referido controle e subordinação do parceiro, pela plataforma, quanto para evitar a perpetuação de racismos e preconceitos. O *feedback* do usuário ao motorista, dentro desse algoritmo, não poderia perpetuar afrontas a princípios fundamentais da Constituição brasileira? Nesse sentido, destaco um pesquisador da New York City Lab of Microsoft Research, Solon Barocas. Empiricamente, começa a trazer uma série de estudos que mostram as discriminações em grandes plataformas de tecnologia em interação econômica, nas quais o comportamento racista de alguns usuários, por exemplo, gera um sistema reputacional que, paulatinamente, prejudica a permanência e os negócios de diversos prestadores de serviços nessas plataformas. Acredito que, em breve espaço de tempo, esse tema deve ser uma linha de pesquisa na academia brasileira. O debate sobre a *sharing economy*, no Brasil, que ainda ressoa em tensões normativas acerca dos novos entrantes (“novo serviço”) e o mercado tradicionalmente regulado precisa evoluir. Portanto, essa linha de estudo deve ser reforçada no Brasil, sobretudo pelos pesquisadores que se dedicam a estudar os aspectos jurídicos, políticos e sociais numa regulação econômica.

²⁵ SINGER, Natasha. **In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty**. 16 ago 2014. Disponível em http://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-the-sharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html?_r=0. Acesso em 17 mai 2018.

²⁶ CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. **A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies**. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, nº 1, p. 31-41. Santa Clara: 2015. A pesquisa destaca quatro falhas de mercado, no entanto, abordamos apenas aquelas essenciais a nossa análise.

²⁷ CANNON., op., cit., p. 40.

trabalhador, restando apenas as sucatas para esses participantes²⁸²⁹. Essas críticas também ressoam no Brasil, com uma doutrina que irá identificar essa tentativa das plataformas de se furtarem dos ônus trabalhistas e da seguridade social, sobretudo ao tratar os prestadores de serviços como “contratantes independentes”³⁰.

Nesse debate, ainda nos deparamos com outra dificuldade: o Direito do Trabalho não detém uma gestão adequada do risco que as novas tecnológicas podem proporcionar na relação típica de emprego. Diferente dos cálculos e da estrutura normativa na qual se ampara o Direito Ambiental³¹, por exemplo, não há cálculos e institutos que buscam antecipar os efeitos dessas plataformas nos postos de trabalho e nos serviços em que elas atuam³². Seria difícil avaliar o impacto na precarização do trabalho, porquanto não se consegue isolar a precarização específica proporcionada apenas por essas plataformas no mercado de trabalho³³, despindo-se de todas as outras variáveis da macroeconomia.

É sob essa dificuldade (em gerir os riscos das novas tecnologias na ordem econômica e social) que a Justiça do Trabalho e o legislador se propõe a reagir a uma realidade dinâmica, sem se desvirtuar, no entanto, da promoção dos direitos fundamentais. A economia colaborativa muda paradigmas relacionados à posse e à propriedade, despertando a aplicação (ou não) dos arranjos regulatórios tradicionais ou a modernização (flexibilização e adaptação) destes. No

²⁸ REICH, Robert. *Why the Share Economy is Really the 'Share-the-Scraps' Economy*. 4 fev 2015. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/why-share-economy-really-sharethe-scraps-robert-reich>. Acesso em: 22 jun 2018.

²⁹ Nesse mesmo sentido, destaco ainda recente crítica que fora traduzida pelo pesquisador Rafael Zanatta, em um manifesto da Trebor Scholz, denominado “Cooperativismo de plataforma”, na qual a autora busca inaugurar um novo paradigma de propriedade na *internet*, propondo plataformas de cooperativismo de propriedade coletiva. Neste manifesto, ao definir a economia do compartilhamento, a autora inicia uma belíssima provocação: “Daqui a vinte ou trinta anos, quando provavelmente enfrentarmos o fim das profissões e mais empregos serão ‘uberizados’, podemos muito bem acordar e imaginar por que não protestamos contra essas mudanças com mais força. **Apesar de toda a deliciosa e caseira convivência da ‘economia do compartilhamento’, podemos acabar compartilhando as sobras e não a economia.** Podemos sentir remorso por não termos buscado alternativas anteriormente. Sem dúvida, não podemos mudar o que não entendemos. Portanto, estou perguntando, o que ‘a economia do compartilhamento’ significa?” (SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa.** Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em: https://rosaluxspba.org/wp-content/uploads/2017/03/cooperativismo-de-plataforma_web_simples.pdf. Acesso em 8 nov. 2018).

³⁰ OLIVEIRA, Patrick L. S. **O Uber e o Mito da Panaceia Tecnológica**. 21 jul 2015. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/uber-taxistas-4216.html>. Acesso em: 22 mar 2018.

³¹ Entre esses institutos no Direito Ambiental, destacamos o próprio i) licenciamento ambiental trifásico; ii) o índice de sustentabilidade da Dow Jones, e, ainda, iii) o *carbono disclosure project*.

³² CEZAR, Frederico Golçalves. **O uber e a proteção do trabalho em face da automação**. In FRAZÃO, Ana (org.). *Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017, p. 414.

³³ SCHOR, Juliet B. **Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay**, Out 2014. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>. Acesso em: 13 mar 2018.

Direito do Trabalho, essa tarefa ainda é mais difícil, sobretudo porque estamos diante de um objeto peculiar a ser transacionado e de objetivos e finalidades metaeconômicas.

Nesse contexto, proponho três reflexões normativas que, certamente, podem fazer com que o Direito do Trabalho se modernize diante da dinâmica das inovações tecnológicas, sobretudo diante das características da P2P *sharing*.

A primeira delas se refere ao fortalecimento sindical. A nefasta “reforma trabalhista”, que acabou com o imposto sindical, ainda não instituiu nenhum tributo para substituí-la, apesar de haver uma promessa do executivo nesse sentido. Os sindicatos precisam ser valorizados e, para isso, proponho a fixação de novas regras em relação à contribuição sindical patronal. Apesar de, ao menos temporariamente, não ser obrigatória, a contribuição sindical patronal desses “novos serviços” deve se destinar ao sindicato que representa o mercado que, de fato, essas plataformas atuam, mesmo que não se reconheça o vínculo empregatício ou trabalhista. Subsidiariamente, caso inexistir tributo comparável à extinta contribuição sindical, poder-se-ia criar uma contribuição semelhante àquela criada pelo Município de São Paulo que, diferentemente desta, seria dedicada a esses sindicatos. A cada motorista vinculado à Uber, por exemplo, o Sindicato dessa categoria ganharia um determinado valor, por exemplo. Esse fortalecimento sindical é essencial na fiscalização e na manutenção dos direitos desses trabalhadores inseridos na P2P *Market*.

Na nossa segunda reflexão, proponho uma analogia com o Direito Ambiental. É imprescindível que, assim como se avalia o risco de dano ambiental, no requisito de licença ambiental, por exemplo, o Direito do Trabalho crie métodos para a mitigação do risco da precarização trabalhista.

Por que não criar uma Política Nacional de Combate à Precarização do Trabalho, criando-se órgãos consultivos e deliberativos, como é o CONAMA (Conselho Nacional do meio Ambiente), no Direito Ambiental? Mais do que se preocupar com a erradicação do trabalho escravo, devemos ir além: a escravidão não se limita apenas às suas formas tradicionais, ela evoluiu e se disfarça. Essa política nacional pode considerar diversos critérios restritivos e impedidos à concessão da licença para o funcionamento da plataforma, como fiscalizações do trabalho e monitoramento de ações trabalhistas relacionadas ao descumprimento de regras relacionadas à saúde e à segurança do empregado (critérios restritivos) e, ainda, prever a não concessão de licença a empregadores que, conforme a própria

portaria interministerial nº 4/2016³⁴ indica, já submetem trabalhadores a condições análogas à escravidão (critério impeditivo).

A Economia Compartilhada não pode se tornar uma “oficialização do bico” e, dessa maneira, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), ao invés de ser flexibilizada, deve ser reformada para combater, de forma mais eficaz, a precarização trabalhista. É nesse sentido que proponho uma terceira reflexão, que se coaduna com uma Política Nacional de Combate à Precarização do Trabalho. Nesta devemos pensar em institutos como o *compliance* anticorrupção, institucionalizado e fomentado pela Lei de Combate à Corrupção (Lei nº 12.846/2013)³⁵. Dessa maneira, proponho que as penalidades da CLT, previstas em seu capítulo VII, institucionalize e fomente programas internos. Estes podem proporcionar um recrudescimento na qualidade de vida no trabalho e do empregado, podendo, ainda, melhorar o clima organizacional da empresa, oferecendo suporte (psicológico, por exemplo) aos trabalhadores e ampliando, por conseguinte, garantia mínimas já garantidas pela legislação trabalhistas.

Um *compliance* trabalhista é totalmente viável³⁶. As empresas já se preocupam com o rendimento do trabalhador e, invariavelmente, buscam melhorar e monitorar o clima organizacional, por exemplo. O que propomos, no entanto, é institucionalizar uma política como essa, incentivando que os *players* busquem se adequar e ampliar as regras trabalhistas (individuais, coletivas e de seguridade social).

Portanto, diante de todas essas reflexões, acredito que o Direito do Trabalho, a longo prazo, se comporta de forma mais eficiente e eficaz quando gera incentivos à conformação com as regras trabalhistas. Isso, aliado às políticas públicas referidas acima, podem fazer com que o Direito do Trabalho se adeque à dinâmica das transformações tecnológicas, propiciando uma concretização mais efetiva dos seus objetivos e finalidades.

³⁴ Portaria interministerial do Ministério de Estado do Trabalho e Previdência Social e do Ministério de Estado das Mulheres, da Igualdade Racional, da Juventude e dos Direitos Humanos.

³⁵ Art. 7º, Lei nº 12.846/2013: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal.”

³⁶ O *compliance* trabalhista possui duas dimensões: i) por um lado, configura um limite à autorregulação empresarial, à luz do poder fiscalizatório do empregador (p. e, haverá limites ao monitoramento do empregador na persecução de atos ilícitos na empresa, a partir de diretrizes de um *compliance* anticorrupção); ii) por outro lado, o *compliance* trabalhista também figura como um programa de integridade autônomo, sendo instrumento de cumprimento e maximização dos direitos trabalhistas. Dessa maneira, ao mesmo tempo que atua como um limite às disposições de *compliance* (financeiro, anticorrupção, e etc), o *compliance* trabalhista também configura um instrumento que irá dispor sobre a conformação às regras trabalhistas, diminuindo-se, por conseguinte, o risco do passivo trabalhista das empresas.

Tanto nas reflexões institucionais quanto nas normativas, deve sempre se pensar na necessidade que se coloca como desafio ao legislador e ao executivo, aliado aos possíveis benefícios que podem fomentar a preservação e fomento daqueles direitos. Dessa maneira, a melhor forma de lidar com a P2P *sharing* é pensar nos *players* envolvidos (ou, como vimos, os *peers*) e estimulá-los. A corrosão da figura do empregado típico e dos direitos trabalhistas, sobretudo com falsas dicotomias, definitivamente, não é a melhor forma de lidarmos com o Direito do Trabalho e, mais ainda, não é a melhor forma de adequá-lo à P2P *sharing*.

3. CONCLUSÃO

Do presente artigo, retiram-se as seguintes conclusões:

1. Ao apresentar as características da *sharing economy*, sobretudo com foco na plataforma Uber (uma *comercial P2P 'sharing'*), apresentou-se um discurso mercadológico que se insere em uma prática recorrente de nulificação corporativa desses novos mercados (empreendedorismo evasivo), que busca se furtar das regulações tradicionais já existentes. Dessa maneira, esse discurso incorpora as i) vantagens econômicas e sociais, ii) a sustentabilidade, iii) o *enjoyment* na modernização de um serviço privado e, ainda, especificamente no caso da Uber, iv) a melhoria do transporte urbano e a ampliação do direito à cidade.
2. Ressaltou-se que i) os pressupostos da não-eventualidade, subordinação e pessoalidade, em geral, pelo próprio *design* das plataformas da *comercial P2P sharing*, serão difíceis de serem enquadradas e, por conseguinte, dependeriam de minuciosa análise do suporte fático no caso concreto; e, também, já se apontou que ii) o empreendedorismo evasivo dessas empresas da *sharing economy* sempre deveriam ser observadas com um certo grau de ceticismo, atraindo o princípio da primazia da realidade sobre a forma na análise do contrato social dessas empresas e dos “contratos de adesão” entre estas e os parceiros da plataforma.
3. Posteriormente, defendeu-se que esse debate sobre a natureza do vínculo jurídico entre a plataforma Uber e o motorista é uma cortina de fumaça, que esconde um enorme desafio de se compatibilizar a dinâmica das inovações tecnológicas com o princípio protetivo e a função teleológica do Direito do Trabalho, sobretudo diante da inexistência de institutos que possa gerir o risco da precarização trabalhista.

4. Nesse contexto, apresentamos um caminho ao suscitar três reflexões normativas, quais sejam o 1) o fortalecimento e a profissionalização dos sindicatos na categoria dos mercados que, efetivam, os “novos serviços” atuam; 2) a criação de uma Política Nacional de Combate à precarização trabalhista; e, por fim, 3) a criação de programas de integridade relacionados ao respeito e ao fomento das garantias trabalhistas, vinculando-os à mitigação da graduação de possíveis punições supervenientes que a empresa possa vir a sofrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANNON, Bryant; CHUNG, Hanna. **A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies**. Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 31, nº 1, p. 31-41. Santa Clara: 2015.

CEZAR, Frederico Golçalves. **O uber e a proteção do trabalho em face da automação**. In FRAZÃO, Ana (org.). Constituição, Empresa e Mercado. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017.

CODAGNONE, C.; MARTENS, B. **Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues**. 2016.

ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. **Evasive Entrepreneurship**. IFN Working Paper nº. 1044, 2016, p. 9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2513475>. Acesso em: 10 jun 2018

FRAZÃO, Ana. **A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber**. 1 nov 2016. Disponível em <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016>. Acesso em 10 nov 2018.

HALL, J.; KRUEGER, A. **An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States, 2015**.

HAMARI, J.; SJÖKLINT, M.; UKKONEN, A. **The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption**. Journal of the Association for Information Science and Technology, v. 67, n. 9, 2016.

HILL, Steven. **Is the sharing economy truly green? Sierra: the national magazine of the Sierra Club**. Abril/2016. Disponível em: <http://www.sierraclub.org/sierra/2016-2-march-april/green-life/sharing-economy-truly-green>. Acesso em 20 mai 2018

NORONHA, Eduardo, DE NEGRI, Fernanda e ARTUR, Karen. **Custos do Trabalho, Direitos Sociais e Competitividade Industrial**. In J. A. de Negri, F. de Negri e D. Coelho (orgs.), Tecnologia, Exportação e Emprego. Brasília, Ipea, 2006, p. 197-198.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico.** Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA, Patrick L. S. **O Uber e o Mito da Panaceia Tecnológica.** 21 jul 2015. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/uber-taxistas-4216.html>. Acesso em: 22 mar 2018.

REICH, Robert. **Why the Share Economy is Really the 'Share-the-Scraps' Economy.** 4 fev 2015. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/why-share-economy-really-sharethe-scraps-robert-reich>. Acesso em: 22 jun 2018.

RODRIGUES, Mauricio Pallotta. **Decisão contra Uber e a afronta à livre iniciativa e autonomia da vontade.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-contra-uber-e-a-afronta-a-livre-iniciativa-e-autonomia-da-vontade-07092018>. Acesso em 7 nov. 2018).

RODRIGUES, M. V. A. **A “reforma” trabalhista e aplicativos de economia compartilhada: o retrocesso na compatibilização entre as inovações e o Direito do Trabalho.** 2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas – Coordenado por Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. Porto Alegre: Paixão, 2017, p. 75-96.

PASQUALE, Frank; VAIDHYANATHAN, Siva. **Uber and the lawlessness of 'sharing economy' corporates.** 28 jul 2015. Disponível em <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/28/uber-lawlessness-sharing-economcorporates-airbnb-google>. Acesso em 27 jun 2018.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa.** Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em: https://rosaluxspba.org/wp-content/uploads/2017/03/cooperativismo-de-plataforma_web_simples.pdf. Acesso em 8 nov. 2018.

SCHOR, Juliet B. **Debating the Sharing Economy. A Great Transition Initiative Essay.** Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharingeconomy>. Acesso em: 13 mar 2018.

SCHOR, J. B.; FITZMAURICE, C. J. **Collaborating and Connecting: The emergence of the sharing economy.** In: REISCH, L. A.; THOGERSEN, J. (Eds.). *Handbook on Research on Sustainable Consumption*. 1. ed. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2014.

SINGER, Natasha. **In the sharing economy, workers find both freedom and uncertainty.** 16 ago 2014. Disponível em http://www.nytimes.com/2014/08/17/technology/in-thesharing-economy-workers-find-both-freedom-and-uncertainty.html?_r=0. Acesso em 17 mai 2018.

SUNDARARAJAN, A. **Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy. The Power of Connection: Peer-to-Peer Businesses**, v. 1, p. 1–7, 2014.

ZANATTA, Rafael A.F. **Economias do compartilhamento: superando um problema conceitual.** In: ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B. de.; KIRA, Beatriz (Org.). **Economias do compartilhamento e o Direito.** Curitiba: Juruá, 2017.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Future Of Jobs: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution.** 2016. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf>. Acesso em: 30 jan 2018.

A ATUAÇÃO DO UBER NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS

UBER'S ACTIVITIES IN BRAZIL IN LIGHT OF THE CONSTITUCIONAL LABOR RIGHTS

Ana Letícia Costa Rodrigues Bezerra¹
Nathália Guimarães Ohofugi²

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a relação de trabalho dos motoristas na empresa Uber a partir de direitos trabalhistas constitucionalmente consagrados, focando especialmente na garantia do salário mínimo e da jornada de trabalho. Nessa esteira, entende-se que para a consolidação de um patamar civilizatório mínimo de direitos humanos, a Constituição estabeleceu a proteção do trabalho digno por meio de institutos que contrapõem a crescente precarização do trabalho. Assim, explora-se o contexto de informatização dos ofícios e avanço da economia do compartilhamento.

PALAVRAS-CHAVES: Uber; Direito do Trabalho; Economia de Compartilhamento; Precarização do trabalho; Constituição Federal.

ABSTRACT

The present article analyses the working relationship of the drivers on the company Uber based on constitutionally consolidated labor rights, focusing especially on the guarantee of the minimum wage and the working day. This way, it is understood that for the consolidation of a minimum level of human civilization, the Constitution established the protection of decent work through institutes that counteract the growing prevarication of work. Nevertheless, the context of computerization of works and the advancement of the sharing economy are explored.

KEYWORDS: Uber; Labor law; Sharing Economy; Precarious employment; Federal Constitution.

A Constituição de 1988 veio consolidar os direitos trabalhistas já existentes elevando-os ao patamar constitucional de direitos fundamentais, além de inovar no caráter democrático, avançando ao paradigma do Estado Democrático de Direito. A Carta de 1988 foi e até hoje é conhecida como a Constituição cidadã, pois enfatiza os direitos sociais e o papel civilizatório do Direito.

Passados trinta anos da promulgação da Constituição cidadã, vislumbram-se novos desafios para o Direito do Trabalho. Com a revolução tecnológica em curso e a crescente informatização dos ofícios, tem-se um novo contexto de precarização com o surgimento de novas formas de trabalho até então inimagináveis que não se encaixam tão claramente nas categorias existentes ficando numa área cinzenta entre a proteção do direito e o arbítrio do empregador.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pesquisadora do ProIC/UnB e membra do grupo de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq)

² Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pesquisadora do ProIC/UnB e membra do grupo de pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” (UnB/CNPq)

Nesse contexto se inserem as empresas da economia do compartilhamento, incluindo o Uber, objeto de estudo do presente artigo, que consistem numa rede de novos negócios que usam a internet para conectar consumidores com provedores de serviços para trocas no mundo físico, como viagens de carro.³

Um estudo realizado recentemente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) avaliou os impactos concorrenciais da entrada do Uber no Brasil nos anos de 2014 à 2016 e verificou, a partir da análise de amostra em 590 municípios, que o Uber gerou a redução de 56,8% do número de corridas de táxis nas cidades e a crescente evolução da popularidade da plataforma no Brasil durante esses anos.⁴ Dessa feita, é inegável a relevância que o Uber vem conquistando, sendo natural a percepção de que as empresas da economia do compartilhamento, as chamadas empresas-plataformas, figuram hoje como as mais poderosas no mercado.

O capitalismo é força constante e os modelos de produção evoluem, buscando diminuir os custos e aumentar a produção, sempre almejando o ponto máximo de lucro. As empresas-plataforma operam nesse sentido, sua grande inovação é a capacidade de conglomerar um conjunto cada vez mais amplo de bens e serviços especializados a um custo mais baixo, a partir do poder de controlar as transações via internet e conectar imediatamente consumistas e varejistas. Para tanto, não é necessário deter um grande patrimônio, propriedades, estoques, máquinas e instalações, tampouco possuir grande equipe de funcionários, possibilitando a criação de “empresas sem empregados”.⁵

Dessa forma, essas empresas se apresentam apenas como intermediadoras dessas relações comerciais, uma vez que não configuram o tradicional vínculo empregador-empregado, se esquivando assim de suas obrigações trabalhistas. No âmbito do Uber, os motoristas são considerados “microempresários”, e a empresa seria unicamente responsável por juntar o motorista ao serviço.⁶

Apesar de a empresa se auto definir como uma mera intermediadora, sabe-se que o Direito do Trabalho busca a realidade dos fatos, uma vez que é regido pelo princípio da realidade sobre a forma. Assim, é fundamental aferir com precisão como é desenvolvida a relação entre os motoristas e o Uber através da subordinação e da prestação de serviços.

Muito se discute se haveria vínculo de emprego ou não entre os motoristas e o Uber e a necessidade de existir uma regulamentação dessa atividade, ponto que não será explorado no artigo. Ocorre que antes mesmo de se chegar a essa discussão sobre a existência de relação empregatícia, é certo que os motoristas do aplicativo são antes de tudo trabalhadores, que oferecem sua força de trabalho para prestação de serviços de transporte de passageiros para garantir sua subsistência.

Assim, a empresa, enquanto inegavelmente contratante dos serviços dos motoristas, é responsável por garantir todos os direitos trabalhistas atrelados à prestação laboral. Optou-se neste artigo por destacar as normas que versam sobre o salário mínimo e a jornada de

³ SLEE, 2017

⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018.

⁵ SLEE, 2017

⁶ “É importante frisar que não é a Uber que contrata motoristas, mas sim os motoristas que contratam a Uber para utilizar o aplicativo para se conectar a clientes e prestar-lhe serviço de transporte individual e privado”, disse a empresa.” (REUTERS, 2018)

trabalho, por serem institutos de proteção constitucionalmente consolidados. Tais direitos asseguram a existência de condições de trabalho dignas, sendo capazes de frear uma tendência mundial de precarização e flexibilização do trabalho. São, portanto, direitos indisponíveis.

1. Salário mínimo

Os motoristas do Uber são pagos por corrida, recebendo remuneração variável, que é composta por um preço base por viagem, somado a um valor por tempo e distância do percurso, além de outros valores como pedágios, preço dinâmico e promoções⁷. Porém a empresa se abstém de controlar se a quantidade recebida pelas viagens do motorista alcança o salário mínimo e se o trabalho em horário noturno é remunerado adequadamente, deixando essas responsabilidades ao alvedrio da regulação do mercado pelo binômio oferta-procura.

Sabe-se que o motorista de Uber não tem horário de trabalho fixo, não sendo obrigado a fazer uma jornada completa mensal, mas é certo que deveria receber o salário mínimo horário, considerando as horas trabalhadas.

No caso do Uber, não há confirmação ou controle por parte da empresa de que esses trabalhadores recebam o salário mínimo legal depois de descontados os valores gastos com a atividade laboral (como gasolina, desgaste e manutenção do carro, internet para uso do *app*, água e balas para os passageiros).

Nesta senda, imperioso frisar a importância do instituto do salário mínimo para garantia da dignidade humana do trabalhador, de forma a estabelecer um patamar mínimo capaz de assegurar a subsistência do obreiro, considerando o custeio de todas as necessidades básicas como alimentação, moradia, vestimenta, sustento dos filhos, saneamento básico, lazer e outras.

Além disso, não há garantia de remuneração superior do trabalho noturno em face do trabalho diurno, ou do pagamento do salário mínimo horário utilizando a hora ficta noturna. Novamente essas questões ficam relegadas ao poder regulatório do mercado.

Também não é respeitado o adicional de horas extras de no mínimo 50% a mais, conforme o inciso XVI do art. 7º, pois não há controle para que o trabalhador dirija pelo máximo de 8 horas por dia ou 44 horas semanais, nem remuneração superior quando ultrapassa essa jornada diária ou semanal.

Constata-se ainda que a empresa se escusa de tal controle (do salário mínimo, hora noturna e hora extra) não por uma limitação tecnológica ou dificuldade em alistar tais variáveis, pois o aplicativo já registra o tempo de corrida, horário da viagem e o valor recebido, o único registro faltante seria dos gastos com a atividade, o que também poderia ser facilmente estimado e/ou registrado. É, portanto, completamente viável a garantia do direito ao salário mínimo.

2. Jornada de Trabalho

Assim como o salário mínimo, a jornada de trabalho também foi outro direito constitucional flexibilizado na esfera de atuação do Uber. A fixação da duração padrão da jornada de trabalho (8h diárias e 44h semanais no máximo) foi um instituto criado para

⁷ UBER, sem data.

assegurar a proteção do trabalhador, ao disponibilizar tempo para sua saúde, segurança e concretização de planos pessoais.

A suposta fluidez da jornada de trabalho do Uber é um dos principais argumentos sustentados para a não configuração do elemento da subordinação, uma vez que o motorista poderia dispor livremente de seu tempo para escolher ou não estar conectado no aplicativo e realizando os serviços de viagem. Não existiria, desse modo, uma estipulação de jornada máxima ou mínima, ou sequer os dias a serem laborados.

A ampla disponibilidade dos motoristas é um dos principais motivos do sucesso do Uber no mercado. Ao garantir um reduzido tempo de espera pelo consumidor e um preço baixo, assegura, conseqüentemente, sua fidelidade ao aplicativo. Para reagir com a concorrência das novas empresas de corrida de carros, o Uber realiza promoções e descontos frequentemente. Calcula-se que, em outubro de 2017, havia mais de 500 mil motoristas cadastrados no Brasil.⁸

Por esses motivos, com uma oferta crescente, a renda auferida pelos motoristas depende de sua disponibilidade para assim garantir o máximo de viagens possíveis. A prática da jornada excessiva é inclusive estimulada pela própria empresa. Ademais, além de não existir um controle da jornada de trabalho dos motoristas, igualmente não existe um controle para o usufruto dos intervalos intra e interjornadas.

Sob esse prisma, ao não definir limites para a atuação do motorista na plataforma, que basta a mera disposição para receber o chamado da viagem e assim garantir maior ganho, a empresa também não regulariza direitos de gozo de férias e de descanso semanal remunerado, também previstos no artigo 7º.

Outra questão a ser explorada é que o motorista deve realizar um mínimo de corridas por mês, caso contrário pode ser bloqueado e até desligado do aplicativo. Logo, é incoerente sustentar que o motorista tem plena disponibilidade de seu tempo, visto que tem um mínimo de corridas para realizar, além de não poder cancelar com frequência corridas, sob o risco de sofrer as mesmas penalizações.

Isto posto, ao verificar que o Uber consegue realizar essa modalidade de controle, poderia também, sem dificuldade, impor limites máximos para a jornada laboral, bem como assegurar o usufruto de intervalos de descanso. Como visto, trata-se não apenas de uma medida de controle da empresa sobre seus empregados, mas uma medida de saúde e segurança no trabalho.

3. Conclusão

A economia do compartilhamento encontrou novas formas de precarização das relações de trabalho, na tentativa de se esquivar até mesmo dos direitos trabalhistas mais consolidados. O Uber, da maneira que vem operando, se apoia no desrespeito às normas cujo objetivo é preservar a mínima dignidade humana no trabalho dentro do sistema de produção capitalista.

⁸ PROCHNO, 2018

Nesse ínterim, o país encontra-se diante da necessidade da atuação legislativa para criar um novo suporte normativo capaz de assegurar proteção aos trabalhadores do Uber e demais empresas de economia do compartilhamento ou aguardar pelo reconhecimento do vínculo empregatício pela via judicial.

Enquanto nenhuma dessas medidas é implementada, o destino desses trabalhadores fica ao alvedrio da empresa contratante que, se apresentando como mera intermediadora de mão de obra, se esquivava das obrigações trabalhistas. Nos raros casos em que o trabalhador encontra base para enfrentar uma batalha judicial, fica relegado à própria sorte no judiciário.

No entanto, mesmo em face das mudanças propostas pelas empresas-plataformas, que tentam reconduzir as relações de trabalho e a economia do século XXI, sabe-se que, no âmbito jurídico, não há como relativizar e flexibilizar os direitos fundamentais trabalhistas, sendo certo que a proteção da dignidade humana sequer depende de norma expressa para ser efetivada.

Nesse sentido, compreende-se a efetividade viva da Constituição, que se encontra em processo permanente e mutável de afirmação da cidadania⁹. O Texto Constitucional deve ser interpretado de forma aberta, absorvendo as novas formas de trabalho que estão por vir. Isto posto, o valor da dignidade do trabalhador não pode ser objeto de barganha, sendo certo que é indisponível em qualquer forma de prestação laboral, inclusive nas relações de trabalho do Uber.

Referências Bibliográficas

BABOIN, J.C. *Trabalhadores sob demanda: o caso Uber*. Brasília. Revista TST, vol. 83, n° 1, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil em 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.

CARVALHO NETTO, M. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?* Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em 29.11.2018

DELGADO, G. N. *O trabalho enquanto suporte de valor*. Belo Horizonte. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n° 49, 2006.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 16. ed. rev. e ampl., 2017.

⁹ CARVALHO NETTO, 2003.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

PROCHNO, P. *Fatos e dados sobre a Uber*. 2018 Disponível em <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>> Acesso em 27.11.2018.

REUTERS. *Uber vai recorrer de decisão da Justiça de SP sobre vínculo empregatício*. 2018. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,uber-vai-recorrer-de-decisao-da-justica-de-sp-sobre-vinculo-empregaticio,70002475692>> Acesso em 30 nov. 2018.

SLEE, T. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. São Paulo: Elefante, 2017.

UBER. *Como funciona o preço dinâmico*. 2017. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/blog/como-funciona-o-preco-dinamico-uber/>> Acesso em 30 nov. 2018.

UBER. *Entenda seus ganhos*. Sem data. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/ganhos/>> Acesso em 30 nov. 2018.

A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: IMPACTOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 611-B DA CLT SOBRE OS TRABALHADORES

THE LABOR REFORM AND THE PRINCIPLE OF NON-REGRESSION: IMPACTS OF SOLO PARAGRAPH OF ARTICLE 611-B OF CLT ON WORKERS

Gustavo Galassi Lima¹
Mariana Ozaki Marra da Costa²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar o parágrafo único do artigo 611-B, incluído pela Lei 13.467/2017 na CLT, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. Pretende-se discutir os retrocessos trazidos por este dispositivo legal, que tem o escopo de dissociar regras de duração do trabalho e de intervalos intrajornada de normas de saúde e segurança dos trabalhadores, de forma a promover a redução do patamar civilizatório trabalhista. Assim, demonstra-se a incompatibilidade da referida norma com a Constituição de 1988, pois fere direitos sociais adquiridos pelos trabalhadores e macula o princípio da proibição ao retrocesso social.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República; Direito do Trabalho; Jornada; Saúde; Segurança; Reforma Trabalhista; Retrocesso.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the solo paragraph of article 611-B of CLT, included by Brazilian labor reform, taking into account the principle of non-regression. This study seeks to discuss the setbacks brought by this legal prevision, which has the scope of dissociating working time rules and rest breaks at work from health and safety standards of workers, in order to promote the reduction of the civilizational level reached by them. Thus, it is demonstrated the incompatibility of the referred norm towards the Constitution of the Federative Republic of Brazil, once it violates social rights acquired by workers and undermines the principle of non-regression.

KEYWORDS: Constitution of the Republic; Labor Law; Working time; Health; Safety; Labor Reform; Regression.

1. Introdução

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919, pelo Tratado de Versalhes, acarretou o surgimento do Direito Internacional do Trabalho, o qual tem se fortificado a partir da intensa globalização e da crescente influência internacional nos conjuntos normativos nacionais³. No tocante à duração da jornada de trabalho, a Convenção de nº 1 da OIT, criada no ano de 1919, estabeleceu como parâmetro a jornada de oito horas diárias ou de quarenta e oito horas semanais.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiário na Defensoria Pública da União no DF.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Estagiária no escritório Caputo Bastos e Fruet.

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 65.

Nesse contexto, caso haja o conflito entre regras internacionais ratificadas pelo Brasil e regras heterônomas estatais internas já consolidadas, haverá a incidência de duas diretrizes orientadoras fundamentais: os princípios da vedação ao retrocesso e da norma mais favorável⁴.

No presente estudo, trataremos especificamente do princípio constitucional da vedação ao retrocesso e sua relação com o artigo 611-B, parágrafo único, da CLT, dispositivo acrescentado pela Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Para Maurício Godinho Delgado, esse princípio determina que “*regras internacionais de direitos humanos - inclusive trabalhistas - não de traduzir somente confirmações ou avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contraponto com as regras internas*”⁵.

A Constituição Federal de 1988, quando prevê expressamente os direitos sociais (arts. 6º a 11) e a obrigação do Estado brasileiro em assegurar sua concretização (arts. 193 a 232 - Título VIII Da Ordem Social), visa garantir que tais direitos jamais retrocedam no tempo, assegurando o avanço das garantias conquistadas pela sociedade no decorrer da história⁶.

Dessa forma, a alteração interpretativa da Constituição jamais pode propiciar retrocessos sociais e culturais, podendo apenas garantir avanços civilizatórios em prol do cidadão. O princípio da vedação do retrocesso é inerente aos Direitos Humanos no tocante às suas múltiplas dimensões⁷ e está vinculado, indissolúvelmente, à noção de progresso⁸.

Consoante será demonstrado neste artigo, apesar de o Direito de Trabalho ser regido pelo princípio constitucional da vedação ao retrocesso social, a Lei da Reforma Trabalhista, ao incluir na CLT o artigo 611-B, parágrafo único, mitigou tal mandamento e diminuiu expressamente o patamar civilizatório conquistado pelos obreiros, a duras penas, ao longo da história.

⁴ Ibid., p. 65.

⁵ Ibid., p. 65.

⁶ VALENTE, N. L.; FOGAÇA, V. H. B.; SILVA, S. C. *A Reforma Trabalhista Brasileira e Retrocessos Na Garantia de Direitos Fundamentais do Trabalhador*. Artigo disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primaface/article/view/38814>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

⁷ DELGADO, op. cit., p. 166.

⁸ REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 20.

2. O princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social visa a impedir que, seja por meio de criação legislativa ou interpretação de normas já existentes, haja retorno a patamar civilizatório inferior ao alcançado a partir da concretização de determinado direito social.

Destarte, o referido princípio ordena o caráter progressista do Direito do Trabalho, representando a expressa proibição de subtração de direitos e garantias já conquistados pelos cidadãos – seja por meio de movimentos sindicais, sociais, políticos, ou por qualquer outra via.

Marcelo Casseb Continentino, ao se debruçar sobre o tema, entende que o princípio da vedação ao retrocesso social pode ser considerado “*como um direito constitucional de resistência que se opõe à margem de conformação do legislador quanto à reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais*”.⁹

A análise de tal princípio em face do campo do Direito do Trabalho revela a importância prática fundamental da proibição ao retrocesso. Isso se justifica, pois a seara juslaboratorativa tem caráter marcadamente social e exprime o objetivo essencial de proteger a parte hipossuficiente da relação de trabalho – o obreiro, que historicamente não tem força suficiente para fazer valer seus interesses frente aos interesses do empregador.

O desequilíbrio de poder existente no referido ramo jurídico ensejou, destaque-se, a criação de uma Justiça especializada para o atendimento das demandas dos trabalhadores (a Justiça do Trabalho, porquanto o que está em foco, nesta seara, é o direito ao salário, à digna subsistência, à saúde, à alimentação – não só do trabalhador, como de toda sua família, que dele depende para não sucumbir).

Nesse sentido, considerando o evidente déficit de força do obreiro em face do empregador, que representa a livre iniciativa, a Constituição de 1988 elencou, em seu artigo 7º, um rol exemplificativo com trinta e quatro incisos de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Destaque-se a expressão contida no caput “*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, o que exclui de pronto qualquer pretensão taxativa de tal artigo constitucional.

Entende-se, então, que o art. 7º da Constituição, inserido no Capítulo II da CF/88 “Dos Direitos Sociais”, encontra total proteção pelo princípio da vedação ao retrocesso social, pois estabelece patamar civilizatório mínimo alcançado pelos trabalhadores. Assim, em tese, não poderia haver produção legislativa alguma que retirasse do trabalhador qualquer direito ou

⁹ CONTENTINO, M.C. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

garantia expressos nesse rol – ou quaisquer outras que ferissem as conquistas até então alcançadas.

O referido princípio, amplamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência, quando analisado em face da seara justralhista, encontra sua maior expressão junto ao art. 7º da Constituição, pois impede que qualquer direito social elencado seja retirado dos obreiros.

A despeito disso, surge a Lei nº 13.467/2017, a denominada Lei da Reforma Trabalhista, que inclui o artigo 611-B, parágrafo único, na CLT. Demonstra-se, a partir de agora, como tal disposição normativa fere o princípio da vedação ao retrocesso social, pois diminui expressamente o patamar civilizatório conquistado pelos obreiros e delineado no art. 7º da CF/88.

3. A Reforma Trabalhista e a inclusão do art. 611-B, parágrafo único, na CLT: afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social

A Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, insere-se em um movimento de supervalorização da livre iniciativa em face do valor social do trabalho, embora ambos constituam objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, IV, CF.

A precarização generalizada das condições de trabalho advindas da promulgação dessa lei é inquestionável. Todavia, o olhar deste artigo é mais específico: busca apontar os retrocessos acarretados pela inclusão do art. 611-B, parágrafo único, na CLT, *in verbis*:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos (...)
XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (...)
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.¹⁰ (Grifos aditados).

O art. 611-B, adicionado à CLT, elenca um rol de normas que não podem ser objeto de negociações coletivas, com intuito supressor, incluindo, no inciso XVII, normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Não obstante, em seu parágrafo único, determina que regras relativas à duração do trabalho e a intervalos não integram o gênero “*normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*”, o que gera variadas controvérsias.

¹⁰ 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 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. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

À luz do princípio da vedação ao retrocesso social, que proíbe redução de patamar civilizatório conquistado por meio da efetivação de direitos sociais, indaga-se: seria possível retirar regras sobre duração do trabalho e intervalos do gênero “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”? A resposta é cristalina e aponta veementemente para a negativa.

O parágrafo único do artigo 611-B da CLT denota clara tentativa do legislador ordinário federal de desvencilhar os temas duração do trabalho e saúde do empregado, o que representa inquestionável retrocesso social. A inconstitucionalidade, neste ponto, mostra-se evidente especialmente a partir da leitura do art. 7º, XXII, da CF/88, que prevê o direito fundamental dos trabalhadores a normas que garantam a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Outrossim, impende ressaltar que o art. 4º da Convenção nº 155 da OIT, a qual é ratificada pelo Brasil, determina a adoção de políticas com o intuito de promover a segurança e a saúde dos trabalhadores por meio de prevenção de acidentes e danos à saúde decorrentes do trabalho. Todavia, a inclusão ao art. 611-B, parágrafo único, à CLT representa tão somente a precarização, e não promoção, da saúde e segurança dos trabalhadores.

Não é novidade que o trabalho cuja jornada diária é superior a 8 horas aumenta consideravelmente os riscos de acidente no ambiente laboral, gerando danos à integridade física e mental do empregado. Portanto, verifica-se que a inclusão do art. 611-B, parágrafo único, macula a proibição ao retrocesso social, pois retira do trabalhador um direito conquistado: o da proteção de sua integridade física e mental por meio da jornada de trabalho controlada e necessariamente coadunada com regras de saúde e segurança laborais.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado: “*as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais (...)*”¹¹.

Nesse sentido, não pode haver conclusão que destoe da necessidade de declaração de inconstitucionalidade do art. 611-B, parágrafo único, da CLT. Isso porque tal dispositivo sepulta o princípio da vedação ao retrocesso social quando busca dissociar regras de duração do trabalho de normas relativas à segurança e à saúde do trabalhador.

O progresso é inerente à dinâmica social, sendo vedado que conquistas históricas sejam dizimadas por meio de ataques arbitrários como o referido. O ordenamento jurídico brasileiro e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário protegem o trabalhador e, agora, não

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2014, p. 901.

há se der diferente. A duração do trabalho tem ligação estrita com a saúde do obreiro e, portanto, é imprescindível reconhecer a incompatibilidade do parágrafo único do artigo 611-B com a Constituição de 1988.

4. A impossibilidade de dissociar regras sobre duração do trabalho e intervalos do gênero normas de saúde, higiene e segurança do trabalho

Consoante demonstrado no tópico anterior, embora o legislador tenha reproduzido parcialmente, no inciso XVII do artigo 611-B da CLT, que a supressão ou a redução de “*normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho*” constitui objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, seu parágrafo único nos induz a acreditar, erroneamente, que regras acerca da duração do trabalho e intervalos não seriam consideradas normas de saúde, higiene e segurança laboral.

Dessa forma, o parágrafo único do art. 611-B da CLT busca autorizar amplamente a negociação coletiva no que diz respeito a regras acerca da duração do trabalho e dos intervalos intrajornadas. Essa tentativa do legislador ordinário federal de desvincular os temas de duração do trabalho, saúde, higiene e segurança do empregado não encontra amparo da ordem jurídica nacional, pois as mencionadas matérias são indissociáveis constitucionalmente¹².

Sobre as consequências do tema e a incompatibilidade do referido dispositivo legal com a CF/88, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado expõem¹³:

Entretanto, na direção antitética ao padrão constitucional prevalecente e ao princípio da adequação setorial negociada, apresenta-se o parágrafo único do art. 611-B.

(...) A interpretação gramatical e literalista do novo preceito legal pode abrir seara de negligência com a saúde, o bem-estar e a segurança dos indivíduos inseridos no mundo do trabalho, além de comprometer as igualmente imprescindíveis dimensões familiar, comunitária e cívica que são inerentes a qualquer ser humano. Se não bastasse, essa censurável interpretação também comprometeria o combate ao desemprego, desestimulando a criação de novos postos laborativos pelas entidades empresariais.

A Constituição Federal, relativamente à proteção do ser humano e de sua saúde, afirma inequivocamente o princípio da inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º da CF), corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF) e do princípio da centralidade dessa pessoa na ordem jurídica e na vida socioeconômica (art. 1º, 11, ITI e IV; art. 3º, I, IIT e IV; art. 5º, caput, III e XXITI; art. 7º, XXII; art. 170, caput, III, VII e VIII; art. 193; art. 196; art. 200, caput e VIII, todos da CF).

¹² BRITO, Maurício Ferreira. *Há limites para a jornada de trabalho?*. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/ha-limites-para-a-jornada-de-trabalho-04072018#_ftn3>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 269 e 270.

Não há como, dessa maneira, a singela disposição jurídica ordinária (parágrafo único do art. 611-B da CLT) fazer tabula rasa de todo o estuário normativo constitucional arquitetado em respaldo à saúde da pessoa humana trabalhadora. (Sublinhas aditadas).

A própria Convenção nº 155 da OIT, já mencionada anteriormente, define, em seu artigo 3º, que o termo “saúde”, sob a perspectiva laboral, vai além da ausência de afecções ou de doenças, abrangendo também os elementos físicos e mentais, os quais afetam a saúde e estão diretamente ligados à segurança e à higiene no trabalho.

No tocante à possibilidade de aumento da jornada de trabalho, por meio de negociação coletiva, o legislador ordinário rompe com uma conquista internacional da classe trabalhadora, pois a Convenção de nº 1 da OIT, criada em 1919, estabeleceu como parâmetro a jornada de oito horas diárias ou de quarenta e oito horas semanais. Assim, aumenta-se a chance de ocorrerem acidentes de trabalho, além de restarem prejudicados o lazer, o convívio social e o aperfeiçoamento como pessoa do trabalhador.

Em nota lançada no dia 14 de maio de 2004, o então Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Vantuil Abdala acentuou que as estatísticas demonstravam que: “*o índice de acidentes de trabalho em sobrejornada é três vezes superior ao registrado em jornada normal em função do cansaço e do desgaste físico que levam à falta de atenção e à perda da ligeireza nos movimentos*”¹⁴.

Outrossim, sobre os intervalos de trabalho, a Súmula nº 437 do TST, II, dispõe que o intervalo intrajornada “*constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988)*”¹⁵, determinando a invalidade de cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho que contemple a supressão ou redução do intervalo intrajornada, inofensa à negociação coletiva.

Portanto, verifica-se que o aumento da jornada de trabalho e a supressão de intervalos intrajornada são capazes de prejudicar o convívio familiar, reduzir a produtividade do trabalhador e aumentar os riscos de acidentes laborais, entre outras consequências prejudiciais à saúde física e psíquica do trabalhador, em clara ofensa ao princípio da vedação do retrocesso social e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁴ Conteúdo disponível em: http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=242294&_15_version=1.0 Acesso em 07/11/2018.

¹⁵ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 427, II: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensa à negociação coletiva.” Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437. Acesso em 08/11/2018.

5. Conclusão

A partir das reflexões apresentadas, é possível concluir, primeiramente, que a inclusão do art. 611-B, parágrafo único, à CLT integra um movimento amplo de precarização das condições de trabalho. As modificações legislativas apresentadas são devastadoras sob a perspectiva da proteção social ao trabalhador e a dissociação entre regras de duração de jornada e intervalos de normas de saúde e segurança representa apenas um ângulo do retrocesso social anunciado.

Em segundo lugar, observa-se que o parágrafo único do art. 611-B da CLT esvazia o conteúdo do princípio da vedação ao retrocesso social ao retirar do trabalhador um direito conquistado como fruto de muita luta no passado¹⁶ – o de ter a jornada de trabalho limitada e estritamente associada à saúde e à segurança –. Nesse sentido, o mencionado retrocesso social dissocia-se de qualquer viés ideológico, pois é cientificamente demonstrado a partir do desrespeito ao princípio constitucional supracitado, à Constituição em si e às orientações fornecidas pela OIT.

Pode-se, ademais, de forma segura e incontestemente, afirmar que artigo 611-B, parágrafo único, é incompatível com a Constituição de 1988 por inúmeras razões, mas especificamente por contrariar o disposto no art. 7º, XXII, da CF/88, que prevê o direito fundamental dos trabalhadores a normas que garantam a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Portanto, apesar de ser inconcebível interpretar a Constituição a partir de lei ordinária, este foi o intuito do legislador da Reforma Trabalhista.

Logo, é inegável o severo retrocesso social da aludida inovação legislativa, na medida em que retira dos trabalhadores o direito de terem a duração do trabalho associada a normas de saúde e segurança. Não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, o qual se propõe a proteger o valor social do trabalho, que tal movimento seja levado a cabo, sob pena de dismantelar todo o sistema constitucional e justtrabalhista até então vigentes.

¹⁶ Sobre o assunto, ler: WOLLMUTH, Caroline; ROHDE, Morgana Aline; MACHADO, Viviane Rodrigues; NUNES, Clarissa Goulart. A Jornada de Trabalho e o Princípio da Proibição ao Retrocesso Social à luz da nova CLT. *Re(pensando) Direito*, Santo Ângelo/RS. v. 07. n. 14. jul./dez. 2017, p. 254-269.

6. Referências Bibliográficas

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 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. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 427, II: “É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em 08/11/2018.

BRITO, Maurício Ferreira. *Há limites para a jornada de trabalho?*. Artigo disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/ha-limites-para-a-jornada-de-trabalho-04072018#_ftn3>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

CONTENTINO, M.C. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

Conteúdo disponível em: <http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=242294&_15_version=1.0> Acesso em 07/11/2018.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2014, p. 901.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 65, 1075 e 10176.

MAURÍCIO GODINHO DELGADO; GABRIELA NEVES DELGADO. *A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 269 e 270.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 20.

VALENTE, N. L.; FOGAÇA, V. H. B.; SILVA, S. C. *A Reforma Trabalhista Brasileira e Retrocessos Na Garantia de Direitos Fundamentais do Trabalhador*. Artigo disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/38814>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

WOLLMUTH, Fabiana Caroline; RODHE, Morgana Aline; MACHADO, Viviane Rodrigues; NUNES, Clarisse Goulart. *A Jornada de Trabalho e o Princípio da Proibição ao Retrocesso Social à luz da Nova CLT*. Re(pensando) Direito, Santo Ângelo/RS. v. 07. n. 14. jul./dez. 2017, p. 254-269.

A POSSIBILIDADE NEGOCIAL SOBRE INSALUBRIDADE: A LEI 13.467/2017 E OS PRINCÍPIOS DA PROGRESSIVIDADE, DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

LA POSIBILIDAD NEGOCIAL ACERCA DE LA INSALUBRIDAD: LA LEY 13.467/2017 Y LOS PRINCIPIOS DE LA PROGRESIVIDAD, DE LA NORMA MÁS FAVORABLE Y DE LA VEDACIÓN AL RETROCESO

*Cecília Rosal Silva
Gabriela de Lima Chehab
Paula Machado Ribeiro
Sarah Dam Freitas¹*

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar, brevemente, a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) no sentido de possibilitar que o grau de insalubridade, bem como a prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre, possam ser negociados por meio de instrumentos coletivos trabalhistas, ao invés de serem determinados por avaliações e laudos técnicos de especialistas. O objetivo é demonstrar que o dispositivo em questão vai de encontro com a aplicação dos princípios da norma mais favorável, da vedação ao retrocesso e da progressividade e do desenvolvimento social, configurando evidente violação ao direito fundamental ao trabalho digno e ao direito fundamental à saúde ostentado pelo trabalhador.

PALAVRAS-CHAVES: Lei nº 13.467/2017; Grau de insalubridade; Norma mais favorável; Vedação ao retrocesso; Progressividade e desenvolvimento social.

RESUMO

El presente artículo se propone a analizar las alteraciones promovidas por la Ley nº 13.467/2017 (Ley de la Reforma Laboral) en el sentido de permitir que el grado de insalubridad, así como la prorrogação de la jornada del trabajo en ambiente insalubre, pueda ser negociado por los instrumentos colectivos laborales en contraposición a ser asegurado por evaluación y laudo técnico de los especialistas. El objetivo es señalar que el dispositivo en cuestión se contrapone con la aplicación a los principios de la norma más favorable, de la vedación al retroceso y de la progresividad y del desarrollo social, llevando a una evidente violación al derecho fundamental del trabajo digno y al derecho fundamental a la salud obtenida por el trabajador.

PALABRAS-CLAVES: Ley nº 13.467/2017; Grado de insalubridad; Principio de la norma más favorable; Principio de la vedación al retroceso; Principio de la progresividad y de lo desarrollo social.

I. Introdução

A história sempre se apresenta de forma cíclica e, no âmbito do Direito do Trabalho, não é diferente. O desenvolvimento do Direito do Trabalho, no Brasil, desde sua criação, tem sido marcado por momentos de abertura e ampliação de direitos e outros de intensa flexibilização².

¹ Estudantes do 7º semestre do curso de bacharelado em Direito da Universidade de Brasília (UnB).

² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 2017, 16º edição.

Contemporaneamente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um grande marco para os avanços democráticos na área trabalhista, pois “produziu um clarão renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do País, a visão *coletiva* dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderantes, oriunda do velho Direito Civil”³.

Em meados da década de 1990, com pouco tempo de avanço democrático do Direito do Trabalho, o Brasil sofreu uma onda de intensa flexibilização trabalhista com a consolidação dos ideais neoliberais pelo mundo. Em seguida, iniciou-se um período de ampliação de direitos trabalhistas. Em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, a qual ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, viabilizando, conseqüentemente, uma prestação jurisdicional mais célere e adequada aos trabalhadores antes não contemplados em sua competência, como os autônomos e os eventuais (art. 114, CF)⁴.

Esse processo de ampliação de direitos trabalhistas perdurou até aproximadamente 2015. Em 2017, houve o processo de aprovação e promulgação da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), a qual representa o mais recente processo de ruptura com o patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1998.

Diante do breve relato histórico exposto, o presente artigo pretende analisar, sob a ótica da Lei da Reforma Trabalhista, a viabilidade de se permitir a determinação da insalubridade no ambiente de trabalho por meio de instrumentos coletivos negociais, frente à existência dos princípios da progressividade e do desenvolvimento social (art. 19, III, da Constituição da OIT), da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, da CF) e da vedação ao retrocesso (art. 5º, § 2º, da CF). Isto é, ponderar até que ponto a flexibilização apresentada pela Lei nº 13.467/2017 pode ser aplicada sem ferir os princípios e os direitos afirmados no paradigma do Estado Democrático de Direito e pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

II. Princípio da progressividade e do desenvolvimento social no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

O Estado de Bem-Estar Social se estabeleceu com o término da 1ª Guerra Mundial, em 1917. Com o fim da Grande Guerra, como parte do Tratado de Versalhes, surgiu, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Seu objetivo era “erradicar a concorrência desleal entre os países, tendo em vista que se mostrava comum algumas nações não observarem padrões mínimos de proteção ao trabalhador [...], e a criação uma padronização

³ DELGADO, op. cit, p. 134.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

das normas de proteção mínima da classe trabalhadora”⁵.

Entre os diplomas normativos promovidos pela OIT, destacam-se suas recomendações e convenções. As recomendações, como o próprio nome sugere, são sugestões de normas a serem seguidas pelos Estados-membros, cabendo a eles decidir pela adoção ou não destas⁶. As convenções, por sua vez, são tratados multilaterais, também chamados de tratados-lei, “por meio dos quais as partes editam uma regra de direito objetivamente válida com intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta”⁷.

Dessa forma, uma vez que as convenções da OIT estão inseridas no ordenamento jurídico brasileiro como tratados-leis, encontram-se no mesmo nível hierárquico das leis federais. Assim, portam-se como normas infraconstitucionais, sendo que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos são recepcionados com *status* de supralegalidade⁸.

No que se refere às diversas convenções sobre direitos trabalhistas recepcionadas, cabe falar sobre um princípio crucial que rege a atuação da OIT, o princípio da progressividade e do desenvolvimento social. A progressividade

apresenta-se como uma característica dos direitos humanos fundamentais, incluídos os trabalhistas, que, segundo a ordem pública internacional, possuem uma vocação de desenvolvimento progressivo no sentido de uma maior extensão e proteção dos direitos sociais⁹.

As diretrizes desse princípio, dada a sua importância, podem ser encontradas em vários documentos, como na Constituição da OIT (art. 19, III)¹⁰ e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26)¹¹.

⁵ MARINHO, Karine; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. *O controle de convencionalidade no direito do trabalho brasileiro: da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Revista Derecho y Cambio Social, n. 52, ano XV, 2018, Lima (Peru), p. 4.

⁶ ABREU, Fernanda de Miranda S.C.; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Internalização das convenções da OIT no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 94. Ano 24. p. 349-373. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

⁷ ABREU; SILVEIRA, op. cit, p. 362.

⁸ ABREU; SILVEIRA, op. cit.

⁹ SPERB, Arthur Coelho. *O princípio da progressividade e a vedação do retrocesso social*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20776>>.

¹⁰ “A Conferência deverá, ao elaborar uma convenção ou uma recomendação de aplicação geral, levar em conta os países que se distinguem pelo clima, pelo desenvolvimento incompleto da organização industrial ou por outras circunstâncias especiais relativas à indústria, e deverá sugerir as modificações que correspondem, a seu ver, às condições particulares desses países”.

¹¹ “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Desse modo, é importante notar que os ideais da OIT se encontram em consonância com os princípios relacionados à ordem econômica presentes na Constituição Federal de 1988. Ao longo de todo o Texto Constitucional, estão presentes princípios que denotam à preservação das garantias e dos direitos fundamentais, como os princípios da valorização do trabalho humano (art. 6º, entre outros)¹² e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)¹³, muito caros ao Direito do Trabalho.

III. Princípios da norma mais favorável e da vedação ao retrocesso no âmbito da Constituição Federal de 1988

Após as primeiras consolidações trabalhistas no âmbito internacional e a criação e institucionalização da OIT, fez-se necessário que o Brasil buscasse a proteção dos direitos trabalhistas no âmbito interno. Assim, em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)¹⁴, cujo rol de direitos incluiu as mais diversas formas de proteção trabalhista.

Com a promulgação da Constituição de 1988, os direitos trabalhistas foram incluídos no art. 7º como direitos e garantias individuais sob a forma de cláusulas pétreas. Houve também uma preocupação do constituinte em incluir, de forma expressa no Texto Constitucional, princípios trabalhistas que regessem tanto a criação das futuras normas quanto a aplicação das normas já existentes nos casos concretos, o que se materializou no princípio da norma mais favorável e no princípio da vedação ao retrocesso.

O princípio da norma mais favorável é estabelecido pelo art. 7º, *caput*, quando o constituinte afirma que são instituídos como direitos trabalhistas os “que visem à melhoria de sua condição social”¹⁵. Tal princípio possui três funções no campo do Direito Trabalhista: informadora que, no momento pré-jurídico, serve para nortear os legisladores na elaboração das leis; a hierarquizante, que busca a maior proteção do trabalho; e a interpretativa, que visa garantir, para os casos concretos, a aplicação daquelas normas que mais beneficiem a proteção do trabalho¹⁶. Além disso, o princípio da norma mais favorável fez com que a hierarquia das

¹² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁴BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 2017, 16º edição.

normas trabalhistas adquirisse um caráter dinâmico, de forma que, por exemplo, instrumentos de negociação coletiva possam prevalecer sobre a lei¹⁷.

Ressalta-se, ainda, que a própria OIT, no art. 19, VIII, de sua Constituição, assegura aos trabalhadores as condições mais favoráveis, ao mesmo tempo em que veda o retrocesso dessas, ao afirmar que “deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”¹⁸.

Por sua vez, o princípio da vedação ao retrocesso impõe que o sistema normativo deve sempre buscar crescer e ampliar o rol de direitos e garantias individuais, evitando, assim, retrocessos nos avanços civilizatórios. Este está expresso no art. 5º, § 2º, e no art 7º da Constituição Federal¹⁹ e visa garantir o patamar civilizatório já instituído. Ressalta-se que esses princípios são garantidos também pelas Declarações Internacionais acerca dos Direitos Humanos como, por exemplo, o Protocolo de São Salvador em seu art. 1º e a Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos em seu art. 26.

Esse princípio pode ser conceituado como aquele que torna “insuscetíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, seja por meio de normas supervenientes, seja por intermédio de interpretação restritiva”²⁰. Por outro lado, Canotilho²¹ afirma que o “núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido”, de forma que seriam inconstitucionais quaisquer medidas estatais que acarretem a anulação, revogação ou aniquilação desses direitos. Logo, no âmbito trabalhista, os instrumentos de negociações coletivas estariam restritos à manutenção ou à ampliação do rol de direitos e garantias dos trabalhadores.

No entanto, com a promulgação da Lei da Reforma Trabalhista, esses dois princípios basilares se veem afetados por diversas modificações impostas que reduzem a valorização do

¹⁷ DELGADO, op. cit.

¹⁸ ONU. Constituição da Organização Internacional do Trabalho. São Francisco: 1945

¹⁹ Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

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

²⁰ REIS, Daniela Muradas. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; BENEVIDES, Sara Costa. (Org.). O que há de novo em Direito do Trabalho. 2a ed. São Paulo: Ltr, 2012, v. 1, p. 35.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998, p. 321. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

trabalho e o patamar civilizatório. Desta forma, Maurício Godinho e Gabriela Delgado²² afirmam que as modificações trazidas pela Lei n° 13.467, independentemente de quais sejam, devem ser interpretadas de acordo com essas duas diretrizes.

IV. A Lei n° 13.467 e as alterações desenvolvidas em relação à determinação do grau de insalubridade

Como visto, o Direito do Trabalho surge, historicamente, como um complexo de normas jurídicas que regulam a relação de trabalho empregatícia de forma a conter a superexploração da classe trabalhadora e, assim, poder-se alcançar melhores condições de trabalho²³.

É nesse sentido que muitos autores²⁴ inserem a Lei da Reforma Trabalhista no bojo dos instrumentos que, recentemente, vêm na contramão das funções históricas do Direito do Trabalho, materializadas na característica principal da matriz constitucional de 1988, qual seja, a concepção de Direito como um instrumento civilizatório²⁵. Isso porque a Lei n° 13.467/2017 traz várias alterações que não podem ser consideradas meras mudanças legislativas, vez que constituem, na verdade, “completa modificação dos paradigmas de regulamentação das relações de trabalho”²⁶.

Desse modo, uma das matérias afetadas pela Lei da Reforma Trabalhista é aquela que trata da proteção da saúde e da segurança do trabalhador no meio ambiente de trabalho. A própria Constituição tutela tal bem jurídico, em seus arts. 6^o²⁷; 196²⁸; 200, VIII²⁹; e 225³⁰. De

²² DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo : LTr, 2017.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 54.

²⁴ Cf. TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; ALMEIDA, Paula Freitas de; ANDRADE, Hélio Rodrigues de (Orgs.). Contribuição crítica à Reforma Trabalhista. Campinas/SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, 328 p, pp. 27 e ss. Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil?. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXVIII, n° 329, p. 9-15, nov/2016, p. 10. Cf. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, pp. 39 e ss.

²⁵ DELGADO; DELGADO, op. cit, p. 38.

²⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio. A reforma trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. *Revista no TRT da 15ª Região*, n° 51, p. 183-202, 2017, p. 185.

²⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

forma ainda mais direta, entre o rol de direitos constitucionais dos trabalhadores, está a previsão da “redução dos riscos inerentes ao trabalho vinculado aos trabalhadores urbanos e rurais por meio de normas de saúde, higiene e segurança”³¹. Apesar disso, indo em direção contrária e regressiva ao disposto na Constituição e em tratados internacionais de proteção trabalhista, a Lei n° 13.467/2017 inclui o art. 611-A³² na CLT, indicando aquilo que ficou conhecido como “a prevalência do negociado sobre o legislado”.

Tal artigo inclui quinze incisos com hipóteses exemplificativas, nas quais o instrumento coletivo negociado prepondera sobre o previsto em lei, destacando-se, entre elas, as previsões acerca de saúde e segurança do trabalho (SST). Dessa forma, ao “promover alargamento extremado e desproporcional dos poderes de negociação coletiva trabalhista”³³, a Lei da Reforma Trabalhista acaba por relativizar regras imperativas estatais e limites para a proteção do trabalhador, fazendo com que se possibilite a redução dos patamares mínimos e razoáveis antes garantidos³⁴.

Cabe destacar que, antes da Lei n° 13.467/2017, já havia, no ordenamento jurídico brasileiro, hipóteses em que o negociado prevalecia sobre o legislado. No entanto, essa possibilidade “sempre foi permitida no sentido de beneficiar o trabalhador, por meio da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou robustecendo o patamar mínimo nela estabelecido”³⁵.

Assim, a flexibilização de direitos trabalhistas mediante acordo ou convenção coletiva somente era admitida na forma *in pejus* em situações muito excepcionais, estabelecidas na própria Constituição³⁶. No entanto, não se enquadrariam, em tais hipóteses, a saúde e segurança laborais, as quais constituem direito subjetivo obreiro, insuscetíveis de negociação em qualquer processo negocial coletivo³⁷.

³⁰ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 7°, XXII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

³² CLT, Art. 611-A. BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018

³³ DELGADO; DELGADO, op. cit, p. 254.

³⁴ ALBUQUERQUE, Diego Nieto de; BARROSO, Fábio Túlio. Legislado x negociado: uma reflexão necessária no Direito Laboral. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 205-218, jul./dez. 2017, p. 4.

³⁵ ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas de. A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. *Revista Eletrônica do TRT da Bahia*, ano V, n° 9, p. 212-222, out/2017, p. 213.

³⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil?. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXVIII, n° 329, p. 9-15, nov./2016, p. 10.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 1.016.

Ocorre que, com a introdução do art. 611-A na CLT, abre-se o flanco para que a negociação coletiva prevaleça sobre a legislação, mesmo quando redutora de direitos já existentes e constitucionalmente protegidos, como no caso do enquadramento do grau de insalubridade e da prorrogação da jornada em ambientes insalubres, “sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho”³⁸.

Assim, considerando atividades insalubres aquelas que “exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”³⁹, a própria Constituição, no art. 7º XXIII⁴⁰, já havia estabelecido como direito dos trabalhadores o recebimento de adicional de insalubridade, “o qual visa retribuir o empregado pela labuta em ambiente nocivo à sua saúde”⁴¹.

Para tanto, a Norma Regulamentadora nº 15/1978⁴², editada pelo Ministério do Trabalho, fixou três graus de insalubridade. A insalubridade de determinada atividade pode ser considerada de grau máximo, dando ao trabalhador o direito ao recebimento de 40% de adicional; grau médio, de 20% de adicional; e grau mínimo, de 10% de adicional⁴³. Segundo essa mesma regulamentação, o adicional de insalubridade deve ser definido em perícia ambiental pela autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, baseando-se na comprovação de insalubridade por parte de laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado⁴⁴.

Com a nova regra flexibilizadora do art. 611-A, XII da CLT, no entanto, permite-se que este enquadramento do grau de insalubridade, o qual deriva de análise, à primeira vista, estritamente técnico-científica, seja definido em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

³⁸ CLT, Art. 611-A. BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

³⁹ CLT, Art. 189. BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁴⁰ CF, Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

⁴¹ MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. *Revista eletrônica do TRT da 6ª Região*, Recife, PE, v. 21, n. 38, p. 65-80, 2011, p. 67.

⁴² MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15*. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR-15.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁴³ Cabe destacar que, pela regra mencionada, o cálculo do adicional de insalubridade deve se dar com base no salário mínimo da região. No entanto, “ante a publicação da Súmula Vinculante no 4 do Supremo Tribunal Federal, em 2008, que entendeu estar vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo para vantagem de empregado, o TST alterou a redação de sua Súmula 228 para esclarecer que a base de cálculo passaria então a ser o salário básico.” *In.*: MELO, op. cit., p. 68.

⁴⁴ MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15*. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR-15.pdf>>.

O mesmo acontece em relação ao inciso XIII do art. 611-A da CLT. Exatamente por conta dos riscos à saúde do empregado, produzidos por esses tipos de atividade, é que a jornada diária para esses trabalhadores é menor. Entretanto, com a nova regra inserida pela Lei nº 13.467/2017, instrumentos coletivos negociados poderão pactuar a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, ainda que sem licença prévia da autoridade competente. Assim, explica Teixeira et al.⁴⁵:

o texto afirma que a negociação não pode reduzir ou suprimir direitos relacionados à segurança e saúde do trabalhador, mas admite que o enquadramento da insalubridade e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, decisões eminentemente técnicas, ocorram por meio de negociação coletiva. Assim, num passe de mágica, condições tecnicamente definidas como de grau máximo de insalubridade podem se tornar de grau mínimo [...].

Especificamente em relação à prorrogação da jornada em ambientes insalubres, ainda há o fato de que o art. 611-B, XVII⁴⁶, também introduzido pela Lei da Reforma Trabalhista, considera que constitui objeto ilícito de instrumento coletivo negociado a supressão ou a redução dos direitos previstos em normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. No entanto, de maneira aparentemente contraditória, insere em seu parágrafo único que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como tais.

Isso posto, mesmo sabendo que “toda a literatura técnica admite o vínculo estreito entre jornadas, descanso e infortúnios laborais”⁴⁷ e que o enquadramento de grau de insalubridade visa restituir o empregado em relação à exposição a agentes nocivos à sua saúde, a Lei da Reforma Trabalhista adotou medidas que buscam “desconstituir direta e/ou indiretamente o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas”⁴⁸.

Nesse sentido, essas alterações violam frontalmente o princípio constitucionalmente consagrado da norma mais favorável. Por um lado, no momento pré-jurídico, o legislador reformista não se atentou ao fato de que autorizar a prevalência do negociado em matéria de saúde e segurança do trabalho implica permitir que seja demarcada, nesses instrumentos, condição menos favorável ao sujeito trabalhador. Por outro, já no momento jurídico, as regras

⁴⁵ TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; ALMEIDA, Paula Freitas de; ANDRADE, Hélio Rodrigues de (Orgs.). Contribuição crítica à Reforma Trabalhista. Campinas/SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, 328 p, p. 89.

⁴⁶ CLT, Art. 611-B. BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁴⁷ TEIXEIRA, M. et al. op. cit, p. 90.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 42.

do art. 611-A, XII e XIII aniquilam qualquer possibilidade de, no caso de concorrência entre diplomas jurídicos, preponderar aquilo mais favorável, independentemente se previsto em lei ou em instrumento coletivo.

Da mesma forma, violam também o princípio da vedação ao retrocesso. Se tal princípio impõe que o Estado não pode retroceder em relação ao patamar de proteção já estabelecido, uma vez implementado o direito constitucional e fundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”⁴⁹, de certo, que ele não pode atentar contra o direito já passível de fruição, salvo quando admitir medida compensatória correspondente.⁵⁰

No entanto, ao prever essas hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado em matéria de insalubridade, juntamente com a regra de que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade”⁵¹, o que o legislador reformista faz é ratificar as possibilidades de retrocesso ao rebaixar o nível social de proteção já alcançado sem nenhuma espécie de contraprestação.

Para além disso, os direitos sociais, incluídos os direitos laborais, possuem a característica da progressividade, o que deveria ter indicado ao legislador da Reforma a impossibilidade de alterações em matéria de saúde e segurança laborais que não implicassem acréscimo à carga de fruição⁵². Se não só não podemos retroceder, como também não podemos ficar estagnados em termos trabalhistas, então, autorizar a pactuação de enquadramento de grau de insalubridade e de prorrogação de jornada em ambientes insalubres significa um duplo retrocesso no patamar civilizatório mínimo para os indivíduos trabalhadores, sujeitos a condições de proteção cada vez mais precárias.

Ademais, esse retrocesso revela-se ainda mais acentuado quando se leva em conta o fato de que a Lei da Reforma Trabalhista introduziu medidas também no sentido de enfraquecer e esvaziar os sindicatos⁵³. Esse enfraquecimento e esvaziamento, em um contexto

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art 7º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁵⁰ MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. *Revista eletrônica do TRT da 6ª Região*, Recife, PE, v. 21, n. 38, p. 65-80, 2011, p. 66.

⁵¹BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943, 611-A*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁵² MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. *Revista eletrônica do TRT da 6ª Região*, Recife, PE, v. 21, n. 38, p. 65-80, 2011, p. 66.

⁵³ Segundo TEIXEIRA et al. (*In.*: Contribuição crítica à Reforma Trabalhista. Campinas/SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, 328 pp. 93-94) “a reforma proposta afeta significativamente o sindicalismo e sua capacidade de ação coletiva”, pois, por um lado, não se propõe a alterar a estrutura sindical brasileira, marcada por uma unicidade que reduz a capacidade de ação coletiva e dificulta a construção da unidade política em torno

“de ausência de democracia no interior das empresas, de crescente desemprego e reestruturação na organização das atividades”⁵⁴ e sem que haja liberdade de negociação, garantia de emprego, comprometimento com a dignidade do sujeito obreiro e informação por parte do trabalhador⁵⁵, tende a desequilibrar ainda mais a já desnivelada relação de forças entre categorias profissional e econômica. A flexibilização imposta pela Lei da Reforma Trabalhista acaba por descaracterizar o próprio fundamento e o fim da negociação coletiva, que deixa de equilibrar o elevado poder da categoria econômica e caminha para se tornar mais um instrumento de redução de direitos.

Torna-se evidente, portanto, que, se a determinação da insalubridade não decorrer de um estudo técnico e se a prorrogação de jornada em ambientes insalubres não vier acompanhada da devida licença do Ministério do Trabalho, o negociado poderá estabelecer condições menos protetivas ao trabalhador.

Por fim, ressalta-se que a Lei da Reforma Trabalhista também introduziu, na CLT, o art. 8º, §3º⁵⁶, o qual prevê que “no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 do Código Civil] e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”. Ou seja, a Lei nº 13.467/2017 tenta impor à Justiça do Trabalho que, na avaliação da conformidade jurídica de instrumentos coletivos negociados, se restrinja a elementos meramente formais, segundo o princípio da intervenção mínima.

Por conseguinte, o que aqui se defende é que, havendo qualquer desvinculação contenciosa com o ordenamento jurídico, é dever da Justiça do Trabalho declarar a nulidade do instrumento coletivo. Assim, se qualquer acordo ou convenção coletiva de trabalho, ainda que formalmente válido, estabelecer enquadramento de grau de insalubridade em desconformidade com as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou prorrogação de jornada em ambiente insalubre em desacordo com o disposto no art. 60 da CLT, ele deverá ser declarado nulo de pleno direito. Isso porque haverá desrespeito aos princípios

da defesa e ampliação dos direitos trabalhistas; e, por outro, introduz medidas que enfraquecem e esvaziam os sindicatos, como “1) o aprofundamento da fragmentação das bases de representação sindical; 2) a prevalência do negociado sobre o legislado e a inversão da hierarquia dos instrumentos normativos; 3) a possibilidade da negociação individual de aspectos importantes da relação de trabalho; 4) a eliminação da ultratividade dos acordos e da cláusula mais favorável; 5) a representação dos trabalhadores no local de trabalho independentemente dos sindicatos; 6) a redução dos recursos financeiros aos sindicatos”.

⁵⁴ TEIXEIRA et al., op. cit., p. 96.

⁵⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil?. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXVIII, nº 329, p. 9-15, nov/2016.

⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943, art 8º*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018 (adaptado).

constitucionais da norma mais favorável e da vedação ao retrocesso, ao princípio internacional da progressividade e a inúmeros dispositivos previstos na Constituição e em tratados e convenções internacionais que protegem o direito à saúde do sujeito trabalhador.

V. Conclusão

Diante do exposto, tem-se que as alterações realizadas pela Lei da Reforma Trabalhista, no que se refere à sobreposição do acordado sobre o legislado no âmbito da determinação do grau de insalubridade e da prorrogação da jornada de trabalho em ambiente insalubre, foram prejudiciais à aplicação dos princípios da norma mais favorável e da vedação do retrocesso, ao avanço do direito fundamental ao trabalho digno e do direito fundamental à saúde do trabalhador.

Assim, perante tantas violações, urge-se que trabalhadores e entidades legitimadas submetam o tema ao devido controle de constitucionalidade. No âmbito do controle concentrado, evidencia-se terreno fértil para a proposição de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, no âmbito do controle difuso, há amplo acesso aos trabalhadores no plano da Justiça do Trabalho, apesar das restrições, impostas pela Lei da Reforma Trabalhista, de análise de conteúdo do acordado.

Deve-se mencionar também a possibilidade de realização de controle de convencionalidade, tendo em vista as convenções e tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, em defesa dos direitos humanos e trabalhistas. Nesse sentido, desde que esgotadas as instâncias internas, qualquer cidadão que sinta ter seus direitos violados poderá recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁷, à Corte Internacional de Justiça e, futuramente, ao Tribunal previsto no art. 37 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho⁵⁸ que, no entanto, não foi criado até o presente momento.

⁵⁷Art 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. ONU BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>.

⁵⁸ “O Conselho de Administração poderá, não obstante o disposto no parágrafo 1 do presente artigo, formular e submeter à aprovação da Conferência, regras destinadas a instituir um tribunal para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção. O Tribunal instituído, em virtude do presente parágrafo, regulará seus atos pelas decisões ou pareceres da Corte Internacional de Justiça. Qualquer sentença pronunciada pelo referido tribunal será comunicada aos Estados-Membros da Organização, cujas observações, a ela relativas, serão transmitidas à Conferência”. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>.

De toda maneira, por qualquer meio que seja, é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei da Reforma Trabalhista que atuem no sentido de minimizar o patamar civilizatório de direitos fundamentais trabalhistas estabelecido no plano de fundo compartilhado do paradigma do Estado Democrático de Direito e reforçado pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

VI. Referências Bibliográficas

ABREU, Fernanda de Miranda S.C.; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Internalização das convenções da OIT no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 94. Ano 24. p. 349-373. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

ALBUQUERQUE, Diego Nieto de; BARROSO, Fábio Túlio. Legislado x negociado: uma reflexão necessária no Direito Laboral. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 15, n. 22, p. 205-218, jul./dez. 2017.

ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas de. A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. *Revista Eletrônica do TRT da Bahia*, ano V, n° 9, p. 212-222, out/2017

BELTRAMELLI NETO, Silvio. A reforma trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. *Revista no TRT da 15ª Região*, n° 51, p. 183-202, 2017,

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei 5.452, de 1 de Maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. *Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998, p. 321. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

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

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo : LTr, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14ª ed. rev., ampl. e atual em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil?. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXVIII, nº 329, p. 9-15, nov/2016, p. 10.

MARINHO, Karine; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. *O controle de convencionalidade no direito do trabalho brasileiro: da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. Derecho y Cambio Social. 2018.

MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. *Revista eletrônica do TRT da 6ª Região*, Recife, PE, v. 21, n. 38, p. 65-80, 2011, p. 67.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Norma Regulamentadora 15*. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR-15.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

ONU BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>. Acesso em: 25 out. 2018.

REIS, Daniela Muradas. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; BENEVIDES, Sara Costa. (Org.). (Org.). *O que há de novo em Direito do Trabalho*. 2a ed. São Paulo: Ltr, 2012, v. 1, p. 25-42.

SPERB, Arthur Coelho. *O princípio da progressividade e a vedação do retrocesso social*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20776>>. Acesso em: 26 out. 2018.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; ALMEIDA, Paula Freitas de; ANDRADE, Hélio Rodrigues de (Orgs.). *Contribuição crítica à Reforma Trabalhista*. Campinas/SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, 328.

**CRÍTICAS AO ARTIGO 394-A DA CLT: REPERCUSSÕES SOCIAIS DO
TRABALHO INSALUBRE DA GESTANTE E DA LACTANTE**

**CRITICALS TO THE ARTICLE 394-A OF THE CLT: SOCIAL REPERCUSSIONS
OF UNHEALTHY LABOR OF PREGNANT AND BREASTFEEDING WOMEN**

*Gabriela Romeiro Tito de Moraes¹
Joelane Rodrigues Carvalho²
Patrícia Vieira Murada³
Paulo Ricardo da Silva Santana⁴*

RESUMO: Com a alteração introduzida pelo Projeto de Lei nº 6.787/2016 na CLT, passou a se permitir que trabalhadoras gestantes ou lactantes trabalhassem em condições de insalubridade, desde que autorizadas por seu médico de confiança. O presente artigo visa a realizar alguns breves apontamentos sobre a alteração do art. 349-A da CLT, dada pela reforma trabalhista sancionada em 2017, à luz da Constituição Federal de 1988. Para tanto, faz-se uma breve contextualização da reforma e parte-se para uma análise do seu impacto na proteção jurídica à saúde das gestantes, lactantes, nascituros e recém-nascidos.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; Trabalho insalubre; Direito das mulheres; Gestantes; Lactantes.

ABSTRACT: With the amendment introduced by Bill 6.787 / 2016 in CLT, pregnant and breastfeeding women were allowed to work under unhealthy conditions, as long as their trusted doctor provide them a medical certificate. The present article aims to make some brief notes on the amendment of art. 349-A of the CLT, given by the labor reform sanctioned in 2017 under the light of the Federal Constitution of 1988. To do so, it makes the contextualization of the reform sanctioned in 2017 in the Labor Laws and go for an analysis of its impact on the Health Protections Laws for pregnant and breastfeeding women, unborn and newborn.

KEY-WORDS: Labor reform. Unhealthy work. Women's rights. Pregnant women. Breastfeeding women.

¹ Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Advocata, Empresa Júnior de Direito da Universidade de Brasília. E-mail: gabriela.romeiro@advocatta.org.

² Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Estudante de Engenharia Civil do Instituto de Ensino Superior de Brasília - IESB. Membro da Advocata, Empresa Júnior de Direito da Universidade de Brasília. E-mail: joelane.carvalho@advocatta.org.

³ Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Membro da Advocata, Empresa Júnior de Direito da Universidade de Brasília. E-mail: patricia.murada@advocatta.org.

⁴ Estudante de Direito da Universidade de Brasília. Graduado em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Membro da Advocata, Empresa Júnior de Direito da Universidade de Brasília. E-mail: Paulo.Santana@advocatta.org.

1. INTRODUÇÃO

A criação da Justiça do Trabalho e a Consolidação das Leis do Trabalho entre a década de 1930 e 1940 representaram um importante passo para a regulação das relações individuais e coletivas do trabalho e, por conseguinte, para a efetivação de direitos sociais presentes na Carta Constitucional vigente, a de 1934.

Mais de meio século se passou e neste período as relações laborais sofreram acentuadas transformações decorrentes da dinâmica do mercado capitalista. Se por um lado os trabalhadores foram adquirindo a positivação de certos direitos em diplomas legais, por outro os próprios agentes de mercado se rearranjaram, seja para, a seu favor, contornar as prescrições legais, seja por que algumas normas já não mais abarcavam todos os elementos das relações, deixando, em determinadas situações, empregadores e trabalhadores sem segurança jurídica.

Diante disso, muitos setores passaram a considerar a CLT defasada e ultrapassada. Era preciso modernizá-la para que o Brasil se aproximasse do que se praticava de mais moderno no mundo no âmbito da legislação laboral. Essa ideia pode ser notada na exposição de motivos do PL que resultou na reforma de 2017, em que se menciona a experiência europeia no trato da representação laboral na empresa. Alguns apontam inspiração em reformas trabalhistas realizadas na Espanha em 2012.

Assim, nas últimas décadas ocorreram iniciativas de atualização da CLT. Apesar de que algumas foram adiante, como a norma reguladora do trabalho doméstico e a que trata da terceirização, ainda era preciso rever muitos outros pontos que a legislação vigente não era capaz de abarcar. Foi então através do Projeto de Lei nº 6.787/2016 que se impôs a maior reforma já realizada na CLT, trazendo alterações a mais de uma centena de artigos, regulando desde o teletrabalho às custas processuais e honorários advocatícios em ações na Justiça do Trabalho para beneficiários da justiça gratuita.

Por mais necessária que pudesse ser, uma reforma tal como a que foi imposta, demandaria, mesmo antes de sua propositura, um apropriado diálogo com a sociedade. Contudo, apesar de acaloradas discussões que puderam ser acompanhadas pelas mídias de comunicação, não se pode dizer que esse diálogo se vislumbrou durante seu trâmite. Como resultado, muitos das novas disposições trouxeram dúvidas e questionamentos, ficando reservado à doutrina e aos tribunais um debate mais aprofundado. Como prova, temos o fato de que já foram protocoladas mais de uma dezena de Ações Diretas de Inconstitucionalidade junto ao STF. A maioria delas referente ao fim da contribuição sindical obrigatória.

Inserem-se, nesses debates, as disposições do art. 394-A que versam sobre a atividade laboral em ambiente insalubre realizada pela gestante. Com a nova redação, grávidas ou lactantes, que antes não poderiam desempenhar atividades insalubres no trabalho, agora precisam apresentar um atestado emitido por um médico de sua confiança para que possa ser afastada do desempenho dessas atividades a depender do grau de insalubridade.

Se antes o Estado e empresas estavam na posição de proteção, quando ao tomarem ciência de uma gestação adotavam as providências para que a trabalhadora e o feto não corressem os riscos decorrentes de um ambiente insalubre, agora com essa nova disposição, fica a cargo da trabalhadora, que se entende nessas condições e que tenha acesso a um médico de sua confiança, buscar o atestado que garanta que as atividades realizadas não coloração em risco sua própria saúde. Importante ressaltar aqui que o texto dado pela reforma não incluiu o nascituro.

O que se verificou, portanto, foi que na esteira das terceirizações, o Estado realizou uma espécie de terceirização da proteção às trabalhadoras gestantes e lactantes para um profissional de saúde. Ante o exposto, o presente artigo pretende analisar o impacto causado pela reforma na proteção jurídica à saúde das trabalhadoras abordando especificamente os direitos fundamentais das lactantes, das trabalhadoras gestantes ou em período de amamentação, dos bebês e nascituros.

2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E O SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER

No Brasil, embora ainda perdurem as desigualdades de gênero, conseqüentes de um patriarcalismo manifestado por tempo longo nas relações familiares, a participação feminina no mercado de trabalho vem aumentando significativamente, sendo a mulher muitas vezes o principal suporte financeiro no orçamento doméstico. Entretanto, essa representação se relaciona negativamente com a variável número de filhos, uma vez que, para manter o exercício da profissão muitas mulheres são levadas a adiar ou deixar de lado a maternidade. Diante disso, para que seja possível compatibilizar a atuação profissional com a jornada de ser mãe, é inexorável que o governo e a sociedade civil estabeleçam mecanismos mantenedores da proteção à mulher, sobretudo à gestante e à lactante, por intermédio de um ambiente de trabalho saudável a fim de assegurar ao nascituro e à criança um desenvolvimento hígido.

Não obstante, é simplista considerar que a solução seja apenas incluir no ordenamento jurídico um dispositivo legal que vise a garantir esse direito, com o risco de que omissões, principalmente da parte legislativa, tenham como consequência a restrição do ingresso e permanência das mulheres em idade fértil no mercado de trabalho, corroborando para as desigualdades econômicas entre os sexos. Por esse motivo, a norma legal deve abraçar prescrições que viabilizem o exercício desse direito, de modo que é imprescindível que qualquer normatização do trabalho feminino esteja acompanhada de um processo de análise do caminho percorrido pelo direito do trabalho da mulher.

As primeiras manifestações de inserção das mulheres no mercado de trabalho estão estritamente relacionadas ao processo histórico de industrialização iniciado na Revolução Industrial. Foi com a instituição desse novo paradigma de produção, centrado na mecanização, que elas ganharam mais espaço dentro das fábricas. Com a otimização dos processos, “A mulher antes considerada mais fraca para o trabalho braçal, poderia contar com instrumentos que fariam a produção depender menos da força física”.⁵

No entanto, as condições às quais essas trabalhadoras deveriam se submeter eram humanamente escassas: a jornada de trabalho intensa, aliada a um ambiente sem o mínimo de guarnição, relativa à higiene e à saúde, representavam prejuízos inigualáveis para a saúde física e mental dos operários. As operárias estavam sujeitas ainda ao assédio sexual, à exploração e à violência dos empregadores e, durante o período gestativo, trabalhavam até a última semana de gestação, retornando, por vezes, logo após conceber a vida, frente ao constante medo de perderem seus empregos. Nesse ínterim, o Estado ao se manter inerte, contribuía para o agravamento das injustiças sociais. Sobre o tratado Amauri Mascaro do Nascimento disserta:

[...] o Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc.⁶

⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba*, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017. p. 354

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 930.

Foi com o Protocolo de Berlim, subscrito por ocasião da Conferência Internacional de Berlim de 1890, que a proteção da maternidade às trabalhadoras começou a tomar forma nas normatizações de trabalho feminino. Por meio dele era garantido à mulher um período de descanso pós-natal para possibilitar a recuperação das forças físicas e mentais despendidas durante a gravidez e, principalmente, no parto e também para permitir à mãe estar mais próxima de seu filho nos primeiros dias de vida.

Deflagrada a 1ª Guerra Mundial, as mulheres assumiram o mercado de trabalho agora com uma nova finalidade: a de substituir o espaço deixado pelos homens convocados para o *front* de batalha. O mesmo se fez na 2ª Guerra, de modo que indiretamente as duas guerras mundiais contribuíram para a emancipação feminina. Findo o período de revoluções, a idealização de um organismo internacional com a finalidade de fazer uma análise de regulamentação do trabalho foi consolidada nos caracteres da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Esta, por meio da Convenção n.3, assegurou às empregadas gestantes de estabelecimentos industriais os direitos de afastamento durante as seis semanas subsequentes ao parto e o recebimento de prestações monetárias no curso desse licenciamento. Sobre essa construção, Léa Elisa Silingowschi Calil adverte:

As normas de proteção à maternidade surgem obviamente assegurando situações que advêm da natural diferença existente entre homens e mulheres. Ou seja, a mulher gesta e dá luz a uma criança. Essa diferença antes de tudo é biológica. E proteger a mulher enquanto gestante e, depois, durante a amamentação é garantir o futuro da espécie, fim último de qualquer ser vivo.⁷

No Brasil, o primeiro diploma legal a tratar unicamente da tutela do labor feminino foi o Decreto 21.417-A, de 17/05/1932. O artigo 7º do referido decreto, por sua vez, vedava o trabalho da mulher grávida durante o período de quatro semanas, antes e depois do parto. Ele garantia à mulher trabalhadora também, durante esse período, um auxílio correspondente à metade dos seus salários. No tocante às lactantes, o normativo legal trazia inovação nas disposições uma vez que reservava um período durante o dia da mãe para exercer tal atividade, além de que em alguns casos específicos os empregadores deveriam providenciar local apropriado para que as crianças em período de amamentação fossem mantidas sob a assistência das mães. E, finalmente, por meio do decreto não era permitido aos empregadores despedir a mulher grávida justificado tão somente no fato de gravidez.

⁷ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000. p. 42.

Já no início da década de 40 do século passado, com a consolidação da CLT, as normas de proteção à maternidade impuseram ônus aos contratantes, porquanto, por meio deste normativo, cabia a eles pagar à empregada os salários integrais durante as licenças-maternidade. Tal modificação encareceu o custo da mão de obra feminina, e em consequência, gerou discriminação das mulheres no mercado de trabalho. Foi o Decreto 75.207 de 10/01/1975 que freou o descontrole dessa situação de discriminação, pois, por meio deste, o custo do salário-maternidade ficou a cargo da Previdência Social.

A atual Constituição, que traz como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, preconiza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. E, em observância ao último preceito, ao contrário do que prescreviam as Constituições anteriores, não proíbe o trabalho da mulher em ambientes insalubres. Para mais, o último diploma legal citado traz que é garantido à empregada durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: i) transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; ii) dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Com o fito de garantir saúde às futuras gerações, e haja vista que as condições laborais da mãe ainda na gestação contribuem sobremaneira para a consolidação do objetivo almejado, e sob a consciência de que o ambiente de trabalho pode prejudicar à saúde da mulher gestante, a Lei 13.287, de 11/05/2016, acrescentou à CLT o artigo 394-A, cujo texto determina o afastamento da empregada gestante ou lactante de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres.

Não obstante, a maternidade ainda se constitui alvo de discriminação para o acesso e a permanência da mulher no mercado de trabalho, mostrando-se, infelizmente, como obstáculo para a promoção da igualdade de gênero e de oportunidade de tratamento no ambiente de trabalho. No Brasil, embora venham se adotando medidas para garantir que o nobre direito de ser mãe não esteja atrelado de forma negativa à discriminação e não prosseguimento da atuação profissional feminina, os mecanismos implementados para tal fim mostram-se incompletos e incapazes de resolver tal problemática. É o que ocorre, por exemplo, com a Reforma Trabalhista de 2017, na qual se verifica um total desacordo com os objetivos reais do Direito do Trabalho, acentuadamente aqueles concernentes à proteção da gestante e do nascituro.

3. A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 394-A DA CLT E A CONSEQUENTE PRECARIZAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA À MATERNIDADE

A gravidez de uma mulher é transformadora em muitos aspectos: seu corpo se modifica por meio de sucessivos processos biológicos para acomodar e gerar uma nova vida, que vai repercutir, não só na família, como também na sociedade. Exatamente por isso a gravidez precisa ser tratada como uma questão social importante.

No âmbito familiar a futura mãe precisa de cuidados especiais, não apenas físicos, como também psicológicos. Por isso, um lar estruturado com apoio dos membros que integram a família é fundamental para que a jornada da gestação seja mais tranquila e para que haja um ambiente em que o bebê possa crescer e viver com dignidade.

Se, no seio familiar, estes cuidados são importantes, no ambiente de trabalho não pode ser diferente. A depender da atividade realizada, esses cuidados devem ser redobrados. Contudo, sabe-se que nas relações de trabalho o empregado por vezes se encontra em situações não favoráveis aos seus interesses e aos seus direitos. Portanto, o Estado, em sua função de resguardar direitos e assegurar condições dignas de trabalho, deve ser um dos agentes a assumir essa responsabilidade. Nesse viés, e mais especificamente nos direitos das trabalhadoras, a própria Constituição, em seu artigo 7º, inciso XX e XXII, trata da necessidade do Estado, por meio da edição de leis e normas, de proteger o trabalho da mulher e também de buscar a redução dos riscos inerentes ao trabalho que, por sua natureza, é penoso e insalubre.

Entretanto, com a inclusão do artigo 394-A na CLT, o Estado deixa de tutelar, em certas hipóteses, o direito das grávidas e lactantes a uma gravidez digna, bem como coloca em risco a saúde ou até a mesmo a vida do feto. É a trabalhadora, nos casos dos incisos II e III do artigo em questão, quem é posta na posição de responsável por provar que o ambiente de trabalho coloca sua saúde em risco e que, por isso, deve ser afastada mediante a apresentação de atestado de um “médico de confiança”. Este cenário afronta diretamente o compromisso assumido pelo Estado, nos mencionados incisos do artigo 7º da Constituição Federal, uma vez que é ignorada a situação de vulnerabilidade que as empregadas se encontram.⁸ Além disso, o nascituro teve seus direitos negligenciados, visto que o artigo alterado pela reforma do dispositivo não o menciona.

⁸ ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma Trabalhista - Comentários à Lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2018. p. 92.

Destaca-se ainda que, em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundante do ordenamento jurídico brasileiro, deve o Estado, não somente proteger o direito à vida, como também garantir que lhe que seja digna. Afinal, os riscos decorrentes de um ambiente insalubre podem trazer ao feto consequências para o resto de sua vida.⁹

O legislador parte ainda do pressuposto de que todas as mulheres possuem iguais condições de acesso à saúde. Contudo, o que se verifica, na realidade brasileira, é que o acesso a um médico em várias localidades do país é muitas vezes um privilégio. Convém lembrar que nem todo empregador fornece auxílio ou seguro de saúde. E ainda que ofereça, o acesso a um plano de saúde não elimina todas as barreiras sociais e econômicas capazes de influenciar no entendimento da gestante de que é importante para a sua condição que procure um profissional médico para lhe afastar das atividades de risco. E ainda que possuindo este entendimento, seja capaz de compreender exatamente em que situação deve ser afastada ou não. Sobre este último ponto, os incisos I e II se limitam a dizer que o afastamento ocorre nas situações em que o grau de risco é médio ou mínimo.

Essa classificação de insalubridade é feita pelo Ministério Público do Trabalho por meio da Norma Regulamentadora nº 15, em que há uma divisão por percentagem desses níveis de insalubridade. A classificação serve de referência para o pagamento de adicional de insalubridade, de modo que o percentual do valor a ser pago aumenta conforme o risco da atividade. No entanto, uma vez que envolve a vida e a saúde de brasileiras e de seus filhos, utilizar esse critério, que não observa as especificidades dos riscos que cada ofício apresenta, é negligenciar a vida e a saúde desse público, já que faltam estudos para se conhecer as implicações que cada tipo de trabalho insalubre pode causar às gestantes, às lactantes e aos nascituros. Nessa linha, Ricardo Córdova Diniz:

Logo, trabalho insalubre em grau médio ou mínimo, dependendo das condições de segurança que o empregador adota, pode implicar maior risco à saúde da gestante, do conceito ou da lactante do que o trabalho em atividade insalubre de grau máximo, ou seja, é temerário criar, por lei, procedimentos diferentes para trabalhadoras gestantes ou lactantes com base apenas no grau de insalubridade, pois não considera a efetiva relação de contato da trabalhadora com o agente insalubre, tampouco o risco específico que o agente oferece.¹⁰

⁹ DINIZ, Ricardo Córdova. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (Org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho*: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018. p. 148-151.

¹⁰ DINIZ, Ricardo Córdova. Ob. Cit. p. 153.

Ante o exposto neste tópico, é evidente a precarização à proteção da saúde da gestante e da lactante com a nova redação. Pois, somado ao fato de que os nascituros foram omitidos do texto, há a questão de que as mulheres podem não ter as mesmas condições de acesso ao que a lei determina como “médico de confiança”. Ademais, a classificação de insalubridade dada pelo Ministério do Trabalho não parece sensível à condição especial da gestante e da lactante. Seria preciso, por intermédio de um estudo multidisciplinar, uma forma de conhecer as consequências de cada atividade nas trabalhadoras gestantes e lactantes. Desse modo, resolver essa questão por meio de um regramento jurídico, que como já demonstrado não abarca todos os pontos a ela pertinentes e não possui embasamento científico suficiente, é infringir direitos e pôr em risco esse grupo vulnerável.

4. A ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO AFASTAMENTO DO TRABALHO INSALUBRE À TRABALHADORA E OS EFEITOS SOCIAIS DECORRENTES DA REQUISICÃO DE ATESTADO MÉDICO

Como supracitado, a reforma trabalhista, prevê, ademais, pela permissão do trabalho de gestantes ou de lactantes em local insalubre, o desrespeito à condição de mulher, diante da relativização de normas de saúde e de segurança a ela destinadas. Inclusive, a mitigação destes parâmetros protetivos compromete a garantia do labor como meio de melhoria das condições sociais e econômicas do empregado. A Lei, ao contrário, torna-se condescendente com a precarização das condições laborativas a que está sujeito o trabalhador e, de forma cruel, transfere para ele a responsabilidade da escolha de permanecer trabalhando voluntariamente sob circunstâncias nocivas à sua saúde, desconsideradas quaisquer vulnerabilidades resultantes da própria configuração da relação de emprego.

Neste sentido, a Lei é permissiva ao oportunizar a “venda” dos trabalhadores de sua saúde, ante, aliás, a viabilidade negociada de fixação, em acordo coletivo, do grau de insalubridade do ambiente laboral.¹¹ Além de que são evidentes os prejuízos amplificados à gestação e à lactação da trabalhadora, que têm agredidos, de outra forma, seus direitos fundamentais ao trabalho digno e à preservação de sua integralidade física e psíquica. Sujeito a circunstâncias de insalubridade mínima e média, no caso da gestante, e a qualquer tipo de risco laboral, incluída a insalubridade máxima, no caso da lactante, o condicionamento do

¹¹ JAHN, Ricardo; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. A Reforma Trabalhista no contexto da sociedade líquida de Zygmunt Bauman. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 191. ano 44. p. 203-232. São Paulo: Ed. RT, julho 2018. p. 226.

afastamento de trabalho a atestado médico atribui à trabalhadora o ônus de validar sua própria vulnerabilidade.

A propósito, nas palavras de Raimundo Simão de Melo:

Em primeiro lugar, questiona-se se os atestados médicos serão mesmo garantia de proteção para a mulher e o feto, porque o médico pode não ter o conhecimento específico necessário sobre segurança no trabalho e não ir examinar o local de trabalho. É certo que o profissional médico que emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal.¹²

Para uma mínima aferição da capacidade laborativa do atestado, deve o médico ao menos periciar o ambiente de trabalho e testemunhar as declarações de quem ali exerce alguma função laboral de mesma natureza. Sob esse ponto de vista, é inviável deixar a cargo da trabalhadora hipossuficiente a contratação de médico especializado que promova a aplicação desta prática legal. Sob outra perspectiva, afirma Melo:

Em segundo lugar, o trabalho de grávidas e lactantes em ambientes insalubres poderá afetar não apenas a trabalhadora, mas os recém-nascidos e mesmo os futuros seres humanos, promovendo-se com isso padrão predatório da força de trabalho já antes do nascimento dos futuros trabalhadores, quando começarão a ser atingidos por agentes contaminantes de adoecimento.¹³

Atentando-se contra o direito à vida e à saúde, bem assim contra o princípio da dignidade da pessoa humana, a nova Lei ignora que tais circunstâncias de sujeição a local de trabalho insalubre “encontra respaldo em fundamento científico”, já que se comprova, por perícias técnicas, o prejuízo à saúde de qualquer trabalhador, ainda mais lesivo à satisfação da necessária disposição física e psíquica da gestante e da lactante.¹⁴

O legislador, ao compactuar com o aprofundamento da fragilidade das relações de trabalho, optou pela descontinuidade do amparo protetivo anteriormente oferecido à gestante e à lactante. Na medida em que a alteração jurídica impede a aproximação de parte das trabalhadoras à salvaguarda de seus direitos fundamentais, até mesmo pelo dificultado acesso a um médico de confiança, é responsável, por sua vez, pela exclusão e pela retirada de garantias

¹² MELO, Raimundo Simão de. *Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>. Acesso em: 09 nov. 2018.

¹³ MELO, Raimundo Simão de. *Ob. Cit.*

¹⁴ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017. *Revista dos Tribunais*. vol. 985. ano 106. p. 43-71. São Paulo: Ed. RT, novembro 2017. p. 66.

constitucionalmente previstas. Inclusive, valendo-se do SUS, é possível que a trabalhadora custe a obter o atestado de afastamento, sujeitando-se ao trabalho em local altamente prejudicial à sua saúde e à de seu bebê durante vários dias ou meses.¹⁵

De outra forma, se a proposta modificativa da Lei era de assegurar a saúde da trabalhadora e a do nascituro, deveria ter sido criada norma objetiva no sentido de eliminação de riscos, já que, diante do atestado, pode o empregador, a seu critério, transferir a empregada para local de trabalho julgado salubre, ainda que tal apreciação seja de difícil análise. Na própria exposição de motivos do projeto, é assegurada a alteração como alternativa à perda do adicional de insalubridade pela trabalhadora; entretanto, não anuncia a Lei esta supressão caso não possa a gestante ou a lactante trabalhar em ambiente insalubre, mas apenas que, para o afastamento, deve prescindir da emissão de atestado médico.¹⁶

Mais, de acordo com os prestigiosos autores:

E todos disseram que o propósito não era prejudicar a empregada e o seu filho. Mas sabendo-se que a empregada que apresentar tal atestado poderá ser discriminada, a tendência é que as mulheres não os apresentem, o que não elide a ocorrência de danos concretos para o feto e para a gestante. Assim, considerada a dita finalidade da lei, esta somente poderá ser considerada atendida se a empregada apresentar atestado que comprove, cientificamente, que as condições reais do trabalho não resultarão prejuízo para si e para seu filho, valendo o mesmo raciocínio para a amamentação, na forma do § 2º do art. 396, da CLT.¹⁷

Por fim, tem-se que, apesar da defesa da tese de que, bastando a ausência de atestado para a pressuposição de saúde por parte da gestante, do nascituro, da lactante e do filho, a defesa do argumento de que a Lei afastaria quaisquer prejuízos à trabalhadora e, de forma contrária, garantiria a ela a preservação de seus direitos fundamentais não passa de mera presunção, sem qualquer fundamentação empírica.¹⁸

¹⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Obt Cit.* p. 66.

¹⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017. p. 63.

¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Ob. Cit.* p. 63.

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *Ob. Cit.* p. 63

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto acima, é evidente que a reforma trabalhista de 2017 trouxe consequências graves aos trabalhadores. A integrantes importantes desse grupo, gestantes e lactantes, não obstante a condição de vulnerabilidade à qual ficam submetidas, foi transferido o dever de proteção à sua saúde e do recém-nascido. Contudo, em um recorte socioeconômico, há a possibilidade de que muitas mulheres vulneráveis economicamente sejam estimuladas a trabalhar em condições insalubres para receber o adicional de insalubridade para complementar a renda familiar e cobrir os custos da maternidade. Igualmente grave foi o nascituro ter sido deixado de lado pela reforma trabalhista.

Assim, com a reforma trabalhista, influenciada por agentes econômicos, o Estado alijou-se da responsabilidade constitucional de proteção aos direitos trabalhistas arduamente conquistados pelas mulheres. Direitos esses acusados de concorrerem para o encarecimento das contratações, contribuindo para o aumento da taxa de desemprego. Essas acusações intensificaram o pensamento de que direitos e empregos são questões antagônicas. Além disso, deu força ao discurso de que a reforma era necessária e urgente, mesmo que isso implicasse excluir grande parte da sociedade do debate, inclusive as mulheres.

Deste modo, o ideário modernizador e atualizador de uma legislação conhecida por consolidar direitos sociais e que passou a ser tido como defasada e ultrapassada foi suplantado por um ideário dual, quase que maniqueísta, em que para resolver as questões problemáticas das relações de trabalho que foram surgindo nas últimas décadas, implicaria necessariamente em abrir mão de direitos há muito tempo já consolidados: era preciso gerar empregos a qualquer custo.

Se países europeus serviram de inspiração para a reforma empenhada nas leis trabalhistas brasileiras, ainda assim, parece difícil que o Brasil chegue ao mesmo patamar dessas nações a custos tão caros quanto aos que nos propusemos a pagar. Entre eles, o direito das mulheres à dignidade de trabalhar com segurança enquanto geram e alimentam o futuro da nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (Org.). *Reforma Trabalhista - Comentários à Lei 13.467/2017*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2018.

BRASIL, *Decreto 21.417-A*, de 17 de maio de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000.

DINIZ, Ricardo Córdova. In: LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (Org.). *Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo*. São Paulo: LTr, 2018.

JAHN, Ricardo; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. A Reforma Trabalhista no contexto da sociedade líquida de Zygmunt Bauman. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 191. ano 44. p. 203-232. São Paulo: Ed. RT, julho 2018.

MELO, Raimundo Simão de. *Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-jul-21/reflexoes-trabalhistas-reforma-erra-permitir-gravida-lactante-local-insalubre>. Acesso em: 09 nov. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017.

_____. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017. *Revista dos Tribunais*. vol. 985. ano 106. p. 43-71. São Paulo: Ed. RT, novembro 2017.

ENTRE INDISPONIBILIDADE E AUTONOMIA: A ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS PÓS REFORMA TRABALHISTA

BETWEEN UNAVAILABILITY AND AUTONOMY - ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR DISPUTES

Cláudio de Azevedo Barbosa¹

RESUMO

O propósito deste artigo é discutir, a partir do art. 507-A da CLT, instituído pela Reforma Trabalhista, se os dissídios individuais de trabalho podem ser submetidos à arbitragem. Discute-se o conceito de arbitragem e sua aplicação no Direito do Trabalho antes da promulgação da Reforma Trabalhista. Posteriormente, examinam-se os argumentos contrários a arbitragem no Direito Individual do Trabalho, apontando-se hipóteses em que sua adoção é permitida pelo ordenamento justralhista. Em conclusão, argumenta-se que a arbitragem em dissídios individuais deve ter um caráter restrito, só podendo ser admitida em hipóteses específicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Arbitragem; Dissídios individuais de trabalho; Contrato individual de trabalho; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss, based on art. 507-A/CLT, created by the Labor Reform Act, whether individual labor disputes can be subjected to arbitration. Firstly, it is discussed the concept of arbitration and its application in Labor Law before the Labor Reform Act. Then, the arguments against the use of arbitration in individual labor disputes is examined, appointing situations where this measure is allowed by the Labor Law System. In conclusion, it is argued that arbitration in individual labor disputes must be restrictive, but can be admitted in specific situations.

KEYWORDS: Labor Law; Arbitration; Individual labor disputes; Individual labor contracts; Labor Reform Act.

Introdução

A autonomia da vontade própria da utilização da arbitragem é realmente incompatível com a indisponibilidade e imperatividade que marcam as relações individuais de trabalho? Tendo em vista essa indagação, o propósito deste artigo é discutir, a partir do art. 507-A da CLT, instituído pela Reforma Trabalhista, se os dissídios individuais de trabalho podem ser

¹ Graduando em Direito na Universidade de Brasília – UnB. Participante do Programa de Iniciação Científica 2018/2019 – PIBIC-UnB sob o tema “Precarização do trabalho no século XXI - limites e possibilidades de regulação pela Justiça do Trabalho”. Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho Constituição e Cidadania” (UnB-CNPq).

submetidos ao tribunal arbitral e se empregador e empregado podem optar por esse meio de resolução de conflitos.

A arbitragem tem ganhado força no Brasil desde a promulgação da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996), uma das referências legislativas mundiais sobre o tema². A maioria da doutrina e jurisprudência juslaboralista, entretanto, tem se posicionado pela inaplicabilidade total desse instituto nas relações individuais de trabalho, tendo em vista: a) a vulnerabilidade do trabalhador individual, em razão da assimetria contratual entre empregador e empregado; e, b) o princípio da indisponibilidade dos direitos individuais trabalhistas.

Apesar disso, a Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) inseriu o art. 507-A na CLT, permitindo expressamente o pacto de cláusula compromissória nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração supere o dobro do teto do Regime Geral da Previdência Social. Essa mudança foi vista com desconfiança por boa parte da doutrina. Como pode a manifestação de vontade do trabalhador (ainda que melhor remunerado), que só possui sua força de trabalho, fazer frente às imposições do empregador?

Adequadamente interpretado, entretanto, o art. 507-A pode trazer contribuições positivas ao empregado. Isso porque em restritas hipóteses, que não se confundem com a simples remuneração mais elevada, o uso da arbitragem parece ser possível e adequado aos dissídios individuais.

Nessa perspectiva, Joaquim Muniz³ elenca algumas das vantagens do uso da arbitragem para o trabalhador, quais sejam: a) celeridade; b) flexibilidade procedimental; e, c) confidencialidade. Entre essas vantagens, salta aos olhos o benefício da celeridade, tendo em vista o caráter alimentar das verbas trabalhistas⁴. Enquanto o julgamento da fase de conhecimento de uma ação trabalhista demora em média oito meses no primeiro grau, cinco meses no Tribunal Regional, e um ano e dois meses no TST⁵, uma arbitragem de média complexidade, em regra, leva seis meses⁶. Além disso, a confidencialidade da arbitragem, em

² DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017.

³ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018. São por essas razões que a arbitragem encontra um campo fértil no comércio internacional, nos quais uma solução célere, especializada, flexível e confidencial é valorizada.

⁴ *Ibidem*.

⁵ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2018 (ano base 2017). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros> Acesso em 29.11.2018.

⁶ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018

determinados casos, pode ser essencial, como em dispensas por justa causa, e para proteger informações sensíveis, como a remuneração do empregado ou casos de episódios constrangedores de assédio⁷. É evidente que as partes podem pleitear o segredo de justiça perante a jurisdição estatal. Entretanto, trata-se de medida excepcional em razão do princípio da publicidade, o qual não incide obrigatoriamente em procedimentos arbitrais.

Evidentemente, defender a aplicação da arbitragem nas relações individuais de trabalho, mesmo que em hipóteses restritas, passa por enfrentar os argumentos do desequilíbrio negocial e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, bem como outras objeções doutrinárias sobre o tema. Para isso, o presente artigo se dividirá em duas partes. Na primeira, serão tratados alguns conceitos preliminares, traçando-se um panorama geral sobre a arbitragem e sua aplicação no Direito do Trabalho. Posteriormente, examina-se os argumentos acima expostos, apontando em quais hipóteses a arbitragem pode ser utilizada em dissídios individuais. Conclui-se com a síntese dessas hipóteses, e pela necessidade de mais estudos sobre o assunto.

Arbitragem – Conceitos Preliminares

a) Conceito e generalidades

Carlos Carmona⁸ define a arbitragem como o

meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

A doutrina arbitralista mais atual, entretanto, classifica esse instituto como um meio “adequado” de solução de controvérsias⁹, e não “alternativo”, tendo em vista que esse segundo vocábulo implicaria uma substituição do processo judicial¹⁰. Nessa perspectiva, também se inserem nos chamados meios adequados de resolução de conflitos a negociação, mediação e conciliação.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3 pg. 31.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Não é dúvidas de que essa nomenclatura se insere em um discurso de valorização e legitimação da arbitragem, classificando-a como um meio pelo menos tão adequado quanto o judiciário para a solução de litígios. Classificam-se também como meios adequados de solução de conflitos (MASCs, em português, e ADR ou ADRM – *Adequade Dispute Resolution Methods*, em inglês).

Consiste a arbitragem em um meio heterocompositivo de resolução de conflitos, pois há um agente exterior às partes que impõe uma decisão obrigatória¹¹. Não é sem razão, em linha também com a definição da arbitragem acima exposta, que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a sentença arbitral é título executivo judicial, devendo ser executada (art. 515, VII/CPC) por meio do rito do cumprimento de sentença, como se decisão judicial fosse. Aqui cumpre ressaltar que o tribunal arbitral, assim chamado o órgão instituído pelos litigantes, que pode ser individual ou colegiado¹², não possui competência para a efetivação direta de suas decisões¹³. Cabe ao Estado, em sua manifestação em Estado-Juiz, como detentor do monopólio do poder coercitivo, a execução das providencias tomadas pelo tribunal arbitral legalmente constituído.

Para instituir uma arbitragem é preciso valer-se de uma convenção arbitral, que consubstancia o negócio jurídico realizado pelas partes, conforme o art. 3º da Lei de Arbitragem Brasileira. Convenção arbitral é gênero do qual decorrem duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral – distinção que será fundamental mais adiante.

A cláusula compromissória consiste em disposição contratual por meio da qual as partes se comprometem a submeter os litígios relativos ao contrato em questão ao tribunal arbitral. Dispõe a Lei 9.307/1996 que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual ela se insere (art. 8º, parágrafo único/LA), de modo que a invalidade do contrato não implica necessariamente na invalidade da cláusula. Por meio da cláusula compromissória, as partes submetem à arbitragem litígios futuros decorrentes de uma relação jurídica, de modo que essa espécie de convenção arbitral precede o conflito de interesses¹⁴.

O compromisso arbitral, pelo contrário, submete um litígio já existente à arbitragem, de modo que aqui o conflito precede a convenção¹⁵. Já é relevante adiantar que muito embora a Reforma Trabalhista tenha positivado expressamente apenas a cláusula compromissória como

¹¹ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr. Maurício Delgado explica, entretanto, que há doutrina minoritária que afirme que a arbitragem é método autocompositivo, tendo em vista que as partes escolhem o árbitro que irá proferir a decisão. Neste trabalho, adota-se a perspectiva majoritária em razão de seu maior acerto, afinal, quem chega a decisão é um terceiro.

¹² A Lei de Arbitragem Brasileira (Lei 9.307/1996) só impõe que o órgão seja composto por um número ímpar de árbitros (art. 13, § 1º).

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3; DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁵ *Ibidem*.

meio de submissão de dissídios individuais ao tribunal arbitral (art. 507-A/CLT), o compromisso, por ser posterior ao litígio e ao fim, em regra, da relação de emprego, parece ser muito mais adequado ao direito individual do trabalho¹⁶.

b) Arbitragem e o princípio da inafastabilidade de jurisdição – Controle jurisdicional da arbitragem

A submissão de conflitos à órgão julgador privado viola o princípio da inafastabilidade de jurisdição? Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a Lei de Arbitragem é constitucional¹⁷, em razão da autonomia da vontade das partes em afastar a jurisdição estatal¹⁸. O argumento vencedor pode ser sintetizado na ideia de que, se as partes podem transacionar livremente sobre direitos disponíveis, porque não poderiam transacionar acerca da modalidade heterocompositiva de solução do conflito? Afinal, “direito de ação não quer dizer dever de ação judicial”¹⁹.

Destaca-se que nesse julgamento ficaram vencidos os votos no sentido da inconstitucionalidade apenas da cláusula compromissória, que se fundamentavam na impossibilidade de renunciar previamente à jurisdição estatal em litígios de caráter abstrato²⁰. Esse entendimento só ressalta a importância da distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral exposta acima, pois mesmo os opositores da cláusula entendiam pela constitucionalidade do compromisso.

Em reforço à constitucionalidade da Lei de Arbitragem como um todo, há o fato de que a sentença arbitral não é imune ao controle jurisdicional. Muito embora o Poder Judiciário não possa substituir a decisão de mérito do tribunal arbitral, a própria Lei 9.307/1996 estabelece uma série de causas de nulidade da decisão. Salienta-se que o direito a arguir a nulidade da sentença arbitral em ação autônoma, ao contrário de uma série de disposições da legislação arbitral, é direito irrenunciável, por consistir em matéria da mais absoluta ordem pública²¹. Como causas de nulidade da sentença arbitral podem-se citar: a) a nulidade da convenção de

¹⁶ DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017.

¹⁷ SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958

¹⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁹ SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958. Voto do Ministro Carlos Velloso.

²⁰ *Ibidem*

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3

arbitragem; b) o desrespeito ao contraditório, ampla defesa ou imparcialidade; c) a violação dos limites da convenção de arbitragem, entre outros. Assim, se há vício de consentimento no pacto da convenção de arbitragem, por exemplo, poderá o interessado ajuizar ação autônoma de nulidade no prazo de até 90 (noventa) dias da notificação da sentença arbitral (arts. 32 e 33, § 1º/LARB).

Consiste a arguição de nulidade em meio eficaz para combater fraudes e desrespeitos aos limites mínimos de ordem pública instituídos pela legislação arbitral, preservando a palavra final do poder judiciário quanto à validade da desse método heterocompositivo de solução de conflitos.

Estabelecidos os conceitos e premissas básicas do instituto em análise, passa-se, assim, ao exame da arbitragem aplicada ao Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho e a Arbitragem Antes da Reforma Trabalhista

Mesmo antes da promulgação da Lei da Reforma Trabalhista, a arbitragem já encontrava aplicação no Direito do Trabalho. A própria Constituição Federal, em sua redação original posteriormente mantida pela EC 45/2004, dispõe, em seu art. 114, § 2º, que recusando-se as partes à negociação coletiva ou à arbitragem é facultado o ajuizamento de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho. Trata-se de arbitragem facultativa – não há arbitragem obrigatória no ordenamento brasileiro²². Diferente do que ocorre com a arbitragem em conflitos individuais, o pensamento juslaboralista é pacífico em admitir a validade desse meio de resolução de conflitos no direito coletivo²³.

Para além da previsão constitucional, há previsão expressa do uso da arbitragem na Lei de Greve (Lei 7.783/1989) e na Lei de Participação dos Lucros (Lei 10.101/2000)²⁴, de modo que o procedimento arbitral não consiste em novidade no direito coletivo do trabalho. Em verdade, o próprio Estatuto do Ministério Público permite que os membros do Ministério Público do Trabalho atuem como árbitros (art. 83 XI) nos dissídios da competência da Justiça do Trabalho – não fazendo a norma distinção expressa entre dissídios coletivos e individuais.

A razão pela qual a arbitragem no direito coletivo de trabalho é tão mais aceita que no direito individual decorre do fato de que a presença do sujeito coletivo garante uma paridade de armas relativa entre empregador e empregados, de modo que só assim a manifestação de

²² *Ibidem*.

²³ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr.

²⁴ *Ibidem*.

vontade no sentido do afastamento da jurisdição estatal é livre e isenta de pressão indevida²⁵. De fato, a relação jurídica trabalhista é marcada por um desequilíbrio inerente entre seus sujeitos. De um lado há o trabalhador, que vende sua força de trabalho, sua energia, seu tempo de vida, enquanto do outro, há o empregador, detentor dos meios de produção²⁶. Não há dúvidas de que aquele que negocia uma “mercadoria” jungida a sua própria corporalidade, está em desvantagem em relação àquele que traz ao sinalagma unicamente recursos financeiros²⁷. E isso só se agrava em um contexto de escassez de emprego, pois somente vendendo sua força de trabalho é que o obreiro assegura a própria sobrevivência²⁸.

Por essa razão, aliado ao argumento da indisponibilidade absoluta dos direitos individuais de trabalho, a maior parte da jurisprudência trabalhista pré-reforma rejeita o uso da arbitragem nos dissídios individuais²⁹. Cabe aqui transcrever acórdão apontado por Delgado³⁰ como representativo do entendimento majoritário, de relatoria da Ministra Rosa Weber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. DESCABIMENTO (...) RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. DESCABIMENTO. **Essa Corte Superior tem se posicionado pela inaplicabilidade da convenção arbitral aos dissídios individuais trabalhistas, mormente na presente hipótese, em que conferida plena e geral quitação dos direitos decorrentes do contrato de trabalho, em contrariedade à Súmula 330/TST. Viola, nesse passo, o art. 5º, XXXV, da CF/88 decisão regional no sentido de que, "se as partes, de livre e espontânea vontade, decidem se submeter ao instituto da arbitragem, devem aceitar a solução ali encontrada, não podendo em seguida, recorrer ao Poder Judiciário, para discutir a mesma matéria".** Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 93900-53.2001.5.05.0611, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 02/09/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2009, grifos adicionados)

Por outro lado, é importante ressaltar a existência de julgados em sentido diametralmente oposto, também proferidos antes da existência de previsão legal expressa da arbitragem individual estabelecida pela Reforma Trabalhista. Por todos, observe-se julgado do Tribunal Superior do Trabalho proferido em 2017:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - COMPOSIÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS PELA VIA ARBITRAL - DANO MORAL COLETIVO Sendo a arbitragem legítimo meio de composição de controvérsias, não se pode presumir, in abstracto, que sua utilização ocasione lesão a interesse coletivo. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 115100-91.2009.5.02.0491, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 03/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/05/2017)

²⁵ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

²⁶ COUTINHO, Sayonara Grilo; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. Revista de Direito do Trabalho (São Paulo), v. nº 132, p. 184-205, 2008

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr.

³⁰ *Ibidem*.

É por isso que, Leila Dissenha, em tese de doutorado publicada em 2011, afirma que a jurisprudência trabalhista não possui um posicionamento pacífico acerca da aplicabilidade da arbitragem aos dissídios individuais de trabalho³¹.

Sintetizada a aplicação da arbitragem no Direito do Trabalho anterior à Reforma Trabalhista, pode-se passar ao exame da questão em face da nova legislação, que inseriu o art. 507-A na CLT, analisando-se os argumentos favoráveis e contrários ao uso da arbitragem nos dissídios individuais, alguns dos quais já foram apontados acima. Chega-se, assim, à segunda parte do artigo.

Os Dissídios Individuais de Trabalho e a Arbitragem Após a Reforma Trabalhista

A Lei 13.467/2017 estabeleceu a possibilidade do uso da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho nos seguintes termos:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Como condições para tanto, exigiu a legislação que: a) a remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social; e, b) que a iniciativa para a pactuação da cláusula compromissória seja do empregado, ou que haja sua concordância expressa³². Essa disposição legal afasta alguns dos argumentos desfavoráveis à arbitragem nos dissídios individuais, como o argumento da falta de previsão legal expressa, que já era duvidoso em razão do princípio da legalidade³³.

Ocorre que muito embora a Reforma Trabalhista tenha permitido o uso da arbitragem expressamente, o fez de maneira demasiada simplificada. Em primeiro lugar, mencionou apenas a cláusula compromissória, que é a espécie de convenção arbitral que menos se adequa às relações de trabalho³⁴. Em segundo lugar, deixou de normatizar adequadamente a matéria, tendo em vista que, dadas as peculiaridades da relação de trabalho, não pode a arbitragem laboral seguir as mesmas regras da arbitragem civil.

³¹ DISSENHA, Leila Andressa; VILLATORE, Marco Antônio César. Lei Laboral de Arbitragem. Curitiba, 2011. 188f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

³² SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

³³ DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017.

³⁴ *Ibidem*.

Além disso, o dispositivo coloca como condição para negociabilidade plena da arbitragem um requisito unicamente quantitativo da remuneração do obreiro, seguindo a criticada categoria dos trabalhadores hipersuficientes³⁵. Trata-se de inovação legislativa que despreza em absoluto a realidade social brasileira, sendo precisa a crítica de Maurício Delgado e Gabriela Delgado:

Na verdade, a nova regra legal, ladinamente, aplica ao empregado qualificado (do ponto de vista da educação formal) e com salário relativamente razoável no contexto comparativo da economia e sociedade brasileiras (um patamar salarial posicionado em torno do equivalente a 11 salários mínimos, considerada a data de publicação da Lei) o raciocínio que se aplica ao alto executivo de uma grande empresa capitalista, com ganhos anuais milionários e um poder diretivo gigantesco - este, sim, uma real projeção do próprio empregador, um verdadeiro órgão da empresa.³⁶

Passa-se, assim, ao exame dos argumentos contrários ao uso da arbitragem em dissídios individuais de trabalho. Entre eles, podem-se citar: a) a vulnerabilidade negocial do empregado; b) a indisponibilidade dos direitos trabalhistas; c) dificuldades de acesso à justiça, em razão do alto custo financeiro da arbitragem e parcialidade dos árbitros e instituições arbitrais; e, d) usurpação da competência da justiça do trabalho. Explorando esses argumentos, ficarão claras, também, as hipóteses nas quais eles são insuficientes para justificar uma vedação absoluta ao uso da arbitragem.

a) Argumento do desequilíbrio negocial entre empregador e empregado

Não há dúvidas de que a relação entre empregador e empregado é marcada por evidente desequilíbrio em desfavor do obreiro. Isso porque o trabalhador negocia uma mercadoria que se confunde com a sua corporalidade viva, e depende da demanda do empregador para a sobrevivência de si e sua família³⁷. Não há como haver equilíbrio quando o lado da oferta do trabalho não possui condições de esperar as oportunidades ideais para sua venda³⁸. É por isso que o conflito trabalhista apresenta características próprias, como explica Leila Dissenha:

O conflito trabalhista apresenta, via de regra, duas partes desiguais: uma detentora de uma estrutura onde concilia fatores de produção para a elaboração de um resultado final que se almeja positivo; outra, isolada ou como um elemento de sua categoria, integra um destes fatores manipulados pela outra parte para a realização de sua atividade. Separam-nas, não só fatores econômicos, como também fatores culturais e, quase sempre, o conflito trabalhista traz, em sua essência, uma reivindicação, cujas causas via de regra, são as constantes transformações sociais e econômicas que interferem no equilíbrio da relação trabalhista,

³⁵ Contrariamente ao art. 477, *locus* principal do trabalhador hipersuficiente, para fins do dispositivo em referência, sequer se faz necessário que o obreiro possua diploma de nível superior, o que só reforça a inadequação da regra positiva.

³⁶ DELGADO, M. G. ; DELGADO, Gabriela Neves . A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. v. 1. 381p .

³⁷ COUTINHO, Sayonara Grilo; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. Revista de Direito do Trabalho (São Paulo), v. nº 132, p. 184-205, 2008

³⁸ *Ibidem*.

gerando novas necessidades e interesses para as partes, exigindo adequação à nova realidade.³⁹

Não pode a arbitragem nos dissídios individuais, portanto, adotar as mesmas características dos conflitos cíveis, ou mesmo coletivos. Como garantir que houve “concordância expressa” do obreiro, como exige o art. 507-A da CLT na instituição da cláusula compromissória? Como afirma Allan, “(...) a dependência econômica, em qualquer relação, mitiga com clareza a manifestação de vontade”⁴⁰.

Qual trabalhador, mesmo que ganhe mais de onze mil e trezentos reais⁴¹, arriscará deixar de ser contratado em razão da aplicação de um meio de resolução de conflitos que ele pode sequer conhecer, para a solução de um litígio futuro e hipotético? Fica claro, assim, que a cláusula compromissória, a princípio, é incompatível com o direito individual de trabalho.

Existem hipóteses, entretanto, em que o desequilíbrio entre o empregador e o trabalhador se encontra significativamente mitigado. Isso ocorre com os altos empregados: executivos, diretores, gerentes, conselheiros – trabalhadores que possuem um grau de autonomia tão alto que seu contrato de trabalho pode ser suspenso, em razão da ausência do elemento fático-jurídico da subordinação (Súmula 269/TST). Antônio Álvares da Silva e George Silva defendem que, nesse tipo de relação de trabalho, o argumento da vulnerabilidade e do desequilíbrio negocial é mitigado, tendo em vista precisamente a autonomia e os privilégios destes trabalhadores no mundo do trabalho⁴². O mesmo ocorre na hipótese da previsão do uso da arbitragem em dissídios individuais por meio de acordo ou convenção coletiva. Presente o sujeito coletivo, o desequilíbrio entre as partes se reduz, de modo que nesse caso a legislação permite maior espaço de negociação – mesmo antes da promulgação da Reforma Trabalhista. Por isso, Antônio Pereira Júnior e Miguel Serra argumentam que se o instrumento coletivo permite a pactuação de cláusula compromissória, pode a arbitragem ser utilizada sem prejuízo a livre manifestação de vontade obreira⁴³. Registre-se também que Mauro

³⁹ DISSENHA, Leila Andressa; HASSON, Roland. Arbitragem Laboral: panorama nacional e experiência comparada. Curitiba, 2007. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

⁴⁰ ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. Revista Fórum justiça do trabalho, Belo Horizonte, v. 35, n. 409, p. 133-139, jan. 2018.

⁴¹ Aproximação de R\$ 11.291,60, valor que corresponde a duas vezes o teto do regime geral da previdência social e que consiste no montante remuneratório exigido pelo art. 507-A.

⁴² SILVA, Antônio Álvares da; SILVA, George Augusto Mendes e. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. Revista LTr : legislação do trabalho, v. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

⁴³ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

Schiavi identificou que parte da jurisprudência pré-reforma se posiciona no mesmo sentido aqui exposto⁴⁴

Pode-se afirmar, portanto, que o argumento do desequilíbrio negocial é relevantíssimo, e impede a validade do compromisso arbitral pactuado indiscriminadamente. Esse argumento, entretanto, não é suficiente para impedir a pactuação de convenção arbitral em todos os casos.

b) Argumento da indisponibilidade

Aliado ao argumento do desequilíbrio negocial, existe o argumento indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Com efeito, no ordenamento justrabalhista incide o princípio da indisponibilidade, que prescreve que os direitos trabalhistas não podem ser afastados pela simples vontade das partes contratantes⁴⁵. Isso decorre justamente do desequilíbrio entre empregador e empregado tratado acima – a manifestação de vontade inserida em um contexto de absoluta desigualdade entre as partes não pode ter o condão de reduzir os direitos da parte mais fraca⁴⁶. Assim, considerando que a própria Lei de Arbitragem institui como requisito de arbitrabilidade objetiva a disponibilidade dos direitos envolvidos, o argumento da indisponibilidade consiste na tese de que nenhum direito trabalhista seria arbitrável⁴⁷.

Parcela da doutrina, entretanto, observa que encerrada a relação de emprego, momento no qual surgem a maioria dos litígios individuais trabalhistas, a indisponibilidade é mitigada, tendo em vista a possibilidade de transação⁴⁸. Mesmo aqueles que defendem a continuidade da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, reconhecem a possibilidade de transação quanto aos direitos relacionados à indisponibilidade relativa⁴⁹. Muito embora a controvérsia acerca da essência dessa indisponibilidade seja extremamente relevante, para os propósitos deste artigo pode-se concluir que ambas essas perspectivas permitem a instituição da arbitragem em algumas hipóteses restritas.

Cabe aqui lembrar a distinção entre a cláusula compromissória e compromisso arbitral – embora ambas sejam espécies de convenção arbitral, o compromisso é firmado após a

⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

⁴⁵ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr.

⁴⁶ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

⁴⁷ ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. Revista Fórum justiça do trabalho, Belo Horizonte, v. 35, n. 409, p. 133-139, jan. 2018.

⁴⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

⁴⁹ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr.

existência do litígio, ou seja, após o fim da subordinação jurídica. Antônio Pereira Júnior e Miguel Serra explicam a situação com propriedade:

Findo o pacto laboral, o empregado não está mais sujeito ao poder diretivo do empregador nem aos seus possíveis abusos, tendo ampla liberdade para, por exemplo, procurar direta e imediatamente a Justiça do Trabalho por meio de seu sindicato ou por meio de um advogado particular.

Firmar ou não firmar o compromisso arbitral, neste momento é um ato deliberativo de um cidadão que, para todos os efeitos, muito embora discuta matéria tipicamente trabalhista, não o faz enquanto trabalhador, mas enquanto ex-funcionário, a partir de quando todos os seus direitos são resolvidos patrimonialmente em indenização, que compõem os corriqueiros acordos das audiências trabalhistas.⁵⁰

O mesmo pode ser dito em relação às exceções que já foram abordadas. Como falar em vedação total da arbitragem em relação aos altos empregados ou quando há previsão para arbitragem individual em instrumentos de negociação coletiva? Em ambos os casos a própria CLT pré-reforma é significativamente menos protetiva.

Complementarmente, afirma Sérgio Teixeira⁵¹ que:

Os direitos realmente indisponíveis, como os relativos aos direitos à integridade física e psíquica do empregado, efetivamente não podem ser submetidos a essas vias. Mas quanto aos direitos laborais de natureza patrimonial, especialmente (mas não apenas) quando existente a res dúbia no conflito com o empregador, é perfeitamente admissível qualquer uma das duas vias alternativas sugeridas pelo legislador de 2017.

Assim, conclui-se que a indisponibilidade é mais uma razão pela qual não pode a cláusula compromissória ser pactuada indiscriminadamente, com o único requisito de *quantum* remuneratório mínimo instituído pela reforma. Novamente, porém, esse argumento não conduz a conclusão de que nenhum dissídio individual pode ser solucionado pela arbitragem.

c) Custo da arbitragem e o acesso à justiça – Parcialidade das instituições arbitrais

Argumenta-se também que a arbitragem seria incompatível com o direito individual do trabalho em razão de seu alto custo, o que inviabilizaria o acesso à justiça pelo trabalhador⁵². Argumenta-se, ainda, que, em razão do poder econômico do empregador, os árbitros seriam predominantemente escolhidos por ele, sendo-lhe deferentes e parciais⁵³.

⁵⁰ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017, pg. 07.

⁵¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018. Pg.15.

⁵² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

⁵³ *Ibidem*.

Ambos esses argumentos se traduzem em objeções relevantes. Ao contrário dos demais argumentos aqui abordados, entretanto, essas questões consistem em problemas práticos e eventuais, que não podem impedir o uso da arbitragem *ex ante*, de maneira abstrata. Não se tratam, portanto, de objeções jurídico-dogmáticas, mas sim de desafios, que precisam ser enfrentados pelas partes de maneira concreta.

Com efeito, a arbitragem tem um custo muito maior que o Poder Judiciário. Entretanto, Joaquim Muniz afirma que, no que concerne à arbitragem laboral, é preciso pensar em procedimentos simplificados, reduzindo custos, utilizando-se por exemplo, apenas o árbitro singular⁵⁴. Presente qualquer tipo de indução a erro, coação ou estado de perigo, por parte do empregador, ou impossibilidade de acesso à justiça em razão da falta de recursos financeiros do empregado, também é possível buscar a tutela do Poder Judiciário⁵⁵. Pode-se pleitear, por exemplo, que o empregador arque com as custas do procedimento, ou, em casos extremos, a anulação da convenção arbitral por vício do negócio jurídico.

Em relação à eventual parcialidade de árbitros e câmaras arbitrais, ou mesmo na presença de arbitragens simuladas, pode o interessado novamente buscar a tutela da Justiça do Trabalho. Afinal, conforme já abordado, a validade da arbitragem está sempre exposta ao controle da jurisdição estatal, tendo em vista disposições expressas da Lei de Arbitragem e do princípio da inafastabilidade de jurisdição.

A aplicação de todo novo meio de resolução de conflitos enseja dificuldades práticas e preocupações. Não se pode, contudo, concluir pela inviabilidade abstrata da arbitragem em razão de problemas que podem ser superados pela simples aplicação ética do instituto e seu devido controle pelo Judiciário.

d) Usurpação da competência Justiça do Trabalho

Há quem afirme, por fim, que a instituição da arbitragem no direito individual do trabalho consiste em medida que busca o enfraquecimento e posterior derrocada da Justiça do Trabalho⁵⁶. Trata-se de argumento já enfrentado pelos arbitralistas quando da instituição da arbitragem no direito civil e empresarial.

⁵⁴ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. Revista Fórum justiça do trabalho, Belo Horizonte, v. 35, n. 409, p. 133-139, jan. 2018.

É evidente que a arbitragem não pretende substituir a Justiça do Trabalho, mas sim complementar essa essencial justiça especializada, como explica o Desembargador do Trabalho Sergio Teixeira⁵⁷:

O estímulo aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos individuais, dentro desse cenário, não representa uma ameaça ao Judiciário em geral e à Justiça do Trabalho em particular. Pelo contrário. As vias extrajudiciais devem ser compreendidas como “parceiras” do Judiciário.

Com o estímulo às vias alternativas como a mediação extrajudicial e a arbitragem, haverá uma natural redução do quantitativo de ações propostas e um aumento no tempo disponível para o magistrado se dedicar a cada causa.

É importante lembrar que a arbitragem no direito coletivo do trabalho não contribuiu com nenhum tipo de esvaziamento da Justiça do Trabalho. Assim, a Justiça do Trabalho sempre será necessária para litígios trabalhistas sejam individuais ou coletivos, não encontrando na arbitragem nenhuma ameaça à sua existência.

Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que muito embora o uso da arbitragem nos dissídios individuais de trabalho deva ser restrito, existem situações específicas nas quais não há óbice para a adoção desse meio de resolução de conflitos. Entre essas hipóteses, podem-se mencionar as seguintes: a) os contratos dos altos empregados, que verdadeiramente possuem maior autonomia; b) quando há previsão no instrumento negocial coletivo, tendo em vista a assistência do sujeito sindical ao trabalhador individual; e, c) na pactuação de compromisso arbitral após a formação do litígio e o fim da subordinação jurídica do empregado. Todas essas hipóteses podem ser permitidas a partir da interpretação do art. 507-A da CLT, respeitando-se, evidentemente, o limite mínimo de remuneração instituído pelo legislador como condição objetiva mínima para tanto.

Mesmo nessas hipóteses não pode o procedimento arbitral proceder nos mesmos moldes do Direito Civil. Não pode, por exemplo, o custo financeiro da arbitragem ser um óbice intransponível para o acesso à justiça por parte do obreiro, cabendo ao Poder Judiciário tutelar essas situações. Outro exemplo é a aparente incompatibilidade da arbitragem por equidade com o direito individual de trabalho. Em verdade, ainda são necessários mais estudos sobre o tema, com o intuito de melhor estabelecer as diferenças entre a arbitragem civil e a laboral.

⁵⁷ TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018. Pg.13.

É por essa razão que se pode afirmar que a regulação da matéria realizada pelo art. 507-A da CLT foi demasiada simplificada, já que esse dispositivo simplesmente remete o intérprete para a Lei Brasileira de Arbitragem. Melhor seria se o legislador estabelecesse um regramento próprio para a arbitragem laboral, atento às relevantes contribuições doutrinárias já realizadas⁵⁸.

Fato é que o art. 507-A faz parte da legislação trabalhista, cabendo aos intérpretes a missão de aplicar a interpretação que melhor se adequa ao ordenamento jurídico trabalhista e à Constituição Federal. Nessa perspectiva, conclui-se que nas hipóteses citadas neste artigo, não há óbice para que se institua a arbitragem, com reservas, assegurada a validade da convenção arbitral e o controle efetuado por meio da Justiça do Trabalho.

Referências Bibliográficas

ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipossuficiente. Revista Fórum justiça do trabalho, Belo Horizonte, v. 35, n. 409, p. 133-139, jan. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo um comentário à lei nº 9.307/96 - 3ª edição. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009. v. 3. 571p

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2018 (ano base 2017). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros> Acesso em 29.11.2018.

DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 2016. 15ª ed. São Paulo: LTr.

_____ ; DELGADO, Gabriela Neves . A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. v. 1. 381p .

DISSENHA, Leila Andressa. Arbitragem e conflitos trabalhistas: receios e expectativas pós reforma. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 169-179, jul./ago. 2017.

⁵⁸ Ver, nesse sentido, proposta de lei de arbitragem laboral realizada por Dissenha em tese de doutorado: DISSENHA, Leila Andressa; VILLATORE, Marco Antônio César. Lei Laboral de Arbitragem. Curitiba, 2011. 188f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

_____ ; HASSON, Roland. Arbitragem Laboral: panorama nacional e experiência comparada. Curitiba, 2007. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

_____ ; VILLATORE, Marco Antônio César. Lei Laboral de Arbitragem. Curitiba, 2011. 188f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Social) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem no direito do trabalho. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 179-187, jan./mar. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SERRA, Miguel Arcanjo. A (im)possibilidade da arbitragem nos dissídios individuais do direito do trabalho. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 106, n. 986, p. 127-145, dez. 2017.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958

SILVA, Antônio Álvares da; SILVA, George Augusto Mendes e. Arbitragem nos dissídios individuais de trabalho dos altos empregados. Revista LTr : legislação do trabalho, v. 81, n. 7, p. 775-779, jul. 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei 13.467 de 2017. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 44, n. 187, p. 51-89, mar. 2018.

**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN, RELATOR NESTE
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Processo: ADI 5826

O GRUPO DE PESQUISA TRABALHO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA, da Universidade de Brasília (UnB), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq, e sede na Faculdade de Direito da UnB, *Campus* Universitário Darcy Ribeiro, Brasília-DF, CEP 70919-970, neste ato representado pela Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado e demais membros-pesquisadores que este subscrevem, vem, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos artigos 138 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, postular sua **HABILITAÇÃO COMO AMICUS CURIAE**, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em epígrafe, buscando elucidar pontos relevantes e a preservação do interesse público, a fim de contribuir para o melhor julgamento da demanda, o que faz com amparo nos fundamentos de direito a seguir expostos.

I – Habilitação do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq) na Condição de Amicus Curiae

Consoante o art.7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 e a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é requisito para o ingresso de terceiros em ação judicial, na condição de *amicus curiae*, a demonstração da relevância da matéria e da representatividade do postulante.

A análise do quesito de relevância da matéria implica verificar, para além das repercussões jurídicas, econômicas, políticas e sociais da questão jurídica suscitada, a conveniência da participação do *amicus curiae* para o deslinde da causa, em vista da complexidade do tema e da controvérsia existente a seu respeito.

Na espécie, não há dúvidas quanto à **relevância da matéria**, decorrente da própria projeção social derivada da inserção da modalidade de contrato de trabalho intermitente na CLT, a partir da Lei 13.467/2017. No mesmo sentido se encaminha o Código de Processo Civil, em seu art. 138, ao enumerar a relevância da matéria como critério a ser considerado pelo Magistrado, ao solicitar, de ofício, a participação dos *amici curiae*.

O art. 138 do CPC, além de aludir à relevância da matéria, também faz referência à **representatividade** do requerente.

Em relação a esse elemento, o ilustre relator desta ADI, Exmo. Ministro Edson Fachin vem decidindo, reiteradamente, que “A representatividade do amigo da Corte está ligada menos ao seu âmbito espacial de atuação” (HC 143998, DJe de 20/8/2018; ACO 683/CE, DJe de 18/6/2018; RE 759244/SP, DJe de 11/6/2018; ADPF 403/SE, DJe de 1/8/2017, entre outros).

Ainda quanto ao aspecto da representatividade, cumpre verificar “o nexo de causalidade entre as finalidades institucionais da entidade postulante”¹ e o objeto da ação. Incumbe ao postulante demonstrar sua aptidão para fornecer subsídios para que os julgadores possam, de forma

¹ ADI 5017, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 19/05/2015.

segura, técnica e democrática, formar convicção acerca dos temas em discussão.

O **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)**, da Universidade de Brasília (UnB), tem sede na Faculdade de Direito da UnB, *Campus* Universitário Darcy Ribeiro, em Brasília-DF.

Trata-se de Grupo de Pesquisa institucionalmente reconhecido pela Universidade de Brasília, por meio de seu Decanato de Pesquisa e Pós-Graduação e de sua Faculdade de Direito, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq², desde o ano de 2010.

Na condição de Grupo de Pesquisa, o postulante mantém postura científica cuidadosa no sentido de articular todo o cabedal teórico desenvolvido em seus *locus* de debate, a partir do prisma constitucional. Ou seja, a temática do trabalho é pesquisada prioritariamente na perspectiva da plataforma constitucional de proteção ao trabalho humano. Essa é a razão, inclusive, que moveu o **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)** a postular sua participação na condição de *amicus curiae* nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Importa reforçar que o **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)** tem interesse estritamente **acadêmico e, portanto, imparcial**, na declaração de inconstitucionalidade de que aqui se trata. Não há, portanto, qualquer tipo de interesse individual ou particular quanto à resolução da questão em debate.

Registre-se que a atuação do Grupo de Pesquisa traduz a inserção acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília no âmbito social, como uma das múltiplas formas de a Universidade contribuir para a dinâmica social, nutrindo-a de conhecimento científico interdisciplinar, crítico e sofisticado.

Nesse sentido, a participação do **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)**, junto a esta Corte, refletirá um compromisso de ampliação dos debates jurídicos, mediante o

² <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919>

reconhecimento da importância e da neutralidade que um Grupo de Pesquisa institucionalizado expressa perante a comunidade acadêmica e a sociedade.

Importa destacar que o Grupo de Pesquisa, ora requerente, **foi habilitado e efetivamente atuou na qualidade de *amicus curiae* no Tribunal Superior do Trabalho**, nos autos do Incidente de Recursos Repetitivos que discutiu a possibilidade de dano moral diante da exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos a vaga de emprego³, em 2016. Foi o primeiro Grupo de Pesquisa da Universidade de Brasília a ser admitido na qualidade de *amicus curiae* no Tribunal Superior do Trabalho.

Além disso, foi expositor em Audiência Pública no Tribunal Superior do Trabalho sobre a homologação de acordos extrajudiciais na Justiça do Trabalho, em 2017. Também participou de Audiência Pública no Ministério Público do Trabalho sobre o tema da mediação, em 2016.

A dinâmica de atuação do **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)** evidencia a **pertinência temática** existente entre suas linhas de pesquisa (“Trabalho e Direitos Fundamentais” e “Trabalho e Estado Democrático de Direito”) e a matéria pendente de julgamento nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Recorde-se, ainda, que há precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a representatividade de **entidades congêneres** ao Grupo de Pesquisa para atuar junto ao STF como *amicus curiae*.

É o caso, por exemplo, do **“Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea”**, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, nos autos da ADI 5.543/DF.

³ PROCESSO Nº TST-RR-243000-58.2013.5.13.0023 C/J PROC. Nº TST-RR-184400-89.2013.5.13.0008)

O Min. Edson Fachin, ao admitir o ingresso do Núcleo de Pesquisa em referência na qualidade de *amicus curiae*, salientou, *in verbis*:

Deve, portanto, ser vista com celebração a potencialidade democrática trazida pelo novo CPC que permite a absorção, à luz do critério da adequada representatividade, de relevantes vozes da sociedade e Academia, que anteriormente não detinham a possibilidade de, à luz de sua vero e própria *raison d'être*, fazerem-se diretamente audíveis, para além de pontuais exemplos na jurisprudência anterior da Corte (RE 845779, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 17.09.2015; ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11.12.2013; ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 31.07.2008).

Destacam-se, no mesmo sentido, a admissão, como *amicus curiae*, da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – CLÍNICA UERJ DIREITOS, nas ADIs 4439 (Relator Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 15/08/2017) e 4650 (Relator Min. LUIZ FUX, DJe de 12/12/2013); e do Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais - GEDI-UFMG, na ADPF 132 (Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe de 01/08/2008).

Observa-se, assim, que, em função da relevância do caso e da representatividade do postulante, a sua admissão, nos termos da lei, na condição de *amicus curiae*, é medida consentânea com a Constituição Federal de 1988.

Pelas razões expostas, merece deferimento a pretensão do **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)** de ingressar formalmente na ADI em epígrafe, na qualidade de *amicus curiae*, porquanto atendidos integralmente os requisitos para sua admissão.

II - Reflexões acerca do trabalho intermitente

Reafirmando o compromisso do **Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq)** de contribuir para a dinâmica social, nutrindo-a de conhecimento científico técnico, crítico e interdisciplinar, passa-se à análise das projeções e impactos da modalidade de contrato intermitente para o mundo do trabalho.

Para tanto, com esteio na doutrina e jurisprudência nacional e internacional, serão demonstradas as nuances que preenchem a moldura trazida pela Lei nº 13.467/2017, adentrando-se, especificamente, na modalidade de contrato de trabalho intermitente, de forma a demonstrar a incompatibilidade da referida modalidade de contratação com o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo, com a Constituição Federal.

É o que se passa a tratar.

2.1. Considerações iniciais sobre as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017

O reconhecimento constitucional da **dignidade humana** como valor-fonte do Estado Democrático de Direito e como fundamento da República brasileira resulta em um sistema de valores que irradia força normativa por todo o ordenamento jurídico, deslocando seu eixo axiológico, até então centrado na propriedade privada, para a pessoa humana, em todas as suas esferas de realização. Assim, aos indivíduos, no desempenho das relações sociais, entre as quais se destacam as relações de trabalho, devem ser asseguradas condições de dignidade⁴.

A relevância da **dignidade humana** se manifesta de forma contundente na matriz constitucional brasileira de 1988, seja pela sua adoção como fundamento da República, conforme prescreve o **art. 1.º, III**, seja no compromisso estabelecido com a construção de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tenha por fim assegurar a todos uma **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, nos termos do **art. 170**, observados os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

Na Ordem Constitucional, adquire relevância o **valor social do trabalho e da livre iniciativa**, estabelecido no **art. 1.º, inciso IV**, como um

⁴ LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. Danos existenciais nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. *Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília*, 2018. Orientação: Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado. (No prelo).

dos fundamentos consagrados pela República Federativa do Brasil, o que implica em afirmar que “a Constituição fixa um conteúdo para o Direito, para a sociedade e para o próprio Estado em torno do valor trabalho”.⁵

Compondo o plexo de direitos que asseguram dignidade à pessoa humana, **a função social da propriedade** desponta como direito fundamental estabelecido no art. 5.º, XXIII da Constituição Federal, de maneira que a ordem econômica não deve pautar-se exclusivamente no lucro, devendo exaltar a pessoa humana em sua dignidade, proporcionando ao indivíduo um trabalho digno.

O **art. 7º da Constituição** elenca um rol de direitos trabalhistas e previdenciários que elevaram o Direito do Trabalho ao *status* constitucional, e alargam a proteção destinada aos trabalhadores, estabelecendo direitos mínimos “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Para Gabriela Neves Delgado, “a existência de um patamar mínimo de direitos trabalhistas é condição para a viabilidade do valor da dignidade no trabalho e para a afirmação social do sujeito que labora”. Segundo a autora, o trabalho digno apresenta-se “simultaneamente como direito fundamental universal (do trabalhador) e como uma obrigatoriedade ou dever fundamental universal (do tomador de serviços)”⁶.

O trabalho consiste em direito social previsto no **art. 6º** da Constituição, que deve ser interpretado de forma sistêmica com o **art. 1º, inciso III**, também da Constituição, em busca da necessária unidade constitucional. Logo, todo o cidadão tem direito a um trabalho digno ou decente, que seja instrumento de concretização de sua dignidade e cidadania⁷.

Por constituírem direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, referidos preceitos não são passíveis de modificação,

⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 80.

⁶ *Idem*. p.240-241.

⁷ VILLELA, Fábio Goulart. A Centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e o direito social ao trabalho digno. In: RAMOS, Benizete Medeiros. *O Mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas*. São Paulo: LTr, 2018, p. 97.

consistem em cláusulas pétreas, nos termos do **art. 60, § 4º, IV, da**

Constituição Federal.⁸

Assim, compreendidos os direitos trabalhistas como direitos individuais da pessoa humana do trabalhador, juntamente com os demais direitos sociais, seriam estes abarcados pela proteção constitucional contra quaisquer reformas, intentadas tanto pelo Poder Legislativo Reformador, quanto pelo Poder Legislativo Ordinário.

O reconhecimento do ordenamento jurídico infraconstitucional como parte integrante de um sistema que abrange o ordenamento jurídico internacional, vinculado a uma matriz constitucional progressista e democrática e delineado a partir de fundamentos estabelecidos no paradigma do Estado Democrático de Direito - que tem como centro a pessoa humana com sua dignidade - coloca em xeque as inovações propostas pela Lei 13.467/2017 - como o contrato de trabalho intermitente -, pois o rebaixamento da proteção assegurada aos trabalhadores que se ativam por meio dessa modalidade contratual esvazia o conceito de trabalho digno, além de violar diversos dispositivos constitucionais e normas internacionais de proteção ao trabalho.

Não obstante, o trabalho intermitente é anunciado, por aqueles que defendem sua existência regulamentada, como uma forma de promover a modernização da relação empregatícia. Sob o argumento de que a regulamentação desta forma de contratação geraria uma nova gama de postos de trabalho, promoveria o avanço econômico e social e reduziria o desemprego, a modalidade ganhou ressonância e abordagem na Lei n. 13.467/2017, a denominada Lei da Reforma Trabalhista.

Ao contrário dessas acepções, o que se percebe é que esse tipo de contratação apenas contribui para acentuar da situação de precariedade no trabalho, indo de encontro ao que determinam os princípios do Direito do Trabalho constitucionalizado.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 47.

O fomento de novos postos de trabalho, que constitui eixo argumentativo da regulamentação do trabalho intermitente, deve ocorrer à luz do Princípio da Proteção, que encontra guarida no **art. 7º, caput, da Constituição**.

A Constituição Federal, quando menciona a garantia do pleno emprego, como um dos princípios gerais da atividade econômica, no **art. 170, VIII**, não faz referência a qualquer emprego. O trabalho aí preconizado é o trabalho digno e protegido. Ou seja, a Constituição tem como suporte de valor o direito fundamental ao trabalho digno.

A regulamentação do trabalho intermitente representa uma forma de legitimar o que se denomina informalmente como “bico”, vínculo empregatício precário, no qual o empregador apenas se utiliza da mão de obra laboral quando lhe convém, sem qualquer responsabilidade social, cria o “empregado formal” que pode nada receber, camuflando a realidade do desemprego estrutural da sociedade, como explica Paulo Sérgio João:

Pela ausência de garantias ao trabalhador contratado, a lei permitirá o deslocamento de trabalhadores da estatística de desempregados para emprego intermitente, sem qualquer certeza de salário no mês porquanto condicionado à convocação pelo empregador. É o emprego sem compromisso de prover renda.⁹

Pelos fundamentos apresentados a seguir, o art. 443, *caput* e § 3.º, e o art. 452-A, e respectivos parágrafos, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017 devem ser declarados inconstitucionais ou, caso assim não se entenda, ao menos interpretados - no que diz respeito às suas lacunas - da maneira mais favorável ao empregado (princípio da norma mais favorável), estimulando a melhoria de sua condição social, conforme determina o **art. 7º, caput da Constituição**.

Assentadas essas premissas, passa-se a discorrer sobre a incompatibilidade da modalidade de contrato de trabalho intermitente, instituído pela Lei 13.467/2017, à Constituição Federal de 1988 e às suas

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 47.

premissas constitucionais de proteção e regulação ao direito fundamental ao trabalho digno.

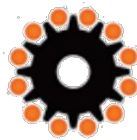
2.2. O contrato de trabalho intermitente e as violações aos direitos fundamentais constitucionalizados

O **princípio da alteridade**, disposto no art. 2º da CLT¹⁰, estabelece, de forma clara, que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade econômica, tendo em vista que ele é o responsável por admitir, assalariar e dirigir a prestação de serviços do empregado. O princípio da alteridade decorre, portanto, da própria relação de emprego, uma vez que cabe ao empregador o ônus de suportar os riscos e custos de sua atividade, pois é ele o beneficiário dos resultantes advindos da exploração do valor do trabalho alheio.

O princípio da alteridade, ao lado dos princípios da **dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, caput)**, da **valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, caput e VIII)**, da **justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, caput)** e da **subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III)**, já foram utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho como fundamento da ilegalidade da Jornada de Trabalho Móvel e Variável¹¹,

¹⁰ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho: HORAS EXTRAS. JORNADA MÓVEL E VARIADA. INVALIDADE. Esta Corte vem entendendo no sentido de considerar ilegal a estipulação contratual de jornada móvel e variável, em que o trabalhador, ao ser contratado, desconhece os horários em que prestará o serviço, cabendo ao empregador a definição prévia de acordo com a sua necessidade e conveniência (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 482- 28.2010.5.01.0071, Relator 33 Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/03/2017); RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. Conquanto a Constituição da República, por meio do art. 7º, XXVI, prestigie a pactuação coletiva, impõe-se que os instrumentos autônomos observem as normas de ordem pública que garantem direitos mínimos dos trabalhadores. 2. Na hipótese, observa-se que a jornada de trabalho “móvel e variável”, prevista nos instrumentos coletivos, importa, efetivamente, em transferência ao empregado dos riscos econômicos da atividade. Isso porque tal prática submete o trabalhador ao puro alvitre da empresa no tocante à jornada a ser efetivamente cumprida, conforme a variação de movimento dos estabelecimentos comerciais da reclamada, exigindo-se que o empregado fique à disposição empresarial por 44 horas semanais, mas podendo, por decisão exclusiva da empregadora, laborar e obter remuneração - por qualquer período entre o máximo e o mínimo de 8 (oito) horas por



em diversas ações que questionaram a legalidade da adoção dessa modalidade contratual, anteriormente à Reforma Trabalhista.

Em 2013, o Ministério Público do Trabalho firmou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, em Ação Civil Pública - ACP, em caso

semana. 3. Os preceitos protetivos do Direito do Trabalho não autorizam que o empregado se submeta, para mera salvaguarda do empregador contra as naturais oscilações de demanda produtiva, à incerteza da jornada de trabalho e da remuneração a ser percebida, em evidente prejuízo à sua vida particular e sua saúde financeira. 4. A prática em questão constitui evidente fraude à legislação trabalhista, atraindo a aplicação do art. 9º da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1293- 16.2012.5.04.0012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/12/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016); (...) JORNADA MÓVEL. JORNADA DE TRABALHO FLEXÍVEL. INVALIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 58, CAPUT, DA CLT. AFRONTA AO PRIMEIRO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA OIT (“O TRABALHO NÃO É UMA MERCADORIA”), ENUNCIADO PELA DECLARAÇÃO RELATIVA AOS FINS E OBJETIVOS DA OIT, DE 1944 (DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA - ANEXO). AFRONTA A QUATRO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CARDEAIS DE 1988: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DO EMPREGO; JUSTIÇA SOCIAL; SUBORDINAÇÃO DA PROPRIEDADE À SUA FUNÇÃO SOCIAL. DIFERENÇAS SALARIAIS PERTINENTES À JORNADA PADRÃO DE 08 HORAS AO DIA E DURAÇÃO DE 44 HORAS NA SEMANA. As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem um modelo normativo geral, que se aplica ao conjunto do mercado de trabalho, de 08 horas de trabalho diárias e 44 semanais (art. 7º, XIII, da CF), que não pode ser flexibilizado em prejuízo do empregado. No mesmo sentido, o art. 58, caput, da CLT: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”. Em face desses parâmetros, compreende-se que a adoção de um regime de duração do trabalho amplamente flexível (de 08 a 44 horas semanais), com evidente prejuízo ao trabalhador - principalmente porque afeta o direito à manutenção de um nível salarial mensal, implica ofensa a princípios inscritos na Constituição Federal de 1988 - dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170, caput), valorização do trabalho e emprego (arts. 1º, IV, e 170, caput e VIII), justiça social (art. 3º, I, II, III e IV, e 170, caput) e subordinação da propriedade à sua função social (art. 170, III). Relevante também enfatizar que a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia em 1944, ao declarar os fins e objetivos da OIT, bem como dos princípios que deveriam inspirar a política de seus Membros, inscreveu, como princípio fundamental, que “o trabalho não é uma mercadoria”. Sob o ponto de vista jurídico, a desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno. Entende-se que a dignidade no trabalho somente é concretizada pela proteção normativa e mais precisamente por meio da afirmação de direitos fundamentais trabalhistas. Nesse contexto, o Direito do Trabalho assume papel de destaque, pois a essência de sua direção normativa, desde a sua origem até a atualidade, é explicitada no sentido de “desmercantilizar, ao máximo, o trabalho nos marcos da sociedade capitalista”. Em face desses princípios previstos no cenário normativo internacional, além dos princípios e regras constitucionais explícitas em nosso ordenamento jurídico interno, bem como de normas legais, é inválida a cláusula contratual que estabelece a chamada “jornada móvel”. Isso porque ela retira, do empregado, a inserção na jornada clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo. Nesse sentido, compreende-se que a decisão recorrida não está em consonância com o arcabouço jurídico que rege a matéria. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto. (RR - 3990- 35.2011.5.02.0421, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 17/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em: 27/08/2018.

emblemático, no qual se questionava a constitucionalidade da adoção, por empresa multinacional do ramo de alimentação¹², de modalidade contratual similar ao contrato de trabalho intermitente, com fundamento na incompatibilidade de tal conduta com o art. 2º da CLT, por ferir o princípio da alteridade, e com a Constituição Federal, por afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, da justiça social e da subordinação da propriedade à sua função social.

A matriz constitucional de 1988, que sustentou a ACP no “caso *McDonald*”, continua sendo o paradigma que deve nortear a interpretação da Lei 13.467/2017, razão pela qual permanecem válidos os argumentos contrários à admissão dessa modalidade contratual ao ordenamento jurídico pátrio, sobre os quais se passa a discorrer.

A redução de direitos visando exclusivamente ao aumento da lucratividade empresarial e à diminuição dos riscos do negócio – resultado esperado pelo contrato de trabalho intermitente - vai de encontro ao modelo de sociedade preconizada pela Constituição brasileira e afasta-se da ideia de **função social da propriedade**.

Ao sujeitar o trabalhador em contrato intermitente às oscilações da atividade empresarial sazonal e às flutuações de mercado, acionando-o na medida em que houver demanda de trabalho, a empresa se afasta indubitavelmente da sua função social, pautando-se unicamente pelos interesses empresariais¹³.

¹² Trata-se do chamado “Caso *McDonald*” objeto de Ação Civil Pública (ACP) que tramitou no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em Pernambuco, culminando com a assinatura de um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), entre o MPT e a Empresa, a qual que se comprometeu em abster de contratações de trabalhadores nessa modalidade. In: *MPT notícias*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/380af44a-f25f-4fb9-bf1e-1a5c0818b2d0/!ut/p/z0/jYzJDoIwFEV_BRcsm_eKoLhEYggSou6wG_MYilUoU-Pw9-IPGJfn5twDAjIQmh6qJqM6Tc3MZ7G68AjdeHvAJEqOawxOPN3FEXdCXMMexG9hLjhjGqY1iJ7MISktO8iWPPj0XWLS8SRzZb5hueQV4-QV6HM_d0r8XtVtGEQAoui0qV4GsrY3Nk7UkFVWlmr7sdIT2TjPlu6MKhRNNv5V7-8ifz-DxQfoIVFG/> Acesso em: 27/08/ 2018.

¹³ LEMOS, Maria Cecilia de Almeida Monteiro. O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. *Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília*, 2018. Orientação: Profa. Dra. Gabriela Neves Delgado. (No prelo).

A adoção do trabalho intermitente, como expressamente previsto na CLT, com a redação da Lei nº 13.467/2017, transfere integralmente os riscos da atividade empresarial ao empregado, constituindo “(...) um contrato sem garantias e sem obrigações”.¹⁴

O trabalho intermitente, previsto no art. 443, *caput* e §3º, e art. 452-A, *caput* e parágrafos, da CLT, acaba por criar uma situação de **inversão do princípio da alteridade**, na medida em que permite que o empregador transfira a sua responsabilidade pelos riscos e custos do negócio ao empregado, além de subverter os fundamentos constitucionais da ordem econômica.

Tal modalidade de contratação promove uma relação de trabalho rarefeita¹⁵, contrapondo-se ao regime de emprego institucionalmente protegido, segundo prevê a Constituição da República, além de flexibilizar matriz principiológica do Direito do Trabalho, assentada no Princípio da Proteção.

Além do compartilhamento indevido do risco do negócio, com a consequente vulneração da função social da propriedade, as **garantias constitucionais de pagamento de salário mínimo e limitação de jornada também são também violadas**.

Entre as diversas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017, as que envolvem o direito fundamental à limitação de jornada e à garantia de salário, provem verdadeira ruptura dos conceitos desses institutos, internalizados pela doutrina e pela jurisprudência, e subvertem dois elementos estruturantes do Direito do Trabalho – o valor social do trabalho e o tempo de trabalho.¹⁶

¹⁴ JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e Trabalho intermitente: quebra de paradigma. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. Ano nº 346 XXIX abril 2018, p. 41-43

¹⁵ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014, p. 7.

¹⁶ Lemos, *op. cit.*

A Lei 13.467/2017 instiga a “manifesta exacerbação da duração do trabalho em todo o mercado laborativo”, além de descaracterizar a “natureza salarial de parcelas pagas ao empregado”.¹⁷

Inicialmente, a falta de previsibilidade de remuneração no contrato de trabalho intermitente **viola a previsão constitucional do art. 7.º, incisos IV e VII**, que assegura ao trabalhador pagamento de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável, em valor “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”¹⁸.

A imprevisibilidade de salário impossibilita o planejamento econômico do trabalhador e o cumprimento das suas obrigações mensais, compromete a sua subsistência e a de sua família, além de impedir o trabalhador de assumir compromissos de longo prazo. Ademais, a previsão do pagamento parcelado, inserida no art. 452-A, § 6.ª, da CLT, compromete a efetividade de fruição dos direitos às férias com 1/3 de acréscimo, 13º salário, repouso semanal remunerado e adicionais legais.

Para Lenio Luz Streck, admitir o pagamento do salário mínimo de forma cindida e parcial acarreta graves prejuízos ao empregado, pois compromete aquilo que o autor denomina de “máxima efetividade”, princípio “inerente à fundamentalidade material, em afronta à dignidade da pessoa

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com comentários à lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 41-44.

¹⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 24/06/2018.

humana, porque lhe atribuindo os riscos diários de garantia de um mínimo de subsistência”¹⁹.

Para a efetividade do direito fundamental previsto nos incisos IV e VII, é necessário que se pague ao trabalhador em contrato intermitente o salário mínimo constitucionalmente assegurado, independente de convocação, ou não.

Em respeito à garantia do salário mínimo, ao final do mês, caso o empregado não tenha sido convocado por horas suficientes para receber esse valor, sua remuneração deverá ser complementada para obedecer ao mínimo constitucional, em padrão similar ao pagamento do salário por unidade de obra, conforme defendem Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado²⁰.

O trabalhador em regime de trabalho intermitente, assim, receberia a remuneração mensal mínima constitucionalmente assegurada e, quando convocado, as parcelas remuneratórias do art. 452-A, § 6º da CLT seriam acrescentadas à remuneração.

Tal posicionamento consiste, inclusive, em enunciado normativo da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA:

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.²¹

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Reforma Trabalhista: contrato intermitente é inconstitucional. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>> Acesso em: 31/07/2018.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 424.

²¹ Disponível em: <http://jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=6>

Somente a **garantia do salário mínimo**, independentemente das horas para as quais o empregado for convocado, compatibiliza o trabalho intermitente ao núcleo essencial da norma constitucional.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de pagamento de remuneração inferior ao salário mínimo no caso de servidor público com jornada de trabalho reduzida:

Possibilidade de remuneração inferior ao salário mínimo a servidor público com jornada de trabalho reduzida

Vê-se que o direito constitucional à remuneração não inferior ao salário mínimo, aplicável aos servidores em razão do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, não comporta exceções. Assim, esse entendimento é de ser conferido no caso do servidor que trabalha em regime de jornada reduzida. Ressalte-se que a previsão constitucional da possibilidade de redução da jornada de trabalho não afasta nem tempera a aplicabilidade da garantia constitucional do salário mínimo. Com efeito, possíveis distorções entre a remuneração dos servidores que exerçam jornada normal e jornada reduzida devem ser sanadas pelo legislador ordinário e pela Administração Pública, em observância aos ditames constitucionais sobre o tema. [AI 815.869 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, j. 4-11-2014, DJE 230 de 24-11-2014.] Direito constitucional e administrativo. Servidor público. Possibilidade de recebimento de remuneração inferior a um salário mínimo por servidor público que labora em jornada de trabalho reduzida. Repercussão geral reconhecida. [RE 964.659 RG, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 9-6-2016, DJE 167 de 10-8-2016, Tema 900.]²²

A proposta dada pelo art. 452-A, *caput*, da Lei 13.467/2017, que não garante aos trabalhadores um salário mínimo mensal, vai de encontro ao direito fundamental ao trabalho digno espreado por todo o Texto Constitucional, sendo, portanto, inconstitucional, por **violar diretamente o art. 7.º, incisos IV e VII, da Constituição Federal**.

Em relação ao direito fundamental à **limitação de jornada de trabalho** (compreendida como tempo de execução do trabalho e tempo de disponibilidade), a indeterminação do número de horas de trabalho imposta ao trabalhador que se ative na modalidade de contrato intermitente, contrasta com a garantia insculpida no **art. 7.º, XIII**, da Constituição, que assegura a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e

²² Brasil, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1237> Acesso em: 08/09/2018.

quarenta e quatro semanais”, na medida em que mantém o trabalhador permanentemente a espera de ordens do empregador, aproximando-o do sistema de servidão.²³

A garantia de 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, prevista no art. 7.º, XIII, da Constituição, indica a necessidade de observação da jornada de trabalho como direito constitucional do trabalhador – o que não condiz com a proposta do contrato de trabalho intermitente, de jornada indeterminada, incerta, imprevisível.²⁴

Na construção do conceito de jornada de trabalho, a doutrina e a jurisprudência ampliaram a proteção ao trabalhador, incluindo, no tempo remunerado, períodos de disponibilidade, nos quais o empregado, de alguma forma, mantém o vínculo com o empregador, seja aguardando ordens, seja se deslocando para o trabalho, ou entre outras circunstâncias que envolvam o engajamento objetivo ou subjetivo do trabalhador no trabalho.²⁵

A CLT, em seu art. 4º, estabelece que, “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”. A partir desse critério, o direito à remuneração pela jornada de trabalho tem alcançado outros tempos comprometidos pelo contrato de trabalho (tempo de prontidão, tempo de deslocamento, tempo a disposição do empregador, tempo de sobreaviso), o que é essencial para viabilizar-se a proteção constitucional do trabalhador em seu tempo de trabalho.

A Lei 13.467/2017 apresentou uma série de mudanças que impactam na concepção de jornada de trabalho construída ao longo do

²³ XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24/06/2018.

²⁴ *Idem*.

²⁵ LEMOS, *op. cit.*

tempo pela doutrina e pela jurisprudência. A investida da reforma trabalhista sobre o conceito de jornada de trabalho foi abordada por Maurício Godinho Delgado:

A Lei 13.467/2017, tem buscado restringir a noção de jornada de trabalho, de modo a diminuir a inserção, em seu interior, de tempos tidos, classicamente, como à disposição em face do empregador (a esse respeito, por exemplo, ver a nova redação conferida ao art. 4º, § 2º, da CLT, além da exclusão do conceito de horas *in itinere* no art. 58, §§ 2º e 3º, da Consolidação). Com isso, a nova legislação procura atingir o seu objetivo de reduzir o valor trabalho no ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, elevar os ganhos econômicos empresariais com o manejo do contrato de emprego.²⁶

Com efeito, o § 5º do artigo 452-A da CLT, pela alteração proposta por intermédio da Lei 13.476/2017, prevê que o “período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes”, numa tentativa de afastar do conceito de jornada de trabalho o tempo de inatividade à disposição do empregador.

A consagração constitucional do direito à limitação de jornada resultou do aperfeiçoamento das normas jurídicas de proteção ao trabalho humano relacionadas ao controle de tempo de trabalho, o que significou um “alargamento do número de elementos componentes da jornada, para além do tempo efetivamente laborado”.²⁷

Nesse sentido, para Maurício Godinho Delgado, o tempo de trabalho pode ser entendido a partir de três elementos: duração do trabalho, jornada de trabalho e horário de trabalho. A “duração do trabalho” compreende todo o lapso temporal de trabalho ou de disponibilidade do empregado frente ao seu empregador em virtude do contrato de trabalho, “considerados distintos parâmetros de mensuração: dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal) e até mesmo ano (duração anual)”. O conceito de jornada de trabalho adquire um sentido amplo, que não se

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1026.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas*. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

restringe estritamente ao período de disponibilidade do trabalhador perante seu empregador em razão pactuado.²⁸

Já a expressão “jornada de trabalho” tem sentido mais restrito, compreendendo o tempo de disponibilidade do empregado frente ao empregador, decorrente do contrato de trabalho. Trata-se do “lapso temporal diário em que o obreiro se coloca à disposição do empregador”. Finalmente, a expressão “horário de trabalho” consiste no “lapso temporal entre o início e o fim de certa jornada laborativa”.²⁹

É justamente o conceito do tempo de disponibilidade do empregado em relação ao empregador que diversos dispositivos da Lei nº 13.467/2017, inclusive os impugnados na presente ADI, tentaram de todas as formas desconstruir.³⁰ A referida lei criou um verdadeiro artifício jurídico para que, na aparência, o empregado permaneça efetivamente subordinado ao empregador apenas quando aceitar a convocação, de modo que o empregador pague apenas pela execução do trabalho propriamente dita.

Importante delinear que, estando o empregado à espera do chamado, ele permanece umbilicalmente dependente dessa relação empregatícia, de modo que, ainda que não esteja executando ordens, estará o obreiro traçando estratégias logísticas e pessoais, assim como

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 1025-1026.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Segundo Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “O contrato intermitente, nos moldes em que foi proposto pela Lei da Reforma Trabalhista – caso lidas, em sua literalidade, as regras impostas por esse diploma legal -, busca romper com dois direitos e garantias justralhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário. A noção de duração de trabalho envolve o tempo de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, prestando serviços efetivos ou não (caput do art. 4º da CLT). A Lei n. 13.467/2017, entretanto, ladinamente, tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição. [...] em conformidade com o Direito do Trabalho, que por preceitos da CLT (art.78, caput e parágrafo único) que por preceito constitucional (art.7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia do salário nunca inferior ao mínimo legal – ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respeito ao contrato de trabalho. Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal com respeito aos servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – ou seja, empregados estatais naturalmente regidos pela CLT (OJ 358,II, do TST)”. In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 154 e 155.

programando sua rotina, a fim de atender ao comando de seu empregador.

O tempo de espera é, portanto, tempo à disposição, porquanto consiste na expectativa real do empregado de ser acionado à execução de ordens emana por seu empregador.

Em relação ao contrato de trabalho intermitente, o art. 452-A, § 1º da CLT preceitua que o acionamento do trabalhador poderá ser realizado por qualquer meio eficaz — notadamente por mensagem de celular ou por alguma via da internet.

É nítido, portanto, que o trabalhador, sob a modalidade de contrato intermitente, deverá sempre estar conectado, de modo que consiga ter acesso ao chamamento, especialmente porque do silêncio do empregado presume-se a recusa ao trabalho, conforme prescreve o § 2º do mesmo dispositivo. Assim, o período de aguardo do chamamento caracteriza tempo à disposição, pois o obreiro permanece na expectativa de ser acionado.

A primazia da realidade sobre a forma, princípio norteador do Direito do Trabalho, sobressai, vez que, ainda que o empregado não esteja nas dependências da empresa, estará, sem dúvidas, sujeitando-se às necessidades do empregador.

O desrespeito ao direito constitucional de limitação da jornada de trabalho pela sujeição do empregado a uma disponibilidade ilimitada de tempo de vida acarreta o comprometimento do seu direito ao descanso, ao lazer, ao convívio familiar e social, ao desenvolvimento de suas potencialidades, seja pelo estudo, pela prática de esportes ou de atividades culturais. Compromete, também, o seu projeto de vida, impedindo o planejamento do futuro, gerando instabilidade emocional e financeira.³¹

A ideia de um contrato de trabalho que mantenha o empregado em *stand-by*, aguardando chamado, de forma ilimitada, sujeita o trabalhador a uma nova modalidade de servidão, na qual não existe respeito à jornada de trabalho constitucionalmente estabelecida. Essa condição de

³¹ LEMOS, *op. cit.*

sujeição pessoal pode acarretar danos à sua vida de relações e ao seu projeto de vida. ³²

As violações de direitos fundamentais constitucionalizados impostas pela Lei 13.467/2017, sobretudo o direito à limitação de jornada, geram consequências para a esfera subjetiva do trabalhador, atingindo bens da sua esfera imaterial, protegidos pela matriz constitucional de 1988, especificamente no art. 5.º, V e X. Isto porque, essa verdadeira forma de sujeição pessoal que impõe uma condição de disponibilidade ilimitada do tempo do empregado em favor do empregador, viola o direito a uma jornada de trabalho constitucional e pode acarretar danos ao seu projeto de vida e à sua vida de relações, denominados de *danos existenciais*. ³³

A insegurança sobre as condições de trabalho criada por essa modalidade contratual afeta as suas relações sociais e familiares, sobretudo porque o trabalhador intermitente vive uma angústia permanente pela incerteza do chamado, um tempo de espera que acarreta intenso comprometimento da sua subjetividade – um tempo de inteira disponibilidade, que acarreta violação ao direito constitucional de limitação de jornada de trabalho (compreendida como tempo de execução do trabalho e tempo de disponibilidade).

Evidente, assim, a tentativa de desmantelamento da categoria de tempo à disposição pelo legislador reformista, inclusive na perspectiva referente à modalidade de contrato intermitente — o que vai de encontro às disposições constitucionais de proteção ao trabalho, especialmente o artigo 7º, *caput*, da Constituição.

A tentativa e exclusão do direito fundamental à limitação de jornada de trabalho do contrato de trabalho intermitente, pela desconsideração do tempo à disposição do empregador, é inconstitucional, na medida em que a lei infraconstitucional não pode dispor de forma a reduzir direito fundamental constitucionalizado.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*.

Sendo assim, o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho não admite a inclusão, no ordenamento jurídico infraconstitucional, de formas de contratação que desconsiderem o tempo de disponibilidade do empregado em favor do empregador - como preconiza o contrato de trabalho intermitente -, sob pena de violação direta a direito fundamental constitucionalizado e esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

Também a garantia constitucional de pagamento do décimo terceiro salário, prevista no art. 7.º, VIII, e de férias remuneradas com adicional de 1/3, inserida no inciso XVII, perde sua efetividade pela inclusão, no art. 452-A, § 6.º, de previsão do pagamento imediato desses direitos ao final de cada período de trabalho.

Dispõe a lei que, depois de 12 meses, o empregado “adquire o direito a férias e não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador que a conceder”, ou seja, após receber antecipadamente os valores correspondentes às férias, de forma diluída na remuneração, o trabalhador ficará um mês de “férias” – sem trabalho e sem salário. Da mesma forma, no mês de dezembro, o trabalhador não terá qualquer garantia de convocação para o trabalho, o que poderá resultar em um mês sem salário, justamente quando deveria receber a gratificação natalina.³⁴

Ao embutir esses direitos na remuneração, de maneira fracionada, a lei busca um subterfúgio para tornar os salários precarizados dos trabalhadores em contratos intermitentes mais atraentes, sem qualquer preocupação como a sua saúde e/ou com o seu bem-estar.³⁵

No contrato de trabalho intermitente, o pagamento proporcional diário do 13º salário (direito constitucionalmente assegurado no art. 7.º, VIII), assim como das férias e do adicional de 1/3 (asseguradas no art. 7.º, XVII), mascara a baixa remuneração diária do contrato intermitente e torna inócuo o seu pagamento, pois rompe com a lógica que instituiu tais verbas como direitos a serem usufruídos no momento oportuno, ou seja – a

³⁴ LEMOS, *op. cit.*

³⁵ *Idem.*

gratificação natalina, como forma de aumentar a remuneração do empregado no período de festas e o pagamento das férias e da indenização de 1/3 como acréscimo remuneratório que assegure ao trabalhador a possibilidade de lazer com sua família no momento em que gozar de tal direito. O contrato de trabalho intermitente viola o direito de o trabalhador usufruir, na prática, desses direitos constitucionalizados.

2.3. O contrato de trabalho intermitente e suas implicações no Direito Coletivo do Trabalho

Importante observar, ainda, que, ao instituir-se a contratação intermitente, se estabelece a possibilidade de o empregador subdividir a força de trabalho da qual necessita, em subcategorias de trabalhadores (empregados com contratos regulares e empregados em contratos intermitentes).

Ao assim permitir, sem que haja uma definição objetiva de quais atividades e quais circunstâncias justificariam a diferenciação, a nova redação do art. 443 da CLT impossibilita a concretização do **princípio da isonomia** no local de trabalho (art. 5º, *caput*, e 7º, XXX, da CF/88).

Dessa forma, tem o nocivo potencial de desagregar coletivos de trabalho e, assim, tornar fragmentária a representação sindical, com grande risco de debilitar a organização coletiva dos trabalhadores.

Essa preocupação se qualifica quando se percebe a tendência da jurisprudência dessa Corte Suprema e do teor da própria Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) de atribuir às negociações coletivas encetadas pelos sindicatos o potencial de se sobrepor à legislação estatal heterônoma.

Assim, por dever de coerência na exegese Constitucional, não é possível albergar, a um só tempo, a atribuição de grandes poderes e responsabilidades ao sindicalismo e, em oposição a esse vetor, a adoção de arranjos produtivos e contratuais que obstam o fiel desempenho dessa atribuição pelos próprios sujeitos coletivos.

Renata Queiroz Dutra aponta para os impactos negativos que a segregação de grupos que não se identificam no ambiente laboral (porque não compartilham das mesmas condições de trabalho e proteção social) ocasionam à organização coletiva dos trabalhadores. Em tais cenários, que já vinham sendo estudados pela Sociologia do Trabalho brasileira em relação a divisão entre trabalhadores contratados diretamente e trabalhadores terceirizados³⁶, as representações sindicais se fragmentam e fragilizam, comprometendo a participação democrática dos coletivos de trabalhadores nas dinâmicas regulatórias do trabalho que constituem o trabalho no Estado Democrático de Direito³⁷.

Dessa forma, qualquer juízo sobre a constitucionalidade dessa nova modalidade de emprego deve perpassar, além da aferição da sua aptidão (ou não) para assegurar o substrato de direitos individuais constitucionais assentados no art. 7º da Constituição Cidadã, também a sua compatibilidade com a organização dos trabalhadores em sindicatos únicos, estabelecidos por categorias (e não por modelo de contratação), como definidos no art. 8º, I, do Texto Constitucional e operacionalizado pelo art. 511 da CLT.

Assim, cumpre responder não só sobre a possibilidade ou não de se cancelar essa contratação, mas também compatibilizar o ordenamento jurídico com uma organização sindical que seja eficiente para esses trabalhadores, que, pela sua impermanência e descartabilidade, tenderão a ser segregados e não plenamente integrados aos seus respectivos ambientes de trabalho.

2.4. O contrato de trabalho intermitente e suas implicações nas garantias provisórias de emprego e nas cotas legais

A nova modalidade contratual de trabalho intermitente também pode ter sua compatibilidade com a ordem jurídico constitucional vigente

³⁶ Por todos, reportamos a DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

³⁷ DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, pp. 242-243.

questionada em face de sua aptidão para esvaziar, ou mesmo anular, **institutos jurídicos trabalhistas que apresentam assento constitucional.**

É o caso das garantias provisórias de emprego, que são consideradas fundamentais à proteção dos trabalhadores em momentos de especial vulnerabilidade, como é o caso das trabalhadoras gestantes (art. 10, II, “b”, do ADCT) e dos trabalhadores acidentados (art. 118 da Lei nº 8.213/91), ou mesmo para assegurar aos coletivos de trabalhadores a possibilidade de uma representação efetiva e capaz de sustentar os interesses dos trabalhadores em processos negociais (art. 8º, VIII da CF e diversos outros artigos da legislação infraconstitucional que protegem os representantes dos trabalhadores nas Comissões e Conselhos tri ou quadripartites).

Tão precária é a inserção promovida pelos contratos de trabalho intermitente (por meio do qual não se assegura o próprio trabalho protegido, tampouco jornada e remuneração, como já abordado), que surge o questionamento: **é possível ao empregador cumprir as garantias provisórias de emprego dos trabalhadores em caso de contratos intermitentes?** Isso porque não está fora do quadro de possibilidades aberto pela figura legal do contrato de trabalho intermitente que um determinado trabalhador intermitente, por exemplo, passe dias, semanas ou meses sem receber uma convocação para o trabalho. E, conseqüentemente, sem receber remuneração.

Tal modalidade de contratação, em que a demanda pela prestação de serviços fica sob o império e arbítrio do poder diretivo, poderia ser considerada uma forma de garantir emprego a gestantes, acidentados e dirigentes sindicais? Ou a vulnerabilidade desses sujeitos faria com que o Direito repudiasse especificamente esse modelo contratual, ante sua inaptidão para proporcionar a proteção que a Constituição projetou? Assim se concluindo, tal forma de contratação, inservível para gestantes, dirigentes sindicais e acidentados, seria servível para o escopo que a própria Constituição de 1988 guarda para o trabalho?

Caminhemos mais um pouco: a contratação intermitente poderia ser usada pelos empregadores, para, por exemplo, cumprir cotas de

trabalhadores portadores de deficiência (art. 93 da Lei nº 8.231/91)? Caso admitida a constitucionalidade do art. 443 da CLT, qual seria o argumento oponível ao empregador que contratasse pessoas com deficiência, no seu estabelecimento, apenas pela modalidade do contrato intermitente, e, ao fazê-lo, não provesse esses sujeitos, cuja legislação pátria e a Convenção Internacional de Nova Iorque determinaram a inserção no mercado de trabalho, com convocações para o trabalho suficientes para que estes pudessem alcançar uma remuneração mensal mínima?

Responder sobre a constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente importa responder sobre a compatibilidade desse contrato com os institutos típicos do Direito Constitucional do Trabalho, do Direito Coletivo do Trabalho e, também, como desenvolveremos a seguir, do Direito Previdenciário. A pergunta, ao final, é: **o contrato de trabalho intermitente pode se encaixar na tela de proteção social que a Constituição de 1988 estabelece?**

2.5. Contrato de trabalho intermitente: questões previdenciárias e acidentárias

Dois dias após o início da vigência da lei 13.467/2017, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 808/17, regulamentando a referida lei. Tendo encerrado o seu prazo de vigência em 23 de abril de 2018, sem que houvesse sido votada no Congresso Nacional, o Ministério do Trabalho publicou no Diário Oficial da União a Portaria nº 349, que reproduz boa parte das disposições da referida MP.

O art. 6º da Portaria nº 349 corresponde ao antigo artigo 911-A da CLT e dispõe que cabe ao empregador efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias, do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal.

Ressalta-se, todavia, que devido à precarização da relação de emprego na modalidade do trabalho intermitente, o empregado poderá receber menos que um salário mínimo ou, até mesmo, não receber salário, já que a demanda é feita de acordo com a discricionariedade do empregador.

Esta situação tem impactos graves e imediatos no cálculo da previdência do empregado, que não consegue atingir o montante equivalente ao salário mínimo, **de forma que caberá a ele próprio providenciar o recolhimento complementar**.³⁸ Numa hipótese limite, por exemplo, em que o trabalhador não seja convocado nenhuma vez por mês, ficará ele responsável integralmente pelo recolhimento de contribuição previdenciária, **o que viola frontalmente o art. 195 da Constituição**, segundo o qual a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, inclusive pelos empregadores.

Transferir o ônus da complementação do recolhimento do INSS ao empregado vulnerável hipossuficiente e exigir a prestação de trabalho sem garantia de direitos previdenciários é incompatível com o que preceitua a Constituição e constitui violação grave aos direitos humanos fundamentais – como o amparo à infância, a proteção à saúde e aos idosos.

A transferência da responsabilidade de contribuição para o empregado, nos casos de aferição de valor de remuneração inferior ao salário mínimo, faz com que as contribuições, se pagas com atraso, não sejam contadas no período de carência (Lei 8.213/91, art. 27, II), o que pode gerar, como consequência, a exposição do empregado a doenças e acidentes de trabalho sem a proteção da previdência social. Mais uma vez, o empregado assume os riscos do negócio do empregador, agora com efeitos sobre a sua saúde.

Em longo prazo, o contrato de trabalho intermitente colaborará com a perspectiva de quebra do sistema de proteção social, uma vez que,

³⁸ Receita Federal esclarece interpretação relacionada ao recolhimento da contribuição previdenciária. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2017/novembro/receita-federal-esclarece-interpretacao-relacionada-ao-recolhimento-de-contribuicao-previdenciaria>. Acesso em 24 de junho de 2018.

diante da propalada crise da Previdência Social,³⁹ o Estado só aumenta as exigências de tempo de serviço e de idade para aposentadoria, enquanto de outro lado, se precariza o contrato de trabalho, tornando impossível para o trabalhador adquirir as condições necessárias para o cumprimento dos requisitos de tempo de serviço + tempo de contribuição + idade. ⁴⁰

A alta rotatividade decorrente dessa forma de contratação é incompatível com a estabilidade necessária para o preenchimento das condições para a aposentadoria, o que parece apontar para a gestação de uma geração de indivíduos, homens e mulheres trabalhadoras, sem perspectiva de aposentadoria, uma geração de pessoas sem fonte de renda na velhice: a precarização de hoje terá efeito no futuro da sociedade.

Além disso, no tocante à segurança do obreiro no exercício de suas atividades, tem-se novamente uma flagrante situação de desamparo e flexibilização de direitos. Isso porque, uma das possíveis interpretações das mudanças introduzidas pela Lei nº 13.467/2017 é de que o empregado que for acometido por algum tipo de enfermidade seria obrigado a suportar sozinho o seu afastamento pelos primeiros quinze dias, sendo o INSS obrigado a resguardá-lo somente após esse período.⁴¹

O afastamento do trabalhador do sistema de proteção social viola o **direito à aposentadoria, insculpido no art. 7.º, XXIV, da Constituição Federal.**

³⁹ De acordo como o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, há atualmente três critérios para aposentadoria: 1) Regra 85/95 progressiva: Não há idade mínima; Soma da idade + tempo de contribuição; 85 anos (mulher); 95 anos (homem); 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência. 2) Regra com 30/35 anos de contribuição: Não há idade mínima; Tempo total de contribuição; 35 anos de contribuição (homem); 30 anos de contribuição (mulher); 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência. 3) Regra para proporcional: Idade mínima de 48 anos (mulher) e 53 anos (homem); Tempo total de contribuição; 25 anos de contribuição + adicional (mulher); 30 anos de contribuição + adicional (homem); 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência. Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/beneficios/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao/>> Acesso em: 24/06/2018.

⁴⁰ Lemos, *op, cit.*

⁴¹ O auxílio-doença no contrato de trabalho intermitente. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Previdencialhas/120,MI270023,31047-O+auxiliadoenca+no+contrato+de+trabalho+intermitente>, acesso em 24 de junho de 2018.

2.6. Direito comparado

A figura do contrato de trabalho intermitente está presente também em outros países do Ocidente, além do Brasil, como é o caso da Inglaterra, onde é intitulado de *Zero-Hours Contract*, e de Portugal, país que dá ao instrumento a mesma denominação que os brasileiros.

A análise acerca do instituto, do seu funcionamento em cada um dos países citados e a comparação com o modelo brasileiro, pode contribuir para o estabelecimento necessário de limites constitucionais a modalidade contratual.

O Contrato Zero-hora britânico possui esse nome justamente devido à incerteza acerca do total de tempo que será efetivamente trabalhado e, portanto, remunerado. O empregador tem a discricionariedade de variar o horário de trabalho do empregado, normalmente desde a jornada integral até a “zero-hora”, e o empregado pode recusar o trabalho oferecido a qualquer hora⁴².

Muitas são as semelhanças com o modelo brasileiro, iniciando pela preponderância da liberdade individual das partes para contratar e definir os termos de seu contrato. O discurso de flexibilidade e da liberdade contratual que permeia a consulta feita ao trabalhador sobre o aceite das condições de trabalho é o que fundamenta e legitima essa moderna forma de contratação na Inglaterra. Nesse passo, de acordo com o governo britânico, o contrato zero-hora é lícito, uma vez que as partes acordam assim livremente⁴³.

Entretanto, a vontade dos trabalhadores em contratos intermitentes, na maioria dos casos, encontra-se, de alguma forma, viciada pela premente necessidade que os assola, impossibilitando que sejam feitas excessivas objeções ao que é proposto pelo empregador. A urgência das necessidades de cada um diante da necessidade de sobrevivência torna falsa essa liberdade, do mesmo modo como ocorre no Brasil.

⁴² MAEDA, Patrícia. *A era dos Zero Direitos: Trabalho decente, Terceirização e Contrato Zero Hora*. São Paulo: LTr, 2017, p. 114.

⁴³ Idem.

No caso britânico, assim como no Brasil, a insegurança com relação ao tempo de trabalho é um dos mais graves desdobramentos do trabalho intermitente. Isso porque, o trabalhador se vê impedido de fazer grandes planejamentos pessoais, diante da incerteza do chamado para trabalhar, o que pode acontecer literalmente a qualquer tempo, respeitadas as 72 horas mínimas de antecedência.

Na Inglaterra, observa-se grande mobilização de organizações trabalhistas e até mesmo consultas populares no sentido de reverter ou minimizar o impacto do quadro de precarização implantado pelo contrato intermitente.⁴⁴ Entre os principais problemas enfrentados pelos trabalhadores ingleses contratados de forma intermitente, destacam-se:

- a) Baixo salário: a pesquisa do CIPD⁴⁵ constatou que mais da metade dos trabalhadores em contrato zero-hora ganham menos de 15 mil libras por ano, o que acontece com apenas 6% de todos os trabalhadores.
- b) Subemprego: os trabalhadores em contrato zero-hora trabalham menos horas que os demais e são mais propensos a querer mais horas de trabalho que os demais. De acordo com a pesquisa do CIPD, 38% dos trabalhadores em contrato zero-hora no setor privado gostariam de trabalhar mais, e 52% no setor público.
- c) Insegurança salarial: 75% dos trabalhadores zero-hora relatam que suas horas trabalhadas variam semanalmente em comparação com 40% dos demais trabalhadores. Essa variação da renda dificulta o pagamento de aluguel ou hipoteca e de outras despesas do lar, o acesso ao crédito e o planejamento financeiro para o futuro.
- d) Impacto nas famílias: contra o argumento patronal de que o contrato zero-hora é bom para aqueles que têm responsabilidades de cuidado - em regra as mulheres -, a TUC responde que a falta de trabalho garantido e a imprevisibilidade do trabalho de semana a semana (e de dia a dia) resultam em instabilidade de remuneração e de rotina/horários e dificultam muito o ato de providenciar o cuidado de crianças ou de idosos.
- e) Lacuna de direitos trabalhistas: trabalhadores zero-hora perdem proteções

⁴⁴ “Ao fazer o diagnóstico dos problemas enfrentados pelo trabalhador intermitente, o *Trades Unions Congress* - TUC apresentou um série de medidas ao governo britânico para combater a superexploração dos trabalhadores: o direito do trabalhador obter uma declaração escrita do empregador sobre as horas de trabalho; a obrigação de aviso prévio pelo empregador sobre o cancelamento ou a oferta de trabalho; o direito ao pagamento do tempo de deslocamento e espera por trabalho; o reembolso das despesas com o transporte quando houver cancelamento sem aviso; o direito a um contrato escrito quando houver um número de horas regulares de trabalho e a garantia de manutenção desse padrão, com exceção se não for da vontade do trabalhador; a garantia dos mesmos direitos mínimos assegurados aos demais empregados, entre outros”. LEMOS, *op. cit.*, *apud* MAEDA, Patrícia. *A era dos Zero Direitos: Trabalho decente, Terceirização e Contrato Zero Hora*. São Paulo: LTr, 2017, p. 114.

⁴⁵ O *Chartered Institute of Personnel and Development* (CIPD) é uma organização profissional que atua na área de desenvolvimento de pessoas e de recursos humanos. Os dados apresentados foram obtidos em pesquisa realizada em agosto de 2013, que detectou mais de um milhão de trabalhadores britânicos vinculados a esse modelo contratual. *In*: MAEDA, Patrícia. *A era dos Zero Direitos: Trabalho decente, Terceirização e Contrato Zero Hora*. São Paulo: LTr, 2017, p. 122.



básicas pelo fato de não se qualificarem como empregados em razão da falta de continuidade do serviço ou porque o empregador se vale da situação de trabalho incerto para se evadir das obrigações legais trabalhistas. f) Abuso no trabalho: trabalhadores zero-hora são mais vulneráveis a maus-tratos e exploração no trabalho que os demais.⁴⁶

Em relação à experiência Portuguesa de implementação do contrato de trabalho intermitente, algumas observações são inovadoras, embora, na essência, o contrato promova semelhante precarização. Pelo fato de o instituto do contrato intermitente ter sido proposto formalmente em 2009, já há algum tempo os portugueses vêm tendo a possibilidade de aperfeiçoá-lo, diferentemente do modelo brasileiro, bem mais recente.

Cabe destacar os poucos artigos que tratam do tema no Código do Trabalho português, a seguir transcritos:

SUBSECÇÃO III

Trabalho intermitente

Artigo 157.º

Admissibilidade de trabalho intermitente

1 - Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade.

2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º

Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1 - O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo.

2 - Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inactividade.

3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.

Artigo 159.º

Período de prestação de trabalho

1 - As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele.

2 - A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

3 - A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias.

⁴⁶ *Idem*, p. 124.



4 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º

Direitos do trabalhador

1 - Durante o período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

2 - Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior.

3 - Durante o período de inactividade, o trabalhador pode exercer outra actividade.

4 - Durante o período de inactividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.

5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

Como possibilidade de aumentar as garantias do contrato de trabalho intermitente, prescreve o art. 160, em seu número 1, o direito ao recebimento de compensação retributiva estabelecida em acordo coletivo para o período de inatividade.

Outra garantia prevista no caso português é a de que devem ser pré-estabelecidos o número anual de horas ou dias de trabalho que ocorrerão ao longo do contrato. Prevê-se, ainda, a duração da prestação de trabalho, bem como o início e termo de cada período de trabalho, além disso, a prestação de trabalho não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

A antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início da prestação não pode ser inferior a vinte dias, situação muito diferente do que ocorre no Brasil, onde a previsão é de três dias apenas, agravando o nível de imprevisibilidade e insegurança para o trabalhador.

Em certa medida, a legislação portuguesa preserva minimamente o princípio da proteção e os princípios constitucionais da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, visto que garante maior estabilidade e certeza para o trabalhador desempenhar suas atividades extra laborais, mostrando-se mais avançado no que tange à garantia de princípios constitucionais trabalhistas do que o contrato zero-hora.

Note-se que o modelo de contrato de trabalho intermitente adotado no Brasil, por meio da Lei 13.467/2017, aproxima-se mais do padrão de desproteção adotado pelo contrato zero-hora inglês.

A adoção de uma interpretação conforme a Constituição, que aproxime o contrato de trabalho intermitente com o padrão protetivo estabelecido pela matriz constitucional de 1988, é medida imperativa para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho e à função social da propriedade, para manter o equilíbrio das relações de trabalho e garantir o desenvolvimento econômico com respeito ao direito fundamental ao trabalho digno.

Da forma como apresentado pela Lei 13.467/2017, o contrato de trabalho intermitente coloca o Brasil em condição de contrariedade às Normas Internacionais de Proteção ao Trabalho estabelecidas pela OIT⁴⁷, notadamente em desacordo com a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Declaração de 1998). Ressalta-se que o Brasil ratificou um total de 82 das 189 convenções da OIT, sendo todas as convenções fundamentais, salvo a 87.

Sobre o trabalho digno, Juan Somavia, Diretor-Geral da OIT, destaca que, *“Atualmente, o principal objetivo da OIT consiste em promover oportunidades para que mulheres e homens possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade.”*⁴⁸, considerando que:

[...] o conceito de trabalho digno resume as aspirações do ser humano no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração equitativa; segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento para

47 O Brasil foi incluído na lista dos 24 países considerados como os principais violadores de suas Convenções trabalhistas no mundo. Conforme CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/brasil-entra-lista-suja-oit-causa-reforma-trabalhista> Acesso em: 08/09/2017.

48 Trabalho digno: a chave do progresso social. *Organização Internacional do Trabalho – Lisboa*. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm Acesso em: 28/07/2018.(Grifos no original)



todas as mulheres e homens”.¹ Ainda assevera Juan Somavia (Diretor Geral da OIT) que *Atualmente o principal objetivo da Organização consiste em promover oportunidades para que mulheres e homens possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade.*⁴⁹

A OIT apresenta, atualmente, como parte das suas ações, a denominada “Agenda 2013 de Desenvolvimento Sustentável”, cujo resumo apresenta elementos relacionados ao trabalho digno, considerado instrumento precursor do desenvolvimento sustentável:

O trabalho digno gera dinheiro para os indivíduos e para as suas famílias que poderá ser gasto na economia local. O seu poder de compra impulsiona o crescimento e o desenvolvimento de empresas sustentáveis, especialmente de empresas de menor dimensão que, por sua vez, podem contratar mais trabalhadores e melhorar os seus salários e as suas condições. O trabalho digno aumenta as receitas fiscais para os governos, que podem conseqüentemente financiar medidas sociais para proteger as pessoas que não conseguem encontrar um emprego ou que não podem trabalhar.⁵⁰

Dessa forma, o conceito de direito fundamental ao trabalho digno, além de encontrar amparo na matriz constitucional de 1988, incorpora-se ao ordenamento jurídico pátrio por consistir em preceito presente em Normas Internacionais de Direitos Humanos, ostentando, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, um patamar supralegal (acima das leis ordinárias e complementares)⁵¹. No entanto, mais do que a incorporação formal do conceito de trabalho digno ao Direito brasileiro, o grande desafio consiste em assegurar a sua efetividade frente aos deletérios efeitos do contrato de trabalho intermitente impostos às trabalhadoras e aos trabalhadores brasileiros.

⁴⁹ Organização Internacional do Trabalho. Relatório global no seguimento da Declaração da OIT sobre os direitos e princípios fundamentais do trabalho. *Conferência Internacional do Trabalho*. 98^a Sessão, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm> Acesso em: 28/07/2018.

⁵⁰ Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/resources/WCMS_544325/lang-en/index.htm> Acesso em: 28/07/2018

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2012, p. 185.

III - REQUERIMENTOS

Ante a fundamentação exposta, requer de V. Exa.:

- a) seja o Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB/CNPq) admitido, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos dos arts. 896-C, § 8º, da CLT e 5º, IV, da IN nº 38/2015, para atuar nas ADI 5826, para todos os fins legalmente admitidos, inclusive para proceder à sustentação oral, quando do julgamento das ações; e
- b) seja julgada *procedente* a ADI em tela para que seja declarada, em definitivo, a *inconstitucionalidade material* da modalidade de trabalho denominada *intermitente*, introduzida pelo art. 443, *caput* e §3º e pelo art. 452-A, ambos da CLT, com sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico; e
- c) *subsidiariamente*, caso a norma seja declarada constitucional, que se faça interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados, nos termos da fundamentação apresentada, a fim de que o referido dispositivo seja considerável admissível na ordem jurídica pátria desde que:

I.assegurado ao trabalhador em contato de trabalho intermitente, mensalmente, o valor do salário mínimo, sempre que suas convocações não forem suficientes para implementá-lo (art. 7º, VII, da CF/88);

II.assegurado ao trabalhador em contrato intermitente o direito aos limites constitucionais da jornada de trabalho e o sistema de repousos correspondente, tendo em conta o tempo à disposição do empregador (art. 7º, XIII a XXVII e XXII);

III.e assegurado ao trabalhador em contrato intermitente, como consectário do item I, que sejam vertidas em seu favor o valor mínimo das contribuições para a Previdência social, calculadas sobre o salário mínimo assegurado.

Nestes termos, espera deferimento.

Brasília, 14 de setembro de 2018.

Gabriela Neves Delgado

OAB/DF nº 32925

Milena Pinheiro Martins

OAB/DF nº 34.360

Rodrigo Leonardo de Melo Santos

OAB/DF nº 42.203

Amanda Magalhães Carrilho

Estudante de Direito FD/UnB

Heloisa Lohane Gonçalves da Silva

Estudante de Direito FD/UnB

Natalie Alves Lima

Estudante de Direito FD/UnB

Priscila Maria Menezes de Araújo

Estudante de Direito FD/UnB