

COORDENADORAS

Cíntia Guimarães

Maria Cláudia Felten

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha

TEMAS POLÊMICOS DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA DENISE FINCATO

AUTORES

Ana Carolina do Prado Lima Petrucci • Bárbara Fagundes • Carla Evelise Justino Hendges •
Carlos Henrique Bezerra Leite • Caroline Silva Fenilli Petteuzzo • César Renan Rodrigues
dos Santos Filho • Cesar Zucatti Pritsch • Cíntia Guimarães • Eduardo de Souza Xavier •
Elizabet Leal da Silva • Fernando Augusto Melo Colussi • Genilson Valença dos Santos
• Gilberto Stürmer • Jane Lucia Wilhelm Berwanger • Jaqueline Mielke Silva •
Jesús Lahera Forteza • José Tadeu Neves Xavier • Juliano Gianecchini Fernandes
• Leiliane Provesani Vidaletti • Luciane Cardoso Barzotto • Manoela De
Bitencourt • Margarita Tarabini-Castellani Aznar • Maria Cláudia Felten
• Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha • Maurício Antonacci
Krieger • Mérlan de Deus Bitencourt • Rodrigo Coimbra •
Rodrigo Trindade de Souza • Rosane Leal da Silva • Sérgio
Augusto da Costa Gillet • Sérgio Pinto Martins



PAIXÃO
EDITORES
EDITORA IMPRESSA E DIGITAL

IMED
Inspira quem transforma

TEMAS POLÊMICOS DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA DENISE FINCATO

COORDENADORAS

Cíntia Guimarães

Maria Cláudia Felten

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha

TEMAS POLÊMICOS DE DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA DENISE FINCATO

AUTORES

Ana Carolina do Prado Lima Petrucci ■ Bárbara Fagundes ■ Carla Evelise Justino Hendges
■ Carlos Henrique Bezerra Leite ■ Caroline Silva Fenilli Pettenuzzo ■ César Renan Rodrigues dos Santos Filho ■
Cesar Zucatti Pritsch ■ Cíntia Guimarães ■ Eduardo de Souza Xavier ■ Elizabet Leal da Silva
■ Fernando Augusto Melo Colussi ■ Genilson Valença dos Santos ■ Gilberto Stürmer ■ Jane Lucia Wilhelm Berwanger
■ Jaqueline Mielke Silva ■ Jesús Lahera Forteza ■ José Tadeu Neves Xavier ■ Juliano Gianecchini Fernandes ■
Leiliane Piovesani Vidaletti ■ Luciane Cardoso Barzotto ■ Manoela De Bitencourt ■
Margarita Tarabini-Castellani Aznar ■ Maria Cláudia Felten ■ Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha
■ Maurício Antonacci Krieger ■ Mérilan de Deus Bitencourt ■ Rodrigo Coimbra ■ Rodrigo Trindade de Souza
■ Rosane Leal da Silva ■ Sérgio Augusto da Costa Gillet ■ Sergio Pinto Martins



**PAIXÃO
EDITORES**

PORTO ALEGRE, 2018

Copyright © 2018 Paixão Editores

1ª Edição – Novembro de 2018

T278 Temas polêmicos de direito e processo do trabalho: estudos em homenagem à professora Denise Fincato / [Coordenado por] Cíntia Guimarães, Maria Cláudia Felten e Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha. – Porto Alegre : Paixão, 2018.

367p.

ISBN 978-85-60392-51-3

1. Direito do trabalho. 2. Direito processual do trabalho.
I. Guimarães, Cíntia. II. Felten, Maria Cláudia. III. Rocha, Mariângela
Guerreiro Milhoranza da.

CDU 349.2

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Rosane Guedes

Projeto Gráfico: Rosane Guedes



PAIXÃO EDITORES LTDA.

CNPJ 94.352.432/0001-05

Diretora: Ana Maria C. Paixão

Alameda Coelho Neto, 20 sl. 409

Porto Alegre RS 91340-340

+55 51 3332.7474

paixaoeditores@paixaoeditores.com

www.paixaoeditores.com

DEDICATÓRIAS

Mãe, tu és minha inspiração diária. Tanto em relação a tua profissão, quanto em relação ao ser humano que tu és. Sempre trabalha duro, o que te faz atingir teus objetivos, e está sempre em busca de mais conhecimento e novos projetos. Mas, além de tudo, está sempre procurando ser alguém melhor. O jeito que lida com as situações de uma forma positiva, sempre vendo o bem no próximo, é algo que aprendi contigo (e que vou levar para a minha vida inteira). Como te digo todos os dias, eu te amo (muito).

Laura Fincato Proença

Eu acho que pelas vezes que eu te assisti (que foram poucas) em reuniões, palestras, trabalhos, tu arrasou! Tu foi focada, dedicada, tu é aquele tipo de pessoa que não precisa de ajuda para fazer algo perfeito! E se alguém não sabe de algo, tu não ignora e segue adiante, tu investe um pouco do teu precioso tempo para explicar e ajudar esta pessoa! Mãe, eu te admiro muito no teu trabalho! Te amo!

Luísa Fincato Proença

PREFÁCIO

Com grande alegria e satisfação, recebi triplo convite das colegas Maria Cláudia Felten, Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha e Cíntia Guimarães: participar do II Congresso de Direito e Processo do Trabalho do IMED, escrever um texto no livro “Temas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em homenagem a Professora Denise Fincato”, este em parceria com Maria Cláudia Felten e, por fim, prefaciар o livro de mesmo nome.

É, ao mesmo tempo, fácil e difícil prefaciар uma obra de tantos e tão qualificados autores e, principalmente, homenagear a colega e amiga, Professora Doutora Denise Pires Fincato.

O livro homenageia justamente aquela que é, hoje, uma das maiores juslaboralistas do país. Denise é graduada em Direito pela Unisinos em 1994, Mestre em Direito pela mesma Universidade (1999), Doutora em Direito pela Universidad de Burgos, Espanha (2001) e Pós-Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (2017). É advogada, pesquisadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Núcleo de Direito Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integra comissões editoriais de diversas revistas jurídicas, além de autora de vários livros e artigos em matéria laboral. Denise é, ainda, Acadêmica Titular da Cadeira nº 34 da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho.

O currículo da professora Denise Fincato é amplo e invejável, mas não é o seu principal atributo. Profissional de alta capacidade técnica e criadora de redes que levam a produção científica da PUCRS a todos os lugares do país e fora dele, Denise é querida pelos colegas e pelos alunos, além de ser Professora com “P” maiúsculo.

No mundo acadêmico temos inúmeros colegas. Destes, nem todos são parceiros. Dos parceiros, poucos são os amigos. Posso dizer que, além de colega de PPGD e de Núcleo de Direito Social na PUCRS há mais de vinte anos, Denise é uma grande amiga e parceira. Como “brincamos” muitas vezes, entre graduação, especialização, mestrado e doutorado, temos o maior número de bancas conjuntas que dois professores possam ter. Nosso convívio, contudo, é mais do que acadêmico.

As famílias são amigas e nossas filhas têm os mesmos nomes: no meu caso, Luiza e Laura; no da Denise Laura e Luísa.

Por tudo isto e um pouco mais, faltariam palavras para homenagear a querida amiga e professora Denise.

A obra que apresento, por outro lado, “Temas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em homenagem a Professora Denise Fincato”, teria que estar à altura de quem homenageia. E está!

As Professoras Maria Cláudia Felten, Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha e Cíntia Guimarães, organizadoras do livro, foram muito felizes nos convites que fizeram. São diversos professores e alunos da homenageada a escreverem textos de qualidade e atualidade impar.

Há artigos dos colegas espanhóis Margarita Tarabini-Castellani Aznar e Jesus Lahera Forteza e das organizadoras Cíntia Guimarães, Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha e Maria Cláudia Felten, com quem tenho a honra de dividir o texto. São também autores, os colegas e alunos Jane Berwanger, Juliano Fernandes, Mérlan Bitencourt, Eduardo Xavier, Fernando Colussi, Rodrigo Coimbra, Manoela Bitencourt, Rosane Leal da Silva, Leiliane Vidaletti, Sérgio Gillet, Jaqueline Mielke Silva, José Tadeu Xavier, Genilson Santos, Caroline Pettenuzzo, Elizabet Leal, Carla Justino, Maurício Krieger, César Santos Filho, Ana Carolina Petrucci, Bárbara Fagundes, Luciane Barzotto, Rodrigo Trindade de Souza, Carlos Henrique Bezerra Leite, Sergio Pinto Martins e César Zucatti Pritsch.

Como dito, não são poucos aqueles que têm a honra e a alegria de ver o seu nome imortalizado em um livro de Direito e Processo do Trabalho que se presta a homenagear a Professora Denise Fincato.

Conheço quase todos os autores, colegas, alunos e ex-alunos. É um prazer estar do lado dele, mas, repito, é uma honra apresentar um livro que presta uma homenagem tão justa e tão merecedora. Por todas as razões, entre tantos grandes nomes, ser distinguido com o convite para prefaciar este livro, me emocionou. Sou grato às organizadoras, cumprimento à editora e recomendo a obra ao público.

Gilberto Stürmer

Professor Titular de Direito do Trabalho da PUCRS
Graduação e Pós-Graduação
Advogado

SUMÁRIO

A TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO POR MEIO DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA	11
Ana Carolina do Prado Lima Petrucci Bárbara Fagundes Luciane Cardoso Barzotto	
SUPREMACIA DO MODELO NEGOCIADO SOBRE O MODELO LEGISLADO NA REFORMA TRABALHISTA SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES	27
Carlos Henrique Bezerra Leite	
SI HAY LEYES DE ANTIDISCRIMINACIÓN ¿POR QUÉ LAS MUJERES NO DEMANDAN JUSTICIA? UNA MIRADA AL LITIGIO DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CASI AUSENTE EN BRASIL	44
Cesar Zucatti Pritsch	
A PROBLEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO PARA ALÉM DA LETRA DA LEI: UMA ANÁLISE EMPÍRICA E SOCIOLÓGICA	75
Cíntia Guimarães	
O DIREITO À DESCONEXÃO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO	92
Eduardo de Souza Xavier Fernando Augusto Melo Colussi	
POR UM TRABALHO DECENTE E SUSTENTÁVEL	107
Elizabet Leal da Silva Carla Evelise Justino Hendges	
MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS: APROXIMAÇÃO COM A REFORMA TRABALHISTA?	123
Gilberto Stürmer Maria Cláudia Felten	
A PROTEÇÃO SOCIAL PARA AS MULHERES: EM BUSCA DA CIDADANIA	139
Jane Lucia Wilhelm Berwanger	
A APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15) AO PROCESSO DO TRABALHO	155
Jaqueline Mielke Silva José Tadeu Neves Xavier	

LA REFORMA LABORAL DE LAS CONTRATAS EN ESPAÑA	169
Jesús Lahera Forteza	
A DISPENSA COLETIVA E A (DES) NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO PRÉVIA.	182
Juliano Gianecchini Fernandes Mérlan de Deus Bitencourt	
CADEIAS PRODUTIVAS DO SETOR TÊXTIL: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DE TODOS OS NÍVEIS DA CADEIA NA OCORRÊNCIA DE TRABALHO ESCRAVO	198
Leiliane Piovesani Vidaletti	
TELETRABALHO TRANSNACIONAL: O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO	215
Manoela De Bitencourt	
ACIERTOS Y PUNTOS CRÍTICOS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA SOBRE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE CONTRATAS. ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS Y PROPUESTA DE REFORMA	229
Margarita Tarabini-Castellani Aznar	
MEIO AMBIENTE, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E ASSÉDIO MORAL: UM NOVO ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TST	246
Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha Caroline Silva Fenilli Pettenuzzo Genilson Valença dos Santos	
O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA	269
Maurício Antonacci Krieger César Renan Rodrigues dos Santos Filho	
A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E A PRESCRIÇÃO	287
Rodrigo Coimbra	
A PROLETARIZAÇÃO DA PROFISSÃO DA ADVOCACIA CHEGOU AO CONGRESSO NACIONAL	306
Rodrigo Trindade de Souza	
A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR EM FACE DA LEI Nº 13.709/2018: QUANDO O ACESSO À JUSTIÇA PODE VIOLAR DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS	323
Rosane Leal da Silva	
FUNDAMENTOS PARA A VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO JURISDICCIONAL	340
Sérgio Augusto da Costa Gillet	
MULTA APLICADA AO JOGADOR DE FUTEBOL	363
Sergio Pinto Martins	

A TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO POR MEIO DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA

Ana Carolina do Prado Lima Petrucci

Bárbara Fagundes

Luciane Cardoso Barzotto¹

INTRODUÇÃO

Dentre os novos institutos criados pela Lei n. 13.467/2017 (conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista), estão o termo anual de quitação de obrigações trabalhistas, previsto no artigo 507-B da CLT, e a jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, positivada nos artigos 855-B e 855-E da CLT. São institutos novos, mas trazem recordações de outras formas de quitação de obrigações trabalhistas previstas na legislação anterior à atual Lei n. 13.467/2017, como a quitação quinquenal de obrigações trabalhistas decorrentes de contrato de trabalho rural, conforme o artigo 233 da CF/88, revogado pela Emenda Constitucional n. 28/2000 e as disposições e discussões teóricas acerca da extensão do termo de rescisão contratual homologado pelo sindicato. A despeito da estranheza que os novos institutos podem causar, é certo que a pacificação social de conflitos e a solução definitiva desses permeia as preocupações de membros dos três poderes. A Súmula 330 do TST revela que o tema da quitação extrajudicial de obrigações trabalhistas, mesmo com assistência sindical, provocava inquietações no judiciário trabalhista em especial quanto aos seus efeitos e à sua extensão.

Os novos institutos induzem, outrossim, a uma reflexão acerca de antigas práticas no âmbito da Justiça do Trabalho quanto aos efeitos dados aos acordos ho-

¹ Respectivamente advogada trabalhista e mestranda da UFRGS; Juíza do Trabalho e mestranda da UFRGS, Juíza do trabalho e Professora do PPGD UFRGS.

mologados, como a possibilidade de quitação ampla e irrestrita do extinto contrato de trabalho, inclusive quanto a parcelas que não são objeto de litígio. É importante analisar a existência de fundamentos teóricos e científicos que autorizam ou não a manutenção da referida prática. Em suma, este trabalho visa a examinar novos institutos criados pela Lei da Reforma Trabalhista, revisitando antigas formas de quitação de obrigações trabalhistas por meio de estudos doutrinários e decisões judiciais sobre os temas. Paralelamente, será feita uma reflexão sobre a conciliação judicial e a extensão de seus efeitos. A quitação de obrigações trabalhistas segue a ser um tema delicado e recorrente na legislação, na jurisprudência e na doutrina, motivo pelo qual se trata de assunto de extrema relevância social e jurídica.

ASPECTOS CONTRATUAIS DA TRANSAÇÃO

A referida Lei n. 13.467/2017 introduziu duas novas formas de extinção de obrigações decorrentes do contrato de trabalho, quais sejam: o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, previsto no artigo 507-B da CLT, e o processo de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial, positivado conforme artigos 855-B a 855-E da CLT. Ambas são formas novas de prova de quitação de obrigações trabalhistas que dão ensejo ao debate acadêmico acerca de sua constitucionalidade e cientificidade. Tanto o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas quanto o processo de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial têm como escopo conceder ao devedor, ou seja, ao empregador, segurança jurídica no que tange à prova do adimplemento das obrigações do contrato de trabalho. A segurança jurídica pretendida pelo legislador, no entanto, tem se encaminhado de forma paralela a evitar a judicialização dos conflitos trabalhistas.

Assim, segurança, em princípio, de acordo com a interpretação dada pelo legislador infraconstitucional, seria sinônimo de afastamento do acesso à justiça ao trabalhador, não quanto ao ajuizamento, mas sim quanto ao exame do conteúdo da relação jurídica contratual existente entre empregado e empregador. A tutela jurisdicional dada ao trabalhador, no que concerne à sua profundidade, tenderia a ser prejudicada com as novas formas de prova de extinção das obrigações contratuais trabalhistas. Se pretenderia limitar o juiz ao exame da existência de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas e a homologar através de processo de jurisdição voluntária acordo extrajudicial firmado pelas partes?

Por outro lado, diariamente, os juízes do trabalho homologam acordos judiciais que, em sua maioria, dão quitação do contrato de trabalho e de todas as

obrigações havidas entre as partes, o que inclui pretensões não formuladas em juízo, isto é, que não constam na petição inicial de qualquer ação em que litigam as partes que tem o intento de conciliar. Trata-se de acordo judicial que concede ao devedor segurança jurídica de que os conflitos decorrentes do contrato de trabalho não mais serão objeto de ação judicial. Logo, também seria, em tese, uma forma de afastar o acesso ao judiciário do empregado que ajuizou ação anteriormente e solucionar o conflito de forma definitiva. O exame e as críticas às novas formas de prova da extinção contratual trabalhista implicam, outrossim, uma reflexão sobre a mencionada prática judicial trabalhista, especialmente, acerca de sua constitucionalidade e sustentação científica com base na teoria do adimplemento.

As relações humanas são regidas por contratos. No entanto, nem toda relação contratual atinge seu escopo, qual seja: o adimplemento das obrigações dela decorrentes. Ademais, hodiernamente a obrigação contratual é vista como um processo, sendo, portanto, mais complexa e fracionada por, no mínimo, três fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual. Além disso, a relação contratual não mais se limita ao cumprimento da obrigação principal, tendo obrigações secundárias e laterais. Não bastasse a complexidade inerente das relações jurídicas contratuais, a relação de emprego lida com elementos ainda mais delicados, quais sejam: a vulnerabilidade (de caráter econômico, social, técnico) da parte que arrisca sua integridade física para adimplir o contrato, isto é, o empregado; a desigualdade fática e material entre as partes contratantes e a necessidade de conferir à parte mais fraca a possibilidade de contratar e, por consequência, dar quitação de obrigações adimplidas. Em mundo em que as relações humanas são majoritariamente estabelecidas por contratos, é imperiosa a necessidade de reconhecer a quitação de obrigações adimplidas para a pacificação social e a solução definitiva de conflitos. No entanto, o adimplemento de obrigações entre um contratante, *a priori*, vulnerável e outro que não tem a mesma característica merece uma análise diferenciada a fim de se evitar que o mais forte imponha sua força ao mais fraco, dando ensejo a injustiças. No âmbito civil, a transação – judicial e extrajudicial – é utilizada em larga escala. A sociedade clamava, de muito, a adequação do Código Civil de 1916 à nova realidade social. Ocorrida em 2002, a mudança do Código Civil é significativa, trazendo um conteúdo transparente, inclusive no que tange à transação e à própria liberdade contratual, a qual encontra limite no fim social e a ele não pode contrariar. A transação, seja extrajudicial ou judicial, encontra vasta utilização na esfera cível – de onde se pode extrair o seu conceito, através do disposto no artigo 840²,

² Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

do Código Civil de 2002 (CC), tratando-se de negócio jurídico, de cunho contratual, bilateral e consensual, realizado entre as partes para impedir ou extinguir litígios, ou retirar a dúvida da relação jurídica preexistente, mediante concessões mútuas ou troca de determinadas vantagens pecuniárias³. Saliente-se que não há necessidade de que as concessões sejam equivalentes ou proporcionais⁴.

A transação, na medida em que se trata de espécie contratual, é regida pelos mesmos princípios norteadores dos contratos. Estes são dirigidos por princípios específicos à sua natureza, além daqueles que fundamentam todo o sistema jurídico em geral, compreendendo o da autonomia de vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e o da boa-fé⁵. Pode-se citar, ainda, o princípio do equilíbrio econômico, o da função social do contrato e o da relatividade dos efeitos contratuais, que surgem por desdobramento dos princípios anteriormente referidos⁶.

O princípio da autonomia de vontade, objeto de análise do presente estudo, é o que traduz a essência do contrato, porquanto consiste na liberdade de contratar. Para ser autônoma, deve ser manifestada sem qualquer influência de coerção física ou psíquica. Sem a observação do princípio em apreço, portanto, não há manifestação volitiva livre e, dessa forma, não há validade atribuída ao próprio negócio jurídico. De qualquer sorte, não pode ser ignorada a existência de normas proibitivas e imperativas, as quais obstam a liberdade de ação individual, sujeitando-se os contratantes, portanto, “sua vontade ao ditado dos princípios da ordem pública e dos bons costumes”⁷. No Brasil, o Código Civil de 2002 disciplina amplamente a validade do ajuste entre as partes⁸, conforme se observa, por exemplo, nos seus artigos 156⁹, 157¹⁰ e 478¹¹. Nesta linha, o Código Civil de 2002, ao consagrar o princípio da

³ DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código civil, v. XI, tomo 2: das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da finança, da transação, do compromisso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 745, p. 27-40, nov. 1997.

⁶ GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2002.

⁹ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

¹⁰ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹¹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

autonomia privada, trouxe também uma nova limitação à liberdade de contratar, ao determinar no artigo 421, que esta “será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o que está em plena consonância com o parágrafo único¹², do artigo 2.035, do mesmo Código.

Esta atual codificação dos contratos – a exemplo do artigo supracitado – considera, além do caráter privado do negócio jurídico, o comunitário, uma vez que este prepondera ao interesse individual, e demonstra a necessidade de serem observados os novos parâmetros de justiça contratual, quando da formalização dos ajustes, trazidos pelo crescimento da economia e pelas transformações sociais¹³.

OS LIMITES DA TRANSAÇÃO EXTRACONTRATUAL E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO DIREITO DO TRABALHO

O instituto da jurisdição voluntária, entretanto, ainda encontra muita discussão quanto à sua operacionalidade e amplitude. Nesse aspecto, destaca-se a primeira audiência pública realizada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) em 25 de outubro do ano corrente na sede do Tribunal Superior do Trabalho, com intuito de debater a homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho, na qual mais de trinta expositores apresentaram sugestões e preocupações envolvendo a jurisdição voluntária trazida pela Lei nº 13.467/2017:

Na abertura da audiência, o presidente do TST e do CJST, ministro Ives Gandra Martins Filho, observou que tanto o novo Código de Processo Civil quanto a reforma trabalhista preveem a possibilidade de a Justiça do Trabalho homologar acordos firmados extrajudicialmente. A iniciativa da audiência, assim, visa colher subsídios por parte de todos os que estão diretamente envolvidos com a temática para que o CSJT possa regulamentar algumas normas com a entrada em vigor da reforma trabalhista do ponto de vista dos procedimentos, das estatísticas e de uma orientação geral para toda a Justiça do Trabalho¹⁴.

¹² Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a (cont.) vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹³ LOUREIRO, op. cit.

¹⁴ Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-31/justica-trabalho-debate-homologacao-acordos-extrajudiciais?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

Importantes questões foram debatidas na referida audiência pública, tais como a abordagem da jurisdição voluntária como meio de pacificação social e de saudável contenção de demandas no Judiciário; o papel do magistrado nos casos que envolvam interesse público, direitos de personalidade e direitos fundamentais do trabalhador; e a importância da construção de jurisprudência e de recomendações sobre o novo procedimento a ser adotado para as homologações dos acordos extrajudiciais, entre outros. O que se verifica, é que, através da figura da jurisdição voluntária, o legislador “reconheceu, tal qual no processo civil, a autocomposição extrajudicial, devidamente homologada, como título executivo judicial”¹⁵. Entretanto, está claro que não competirá ao juiz trabalhista a função de “mero homologador”, pois caberá a este analisar criteriosamente a petição de acordo apresentada, devendo respeitar a vontade das partes (mas examinando se a vontade das partes está isenta de vícios) e, ao mesmo tempo, velando pela legalidade (verificando eventual violação de lei imperativa, renúncia a direitos irrenunciáveis¹⁶, entre outros aspectos).

Quanto a este último aspecto, no que tange ao princípio da irrenunciabilidade, destaca-se que está atrelado à noção de indisponibilidade de direitos pelo trabalhador¹⁷. Em razão deste princípio, via de regra, o trabalhador não pode abrir mão dos direitos que lhe são conferidos pelas normas jurídicas¹⁸. Contudo, a Reforma Trabalhista trouxe a possibilidade de negociação direta entre empregado e empregador, inclusive com a renúncia de diversos direitos trabalhistas (exceção feita aos direitos constitucionalmente previstos¹⁹), no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social²⁰. Trata-se, portanto, de reconhecimento legal da situação de menor hipossuficiência do trabalhador, que passa a ser critério objetivo de flexibilização do princípio da irrenunciabilidade.

Assim, o princípio da irrenunciabilidade é instrumento de proteção do trabalhador, que visa a amenizar a desigualdade econômica existente entre os polos

¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista: Lei 13467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método; Gen, 2017.

¹⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁷ BARROS, op. cit.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁹ Art. 611-B.

²⁰ Art. 444, parágrafo único.

da relação de emprego, através da aplicação da vontade imperativa da lei²¹. As normas imperativas, no entanto, não excluem por completo a vontade do particular, mas estabelecem garantias que assegurem a sua livre manifestação²². Inclusive, admite-se que o trabalhador renuncie a seus direitos se estiver em juízo, porquanto, nessa hipótese, não há a presunção de que o obreiro esteja sendo forçado ou pressionado a renunciar²³.

Deve ser ressaltado que o artigo 840, do Código Civil, ao restringir a transação a direitos patrimoniais de caráter privado, não definiu a natureza jurídica da relação objeto de transação – se real ou obrigacional. Assim, “a restrição aqui apontada compreendeu os direitos em si mesmos, sem exclusão dos efeitos patrimoniais que possam gerar”²⁴. Exemplificativamente, pode-se afirmar que os direitos personalíssimos são indisponíveis e, no entanto, a compensação pecuniária postulada em decorrência de dano moral poderá ser objeto de transação²⁵. Destarte, percebe-se claramente que, no Direito Civil, ainda que o direito objeto da transação seja indisponível, os efeitos econômicos decorrentes podem ser abrangidos por esta. Sendo assim, a transação não poderá negociar direitos indisponíveis, mas eventuais efeitos (que estejam em comércio) decorrentes destes poderão ser objeto de conciliação entre as partes²⁶.

A seu turno, inquestionavelmente o Direito do Trabalho deve primar pela proteção ao trabalhador, bem como pelo atendimento aos princípios que o norteiam. No entanto, a aceitabilidade da transação extrajudicial não se mostra contrária aos fundamentos deste ramo do Direito, desde que efetivamente observada a satisfação dos seus pressupostos de validade, em especial, no que tange à capacidade, às concessões recíprocas e à livre manifestação de vontade. Tendo em vista que a jurisdição voluntária somente começou a ser aplicada com a vigência da nova lei trabalhista, ainda não há jurisprudência formada a respeito, mas, diante dos debates travados sobre esta matéria²⁷, a transação extrajudicial possivelmente não poderá versar sobre direitos irrenunciáveis, o que violaria, *a priori*, o princípio da

²¹ NASCIMENTO, op. cit.

²² RODRIGUEZ, op. cit.

²³ MARTINS, op. cit.

²⁴ PEREIRA, op. cit., p. 508.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁶ PEREIRA, op. cit.

²⁷ A exemplo da audiência pública anteriormente referida.

imperatividade das normas trabalhistas e o próprio princípio da irrenunciabilidade. Por outro lado, consoante destacado em relação ao artigo 840 do Código Civil, parece haver espaço para transação de eventuais *efeitos econômicos* decorrentes de direitos indisponíveis.

Assim, presentes todos os requisitos de validade do negócio jurídico, parece crível entender-se pela validade da transação extrajudicial individual, submetida ao procedimento da jurisdição voluntária, propiciando maior segurança jurídica às partes que livremente aceitaram os termos pactuados no acordo, em atendimento à disposição constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXVI²⁸. Em síntese, o novo instituto trará antigos debates sobre direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

O termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, o processo de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial e a conciliação judicial existente mesmo antes da Lei n. 13.467/2017 são formas de extinção de obrigações trabalhistas com requisitos diferenciados que visam a proteger o contratante vulnerável. Os elementos de proteção da parte mais fraca são, em suma, para o termo de quitação anual do contrato de trabalho, a necessária intervenção sindical para sua validade, bem como a discriminação das obrigações cumpridas mensalmente, conforme disposto no artigo 507-B da CLT. Para o acordo extrajudicial a ser homologado judicialmente, através de processo de jurisdição voluntária, os requisitos são, em resumo, a petição conjunta firmada por advogados distintos para as partes acordantes e análise pelo juiz dos termos do acordo, conforme artigos 855-B a 855-E da CLT. O acordo judicial, a ser turno, é firmado após as partes iniciarem o litígio. A existência de lide efetiva e o exame pelo juiz dos termos do acordo conferem validade à homologação judicial da conciliação entre as partes.

Em princípio, pode-se dizer que os requisitos do termo de quitação anual do contrato de trabalho e do acordo extrajudicial a ser homologado judicialmente através de processo de jurisdição voluntária são insuficientes para concessão de quitação ampla e irrestrita pretendida, conforme interpretação literal dos artigos 507-B da CLT e 855-B a 855-E da CLT. Os requisitos das citadas formas de extinção

²⁸ Art. 5º. [...].

XXXVI: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

contratual não tutelam o empregado hipossuficiente de a forma a impedir razoavelmente que o empregado seja prejudicado pelo empregador. As formas existentes anteriormente de quitação, como os termos firmados em Comissão de Conciliação Prévia, também não conferiam proteção suficiente ao obreiro a fim de que esse concedesse extinção contratual com “eficácia liberatória geral” – o que implicava na própria insegurança jurídica ao empregador que optava por essa forma de ajuste.

Quanto ao alcance da eficácia liberatória temos anteriormente o seguinte entendimento da Súmula 330 do TST, especificamente nos seus itens I e II:

Súmula 330 do TST. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I — A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo;

II — Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Por esta súmula acima citada, a quitação extrajudicial é restrita. Entretanto, o próprio STF já decidiu pela eficácia liberatória geral em caso do PDVs, Recurso Extraordinário (RE) 590415, que teve repercussão geral reconhecida e também há uma brecha para a liberação geral a partir da OJ **270 da SDI-1 do TST** ... “a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica apenas quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”, salvo se quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego tiver sido dada em item constante de instrumento coletivo negociado e de demais instrumentos assinados pelo empregado.

Dá-se aos citados artigos interpretação conforme a Constituição, limitando-se, via de regra, a quitação restrita aos valores e às parcelas especificadas seja no termo de quitação anual seja na sentença homologatória do acordo extrajudicial.

Segundo já abordado, anteriormente, entretanto, o tratamento a acordos extrajudiciais firmados por empregados hiperssuficientes ou envolvendo o pagamento de outras parcelas não previstas em lei ou contrato, por exemplo, poderá ser dis-

tinto, tendo o juiz a faculdade de designar audiência para confirmar a manifestação de vontade das partes.

Quanto à conciliação judicial, a hipótese é de que a quitação ampla e irrevogável é possível somente após a apresentação de defesa, quando existe razoável certeza de lide efetiva.

Veja-se que a Reforma Trabalhista de 2017 institucionalizou a jurisdição voluntária do Judiciário seja por limitar de um lado este papel aos sindicatos, seja por ampliar a própria competência. Não haverá mais a homologação sindical obrigatória, de acordo no art. 477 da CLT (mantida a exceção art. 500 da CLT).

Em síntese, o Poder Judiciário, de qualquer forma, sempre permaneceu atento à importância da conciliação, ainda que na esfera judicial. Destacam-se, nesse sentido, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e o Ato Conjunto n. 9/TST.CSJ.T.GP, de 11 de março de 2016, que instituem mecanismos judiciais de promoção à conciliação.

O debate sobre a transação no Direito do Trabalho, muito embora encontrando resistência, em especial quanto à transação extrajudicial, sempre esteve presente quer seja no Poder Judiciário, quer seja no Poder Legislativo. E foi através deste último que a transação extrajudicial passará a ser capitulada na CLT, através da jurisdição voluntária (Capítulo III-A, artigos 855-B a 855-E c/c artigo 652, alínea “f”), a partir de 11/11/2017 (entrada em vigor da Lei nº 13.467/17).

A partir destes dispositivos legais trazidos pela Reforma Trabalhista, passou a ser viável a homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho, sendo ampliada a competência do Judiciário trabalhista, que passará a “decidir junto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho” (art. 652, “f”, da CLT).

REQUISITOS DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL.

Quanto à jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, prevista nos artigos 855-B a 855-E da CLT, Rafael Lara Martins cita a preocupação do legislador em esclarecer que as partes devem ser representadas por advogados distintos. Além disso, acrescenta o autor que, apesar de a lei não tratar especificamente da hipótese, é inviável a representação das partes por advogados distin-

tos de um mesmo escritório de advocacia²⁹. Para Francisco Antonio de Oliveira, a exigência de advogado não foi acertada, pois a regra geral é a não obrigatoriedade de patrocínio por procurador, conforme artigo 791 da CLT. Assim, apesar do texto legal, o autor referido entende que não haverá nulidade em caso de apresentação de petição conjunta de acordo extrajudicial sem auxílio de advogado³⁰. Para Homero Batista Mateus da Silva, os artigos 855-B a 855-E da CLT são bastante ambiciosos, especialmente pelo combate que se desenvolveu, na prática, contra lides simuladas que visavam à quitação de todas as obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.³¹ Cita o autor a necessidade de análise pelo juiz dos termos do acordo extrajudicial, podendo recusar a homologação ou fazê-la de forma parcial com efeitos restritos³². Observa-se que, pela Súmula 418 do TST, a homologação de acordo representa faculdade do juiz, sem direito líquido e certo garantido por mandado de segurança. Vejam-se os requisitos legais, a partir da vigência da Reforma Trabalhista de 2017, para a homologação extrajudicial:

Empregado e empregador, não poderão estar representados por advogado comum (vide § 2º do art. 855-B da CLT);

Uma das partes pode distribuir petição de acordo, que deverá ser analisada no prazo de 15 (quinze) dias com designação de audiência, se o magistrado a entender necessária;

- a) o empregado não estará sozinho no processo para homologação do acordo e pode ser assistido por sindicato de sua categoria profissional, que poderá, inclusive, invocar o pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT;
- b) o juiz proferirá decisão para acolher ou rejeitar o pedido de homologação do acordo, de modo fundamentado conforme 93, IX, da Constituição da República, do art. 489 do CPC/2015 e do art. 832 da CLT;
- c) a petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados;
- d) eventual não homologação enseja recurso ordinário para o TRT.

²⁹ MARTINS, Rafael Lara (In) RODRIGUES, Deusmar José Rodrigues, coordenador e coautor. Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2017, p. 309.

³⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Reforma Trabalhista: Comentários à Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 96.

³¹ SILVA, Homero José Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 165.

³² SILVA, Homero José Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 167.

O TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Prevê o artigo 507 da CLT:

É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

No que concerne ao termo anual de quitação de obrigações trabalhistas previsto no artigo 507-B da CLT, Antônio Umberto de Sousa Júnior em obra organizada por Deusmar José Rodrigues aponta que o citado instituto soma-se a outras hipóteses de desjudicialização do sistema de composição de conflitos³³. Cita também o autor a recordação que o mencionado artigo traz com relação a um procedimento de jurisdição voluntária contemplado no texto original da Constituição Federal para a quitação periódica das obrigações trabalhistas rurais: o artigo 233 da CF/88, revogado pela Emenda Constitucional n. 28/2000. Mencionam-se algumas lacunas existentes no novel dispositivo da CLT, por exemplo, a inexistência de previsão de prazo decadencial para apresentação do termo de quitação anual ao sindicato profissional, a lacuna quanto à gratuidade ou à onerosidade da assistência sindical a ser prestada, a inexistência de previsão de recusa de homologação e de aposição de ressalvas no termo de quitação anual.

Acusa-se o legislador de ter agido de forma confusa quanto à quitação de obrigações trabalhistas, pois extinguiu um ritual extrajudicial muito útil para resguardar os empregados e conferir segurança jurídica ao empregador, referindo-se à homologação sindical do termo de rescisão contratual. Apesar das lacunas da legislação, pode-se dizer que o termo anual de quitação tem prazo decadencial de um ano, podendo se referir apenas a obrigações dentro do ano subsequente a que se aludam. Defende-se ainda gratuidade da homologação sindical, conforme o artigo 477, §7º da CLT e que o sindicato pode apor ressalvas no termo de quitação anual, uma vez que deve zelar pelos direitos dos integrantes da categoria, podendo figurar inclusive como litisconsorte passivo na ação a ser ajuizada contra

³³ SOUSA JÚNIOR, Antônio Umberto (In) RODRIGUES, Deusmar José Rodrigues, coordenador e coautor. Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2017, p. 203.

o empregador nos casos de homologação indevida ou de ausência de ressalvas relevantes³⁴. Homero Batista Mateus da Silva também relembra o artigo 233 da CF/88, revogado pela Emenda Constitucional n. 28/2000 e cita que o dispositivo mencionado não apresentou na época de sua vigência desenvolvimento teórico suficiente. Ressalta o autor a dificuldade de estabelecer a natureza jurídica do termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, mas aduz que a figura que mais se aproxima do novo instituto é o acordo extrajudicial³⁵. Cita o autor a eficácia liberatória expressamente prevista no dispositivo, mas ressalta não ser possível conferir os efeitos da coisa julgada material ao termo anual de quitação de obrigações trabalhistas, ainda que essa seja a intenção do legislador³⁶. Quanto à onerosidade da homologação sindical, o autor conclui ser possível a cobrança de taxa, uma vez que não há vedação, além de citar que se trata de uma tendência em razão de a contribuição sindical não ser mais obrigatória³⁷. Francisco Meton Marques de Lima igualmente rememora as semelhanças do novo dispositivo da CLT com o antigo artigo 233 da CF/88. Aduz o autor que, apesar de o sindicato perder a atribuição de homologação das rescisões contratuais, passa a ter a nova tarefa de firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas³⁸. Defende o autor também a possibilidade de cobrança de taxas para a atuação sindical prevista no artigo 507-B da CLT em razão da ausência de previsão de gratuidade³⁹. Francisco Antonio de Oliveira refere que, com o termo anual de quitação de obrigações trabalhistas, o empregado não terá sucesso em ação futura, salvo se provado vício de consentimento.⁴⁰

Feitas estas considerações doutrinárias, pelo que se observa., é a jurisprudência que dará o alcance dos efeitos da expressão “eficácia liberatória” por conta dos posicionamentos recentes do STF em situações que envolvem a intermediação da entidade sindical.

³⁴ Idem, p. 207.

³⁵ SILVA, Homero José Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 100-1.

³⁶ Idem, p. 100-1.

³⁷ Idem, p. 101.

³⁸ LIMA, Francisco Meton Marques de e Francisco Pércles Rodrigues Marques de Lima. Reforma Trabalhista: Entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017, p. 82.

³⁹ Idem, p. 82.

⁴⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Reforma Trabalhista: Comentários à Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 55.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista trouxe uma forma extrajudicial, *a priori*, válida de solução de conflitos, desde que submetida ao Poder Judiciário para homologação, denominada jurisdição voluntária. Outra novidade seria o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas.

Contudo, a figura da jurisdição voluntária prevista na Lei nº 13.467/17 traz à baila questões atinentes à autonomia da vontade do trabalhador e à possibilidade ou não de negociação de direitos irrenunciáveis ou indisponíveis pelo trabalhador. O estudo da transação extrajudicial no âmbito do Direito do Trabalho sempre foi um assunto tormentoso. O princípio da autonomia da vontade – requisito essencial para validade dos negócios jurídicos – encontrou terreno árido no Direito do Trabalho, mormente em razão do confronto com o princípio basilar da proteção do empregado⁴¹.

Diante disto, aspectos relevantes foram trazidos à discussão, no final deste primeiro ano de reforma, tais como a eventual existência de limites a estas negociações, levando-se em consideração o princípio da proteção do empregado e o princípio da irrenunciabilidade de direitos e o ocasional conflito destes com a autonomia da vontade das partes – pressuposto de validade dos negócios jurídicos.

O Direito do Trabalho no Brasil, por sua vez, através da Lei nº. 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista), parece ter buscado tratar da transação extrajudicial, por um lado, de forma a trazer uma regulamentação que acompanhe a dinâmica das relações sociais e das próprias relações de trabalho e, por outro lado – ao condicionar a validade desta transação à homologação judicial – preservando os princípios protetivos que são inerentes ao Direito do Trabalho.

Em realidade, a necessidade de dar validade à autocomposição das partes já despertava a atenção do Direito do Trabalho há bastante tempo. Não por outro motivo, foram criadas as Comissões de Conciliação Prévia, com o objetivo de reduzir o volume de reclamações trabalhistas levadas ao judiciário, bem como de viabilizar a autocomposição entre as partes (artigos 625-A a 625-H da Consolidação das Leis do Trabalho). A criação das Comissões de Conciliação Prévia pela Lei n. 9.958/00, que acrescentou à CLT o Título VI-A, com o intuito de conciliar os conflitos trabalhistas no âmbito da empresa ou do sindicato, a fim de desafogar a Justiça do Trabalho, bem como de viabilizar a autocomposição entre as partes, mas se revelou

⁴¹ E, neste aspecto, a própria dependência econômica do empregado já era suficiente a reconhecer o vício presumido de vontade.

um fracasso do ponto de vista da sua aplicabilidade⁴². Criou-se mais insegurança jurídica às partes, tornando sua atuação praticamente inexistente e fadada ao fracasso. Ao incluir o artigo 855-B na CLT, a Lei da Reforma Trabalhista parece dar maior reconhecimento à natureza contratual da transação extrajudicial no âmbito trabalhista e, conseqüentemente, à autonomia da vontade das partes, diminuindo o grau de intervenção do Estado em eventuais negociações realizadas, ainda que haja necessidade de submetê-las à apreciação do Poder Judiciário para homologação.

Um ano após a vigência da reforma, a 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre conheceu menos de cinco ações de homologação extrajudicial de acordo. Isso se repete em outras localidades. Como poucas foram as demandas submetidas ao judiciário na modalidade de jurisdição voluntária de transação extrajudicial, neste ano posterior à reforma, entende-se que talvez este aspecto da lei ainda não tenha caído nas graças do empregado e do empregador – até mesmo pela incerteza da forma com que será interpretado –, deixando de trazer os benefícios pretendidos de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.
- CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho, 6. Ed. Niterói: Impetus, 2012.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista: Lei 13467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método; Gen, 2017.
- CAVALCANTE, Rodrigo Arantes e Renata do Val. Reforma Trabalhista: Comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e tratados internacionais. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, José Augusto. Comentários ao novo Código civil, v. XI, tomo 2: Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁴² LIMA, op. cit.

- LIMA, Francisco Meton Marques de e Francisco Pércles Rodrigues Marques de Lima. Reforma Trabalhista: Entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 10. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.
- LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 745, p. 27-40, nov. 1997.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2002.
- MANRICH, Nelson. A modernização do contrato de trabalho. São Paulo: Ltr, 1998.
- MARINONI-ARENHART-MITIDIERO, Novo Curso de Processo Civil, 3. Ed. São Paulo: RT, 2017, vol. I.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. Direito civil: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Reforma Trabalhista: Comentários à Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017. São Paulo: LTr, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- RODRIGUES, Deusmar José Rodrigues, coordenador e coautor. Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2017.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. atual., trad. e rev. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado, vol 8: justiça do trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SILVA, Homero José Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: análise da Lei n. 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SUPIOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho. Lisboa. Fundação Calouste Gulbekian, 2016.
- SUPIOT, Alain. O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SUPREMACIA DO MODELO NEGOCIADO SOBRE O MODELO LEGISLADO NA REFORMA TRABALHISTA SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Carlos Henrique Bezerra Leite¹

SUMÁRIO

Introdução. 1 PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. 1.1 Teoria da acumulação. 1.2 Teoria do conglobamento. 1.3 Teoria da incindibilidade dos institutos. 2 A REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017) E A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. 3. INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVEL ART. 611-A DA CLT. 4 INCONVENCIONALIDADE E INCONVENIÊNCIA DO NOVEL ART. 611-A DA CLT. Considerações finais. Bibliografia.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar, sob o enfoque dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores e da hermenêutica constitucional, dispositivos da Lei 13.467 e da Medida Provisória 808, ambas de 2017, que instituíram a chamada Reforma Trabalhista no Brasil e introduziram na Consolidação das Leis do

¹ Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual do Trabalho (Graduação) e Direitos Humanos Sociais Metaindividuais (PPGSS em Direitos e Garantias Fundamentais) da FDV-Faculdade de Direito de Vitória. Advogado e Consultor Jurídico. Desembargador do TRT da 17ª Região/ES (aposentado). Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Foi Professor Associado de Direitos Humanos, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UFES, Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho e Procurador do Município de Vitória.

Trabalho - CLT, dentre outros institutos, o novo modelo de supremacia das normas previstas em convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho sobre a lei.

Palavras-chave: Direitos Humanos Fundamentais. Direito do Trabalho. Convenções e Acordos Coletivos do Trabalho.

INTRODUÇÃO

A chamada Reforma Trabalhista foi iniciada em 22.12.2016 com o envio do Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República Michel Temer à Câmara dos Deputados, recebendo o número PL 6.787/2016, o qual alterava apenas as redações ou inseria disposições concernentes aos seguintes artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775. Ou seja, o referido PL 6.787 tratava exclusivamente de 7 (sete) artigos que alterariam a CLT, com ênfase para a introdução do art. 611-A, que instituiu a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo Estado.

O Presidente da República discursou no dia 22.12.2016, alegando que estava encaminhando um projeto de lei, oriundo de ampla discussão do Ministro do Trabalho com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

Estranhamente, porém, o referido PL foi, substancial e antidemocraticamente, ampliado pelo Substitutivo apresentado pelo relator na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho (PSDB), que acrescentou e/ou modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 3 (três) artigos da Lei n. 6.019/74, 1 (um) artigo da Lei n. 8.036/90, 1 (um) artigo da Lei n. 8.213/91 e 1 (um) artigo da MP n. 2.226/01.

Essa proposta legislativa de reforma trabalhista não se limitou apenas a alterar o texto da CLT. Na verdade ela, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, instituiu três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo valores e princípios de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores previstos na lei, na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos sociais.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar o sentido e o alcance dos arts. 611-A e 611-B da CLT, acrescentados pela Lei 13.467/2017, sendo o primeiro alterado posteriormente pela Medida Provisória 808/2017, à luz dos referidos valores e princípios de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

1 PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Cuida-se de princípio que informa a aplicação da norma trabalhista. Vale dizer, existindo mais de uma norma no ordenamento jurídico versando sobre direitos trabalhistas, prevalecerá a que mais favoreça o empregado. Vê-se, portanto, que o direito do trabalho adota a teoria dinâmica da hierarquia entre as normas trabalhistas, pois no topo da pirâmide normativa não estará necessariamente a Constituição, e sim a norma mais favorável ao trabalhador.

O art. 7º, *caput*, da CF recepcionou literalmente o princípio em causa, ao proclamar: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social...” (grifos nossos).

De tal arte, se uma norma estabeleça um direito mínimo e outra maximizar tal direito ao trabalhador, esta última será a aplicável. Exemplificando: se a Constituição diz que o adicional de hora é de, no mínimo, cinquenta por cento (art. 7º, XVI) e a Convenção Coletiva de Trabalho fixa tal adicional em cem por cento, será esta a norma trabalhista aplicável ao caso concreto. Entretanto, se a Convenção Coletiva estabelecer adicional de horas extras inferior a cinquenta por cento, prevalecerá a norma Constitucional, que não permite a redução do patamar mínimo fixado. Vale dizer, ainda que seja possível (excepcionalmente) a redução salarial por meio de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º, VI), estes instrumentos coletivos não podem reduzir o mínimo existencial fixado na Constituição Federal, como no caso do adicional de horas extras.

De outra parte, o princípio em tela não será aplicável diante de norma proibitiva, de ordem pública, imposta pelo Estado, como na hipótese da vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (CF, art. 7º, IV, *in fine*) ou da prevista no art. 623 da CLT, que considera nula a cláusula de convenção ou acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora de política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente. Nesse sentido, o TST editou a Súmula 375, segundo a qual os “reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial”.

A aplicação do princípio da norma mais favorável encontra algumas dificuldades práticas no que respeita à incidência das cláusulas previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Por essa razão, três teorias procuram justificar o critério de aplicação do princípio na hipótese de conflito entre normas jurídicas previstas em instrumentos coletivos de autocomposição: a teoria da acumulação, a teoria do conglobamento e a teoria da incidibilidade dos institutos.

Essas três teorias poderão sofrer impactos importantes em função dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT, todos com redações dadas pela Lei 13.467/2017, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista², exceto se os tribunais do trabalho declararem, incidentalmente, a inconstitucionalidade ou a inconveniência desses dispositivos, como veremos adiante.

1.1 Teoria da acumulação

Como o próprio nome está a indicar, por essa teoria devem ser acumuladas as vantagens outorgadas ao empregado previstas nos diplomas legais e instrumentos normativos (sentença normativa, convenção coletiva e acordo coletivo). O contrato de trabalho seria, assim, uma espécie de “colcha de retalhos”, na medida em que se vão acumulando, entre as diversas normas existentes, os dispositivos, nelas contidos, considerados mais vantajosos ao empregado.

O art. 620 da CLT, em sua redação original, encampa a teoria em apreço, pelo menos quando existir conflito entre convenção e acordo coletivo de trabalho, na medida em que dispõe, in verbis: “As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado do TST:

Acordo coletivo e convenção coletiva. Vigência no mesmo período. Critério de aplicação às relações individuais do trabalho. As condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo (CLT, art. 620). O direito laboral brasileiro adota, como é sabido, o princípio da norma mais favorável, independentemente da hierarquia que se estabelece entre as partes, sem dizer se aplica o critério cumulativo das duas normas coletivas, selecionando, entre elas, as cláusulas mais benéficas e aplicando-as, uma a uma, simultaneamente, ou, se dentro do princípio da unidade da norma, adota o critério globalista, segundo o qual não se podem mesclar normas de instrumentos distintos, empregando-se a que, em seu conjunto, seja mais favorável. Não se pode, data venia, selecionar, entre as normas, as cláusulas mais favoráveis. Com efeito, deve ser aplicada aquela que, no seu conjunto, é mais favorável ao trabalhador, mas sem mesclar cláusulas. O princípio da unidade da norma coletiva recomenda que se aplique o critério globalista, sem perder de vista a especificidade de cada

² O art. 611-A foi alterado parcialmente pela MP 808/2017, que, por sua vez, perdeu eficácia por não ter sido convertida em lei.

instrumento normativo. Todavia, em se tratando de conflito entre convenção e acordo, a lei nacional parece que adotou a teoria cumulativa, ao se referir às condições estabelecidas e, não, ao convênio mais favorável... (TST RR 321.503/96.7 – c. – 1ª T. – j. 24.06.1998 – Rel. Min. Regina Rezende Ezequiel. In: Revista LTr 62-11/1510).

A teoria em apreço atrita com a novel redação do art. 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, que estabelece que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

1.2 Teoria do conglobamento

Também é conhecida como Teoria do Conjunto. Para essa teoria, a aplicação do princípio da norma mais favorável deve levar em conta não cada dispositivo isoladamente considerado, mas o conjunto global de uma determinada fonte do direito do trabalho.

Desse modo, havendo duas ou mais normas previstas em instrumentos coletivos diversos, o intérprete deverá escolher não os dispositivos mais favoráveis pinçados em cada instrumento coletivo, mas sim o próprio instrumento coletivo. Por exemplo, existindo acordo coletivo e convenção coletiva regulando idênticas matérias de modo diverso, deverá prevalecer ou a convenção ou o acordo coletivo em sua integralidade, no seu conjunto, não se podendo extrair isoladamente as cláusulas consideradas mais vantajosas de cada um desses “contratos coletivos”.

Não há consenso a respeito da adoção da teoria do conglobamento diante de fontes autônomas e heterônomas ou entre fontes heterônomas.

1.3 Teoria da incindibilidade dos institutos

Pode-se dizer que essa teoria adota uma posição eclética. Segundo ela, existindo duas ou mais fontes regulando a mesma matéria, não se levará em conta cada um dos seus dispositivos ou cada norma em seu conjunto, mas sim os institutos de direito do trabalho.

Por essa teoria, portanto, é possível combinar as diversas normas existentes na Constituição, na CLT, nas Convenções Coletivas, nos Acordos Coletivos, nos Regulamentos etc., sempre levando em consideração os institutos jurídicos de direito do trabalho mais favoráveis contidos em cada um desses diplomas normativos.

Há quem sustente que essa teoria é adotada no Brasil e na Argentina.

Data venia, não nos parece inteiramente correta a assertiva, pois, como já apontamos, o art. 620 da CLT, em sua redação original, prestigiava, ao menos no que diz respeito ao conflito entre convenção e acordo coletivo, a teoria da acumulação. Entretanto, parece-nos inegável que a teoria do conglobamento colide com a novel redação do art. 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, que estabelece que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Por outro lado, o novel parágrafo único do art. 444 da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, no entanto, relativiza o princípio da norma mais favorável, nos seguintes termos:

A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso do empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Esse dispositivo, a nosso sentir, é de indubitosa inconstitucionalidade, por atritar com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 7º, *caput*, e XXXII, e 170 da CF, os quais enaltecem a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a função social da empresa, a proibição de discriminação de qualquer natureza e abominam qualquer “distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

2 A REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017) E A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Tramitava no Congresso Nacional, desde 11.04.2016, o PL 4.962, de autoria do Deputado Julio Lopes (PP-RJ), que alterava apenas o art. 618 da CLT, dispondo, em linhas gerais, que as condições de trabalho negociadas coletivamente, isto é, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, prevalecem sobre a lei.

Na verdade, já houve um projeto semelhante, o Projeto de Lei 5.483/2001, oriundo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que não obteve êxito em sua tramitação no Congresso Nacional.

No Governo do Presidente Michel Temer entra em vigor, em 11/11/2017, a Lei 13.467, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista, que instituiu o cha-

mado modelo “negociado sobre o legislado”, isto é, um novo sistema de hierarquia das fontes em que as cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos prevalecem quando conflitarem com as disposições previstas em lei. É o que se infere do art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, posteriormente alterada pela MP 808/2017.

Com efeito, dispõe o art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, *in verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever

a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Poucos dias depois da *vacatio legis* da Lei 13.467/2017 (11/11/2017), o Presidente da República editou a Medida Provisória 808, de 14/11/2017, que alterou diversos dispositivos da CLT, dentre eles o art. 611-A, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

.....
XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

.....
§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.” (NR)

Além disso, o inciso III do art. 3º da MP 808/2017 revogou expressamente “o inciso XIII do *caput* do art. 611-A” da CLT. Entretanto, essa MP não foi convertida em lei, perdendo eficácia desde a sua edição.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 611-A DA CLT

Parece-nos, porém, que o novel art. 611-A da CLT ofende os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, mormente o princípio da legalidade, pois a nossa Constituição diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa senão em virtude de lei. Convenções e acordos coletivos são leis? As convenções e os acordos coletivos in pejus aos trabalhadores podem ser interpretados em desarmonia com o arts. 7º, *caput*, e 5º, § 2º, da CF?

De outra parte, sabe-se que todos os direitos dos trabalhadores previstos na legislação infraconstitucional implicam melhoria de sua condição social, razão pela qual se conclui que foram recepcionados como normas constitucionais (CF, art. 7º, *caput*).

Dito de outro modo, com a Constituição de 1988 houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, em função do que se pode dizer que, em linha de princípio, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores que se densificam na legislação infraconstitucional importa violação ao art. 7º, *caput*, da Constituição.

Tanto isso é verdade que legislador constituinte somente permitiu, de forma excepcional, a flexibilização in pejus, mediante convenção ou acordo coletivo, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada.

O novel art. 611-A, *caput*, da CLT é, a nosso sentir, inconstitucional, por diversos fundamentos.

Primeiro, porque o art. 7º, *caput*, da CF só permite validamente a edição de regras (ou cláusulas) que impliquem melhoria da condição socioeconômica dos trabalhadores urbanos e rurais. Logo, nem mesmo por emenda constitucional seria possível restringir ou reduzir o núcleo duro do art. 7º da CF, já que este veicula normas de direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4ª, IV) que, por sua vez, são, em regra, de ordem pública. Mostra-se, pois, despiendo o fato de a MP 808/2017 ter mandado observar o disposto nos incisos III e VI do art. 8º da CF, que apenas exigem a participação do sindicato nas negociações coletivas e na representação da categoria, pois a violação ora focalizada diz respeito ao art. 7º, *caput*, da CF.

Segundo, porque as convenções e os acordos coletivos de trabalho são direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF, art. 7º, XXVI) e devem ter por objeto o que consta do *caput* do mesmo artigo 7º do Texto Magno, ou seja, melhorar as condições sociais dos trabalhadores.

Terceiro, porque o próprio legislador constituinte originário estabeleceu as três hipóteses excepcionais em que os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores podem ser reduzidos (temporariamente, e desde que haja justificativa razoável, ressaltamos), por meio de convenções coletivas ou acordos coletivos de traba-

lho, a saber: a redução de salários (CF, art. 7º, VI), a compensação ou redução da jornada (CF, art. 7º, XIII) e o estabelecimento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento (CF, art. 7º, XIV). Afinal, o princípio constitucional é o da irredutibilidade salarial, sendo a possibilidade de redução excepcional. O ordinário se presume; o excepcional se prova.

Quarto, porquanto o novel art. 611-A da CLT não faz distinção entre trabalhadores filiados e não filiados ao sindicato. E isso é de extrema importância, já que a contribuição sindical não é mais obrigatória, deixando, assim, de existir o principal fundamento para que o trabalhador não filiado fosse alcançado pelos efeitos (ônus e bônus) das cláusulas previstas em convenções e acordos coletivos.

É de sabença geral que os incisos de um artigo devem estar em perfeita harmonia com o seu *caput*. Entretanto, art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017 (e MP 808/2017), inverteu essa lógica, pois tornou a exceção uma regra, o que colide com o escopo dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Nesse contexto, são inconstitucionais todos incisos do art. 611-A da CLT, à exceção dos incisos I, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XV, os quais deverão ser apreciados concretamente, a fim de que o intérprete avalie se as regras da convenção ou do acordo coletivo estão em conformidade aos princípios da vedação do retrocesso social, da progressividade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

No tocante ao § 1º do art. 611-A da CLT, a sua inconstitucionalidade é manifesta, uma vez que viola literal disposição do art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direitos (individuais ou metaindividuais).

O § 2º do art. 611-A da CLT é inconstitucional porque impede a Justiça do Trabalho a examinar o conteúdo da cláusula e declarar a sua nulidade por descaracterizar a essência da negociação coletiva, que reside na existência de reciprocidade de interesses contrapostos, sem falar no obstáculo que este dispositivo produz no efetivo acesso à Justiça do Trabalho.

O § 3º do art. 611-A da CLT, ao que nos parece, não é inconstitucional, na medida em que cria uma situação vantagem para o trabalhador consistente na proteção da relação empregatícia durante a vigência da convenção e do acordo coletivo que reduzam salários e reduzam (sic) jornada de trabalho. Parece-nos que a *mens legis* aponta no sentido de se interpretar este dispositivo da seguinte forma: “Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou aumente a jornada, a convenção coletiva

ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo”.

O § 4º do art. 611-A da CLT, a par da sua confusa redação e destoar da boa técnica legislativa, já que insere promiscuamente regra de direito processual dentro de um projeto de lei de direito material, é inconstitucional porque invade área reservada ao Poder Judiciário de decidir sobre os efeitos da decisão proferida em ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva.

Tentando demonstrar a preocupação com a proibição de cláusulas que contrariem normas de ordem pública, o art. 611-B da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, dispõe *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:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX - aposentadoria;
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
- 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.

Por fim, a Lei 13.467/2017 alterou substancialmente o art. 620 da CLT, rompendo com o princípio da norma mais favorável, uma vez que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

O parágrafo único do novel art. 611-B da CLT também é inconstitucional por afastar condições laborais relacionadas à duração do trabalho e intervalos do âmbito do meio ambiente do trabalho saudável (CF, arts. 7º, XXII, 200, VIII e 225), que é composto por normas de proteção à saúde, à higiene e à segurança do trabalho.

4 INCONVENCIONALIDADE E INCONVENIÊNCIA DO NOVEL ART. 611-A DA CLT

Mas não é só isso. O novel art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017 e MP 808/2017, impõe, na verdade, uma espécie de desestatização ou privatização dos direitos humanos, na medida em que afasta o Estado, principal responsável pela promoção da paz e justiça sociais, da complexa e desigual relação entre o Capital e o Trabalho.

O Governo brasileiro descumpre, pois, compromissos internacionais assumidos solenemente.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, tanto os tradicionais direitos civis e políticos – direitos de liberdade – quanto os direitos sociais dos trabalhadores – direitos de igualdade – passaram à categoria de direitos humanos fundamentais, cujas características são a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionalidade.

Isso porque não se pode falar em liberdade sem igualdade, nem em igualdade sem liberdade. Com efeito, a Conferência Internacional de Teerã, em 1968, proclamou, no seu item 13:

Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, torna-se impossível.

Igualmente, no item 5º, Parte I, da Declaração e Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (Viena, 1993), restou afirmado solenemente que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

Do mesmo modo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19 de dezembro de 1966, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24 de abril de 1992 (aprovação: Decreto-Lei 226, de 12.12.1991; promulgação: Decreto 591, de 06.07.1992), proclamou, em linhas gerais, que os direitos sociais, culturais e econômicos são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, só pode ser concretizado à medida em que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Tirantes esses aspectos gerais, não há negar que a autêntica negociação coletiva pressupõe a satisfação específica de quatro requisitos fundamentais.

Primeiro, é preciso que haja liberdade de negociação.

Ocorre que não há autêntica liberdade sindical no Brasil. O sistema é o da unicidade sindical, que é imposto pelo Poder Público (através de lei), no qual só pode existir um sindicato por categoria numa mesma base territorial (não inferior à área de um Município).

Esse sistema é antidemocrático, pois impede o pluralismo político, social e jurídico na vida sindical brasileira.

O trabalhador não é verdadeiramente livre para se associar ao sindicato de sua preferência. A simples facultatividade de pagar contribuições sindicais, geralmente descontadas em folha de pagamento de salários, não confere liberdade aos trabalhadores, pois estes se encontram em situação de subordinação jurídica e, via de regra, de dependência econômica em relação ao seu empregador.

O Brasil encontra-se na contramão da história, pois é um dos poucos países que ainda não ratificaram a Convenção 87 da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Por ser um modelo imposto, o que se vê, na prática, são assembleias de diretoria e não de categoria. Antes de aprovar a Lei 13.467/2017, o Parlamento deveria ratificar e o Executivo promulgar a Convenção 87 da OIT, pois sem liberdade sindical autêntica não há negociação coletiva digna desse nome.

O segundo requisito decorre do fato de que a negociação livre exige um mínimo de garantia do emprego.

O Brasil é campeão em rotatividade de mão de obra. O FGTS, que é único no mundo, extinguiu a estabilidade do trabalhador brasileiro.

O Parlamento deveria regulamentar o inciso I do art. 7º da CF antes de aprovar a Lei 13.467/2017. Sem garantia do emprego, os empresários vão à mesa de negociação com uma arma poderosa e desigual: a ameaça do desemprego.

A Constituição brasileira (art. 7º, I) consagra o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que ainda se encontra como a Bela Adormecida, esperando o beijo do príncipe para ter vida. Ora, por que não regulamentar esse direito fundamental dos trabalhadores antes de desregulamentar a CLT?

O novel art. 611-A da CLT permite que direitos sociais trabalhistas previstos na CLT ou em outra lei infraconstitucional sejam negociados, ou melhor, renunciados. Ocorre que a redução geral dos direitos prevista em norma coletiva não impede que o empresário venha, posteriormente, a dispensar os trabalhadores.

E o mais grave: se a entidade sindical profissional recusar-se à negociação, o art. 617, § 1º, da CLT permite que os próprios trabalhadores da empresa possam prosseguir na negociação coletiva.

A Convenção 158 da OIT estabelece a responsabilidade social (função social) da empresa, ao limitar o poder de dispensa imotivada do trabalhador. Vale dizer, esse Tratado Internacional – ratificado e em curto prazo lamentavelmente denunciado pelo Governo brasileiro –, em respeito à dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, exige um motivo técnico, econômico, financeiro ou comportamental do emprego para justificar a sua dispensa.

Terceiro, a redução do custo Brasil não pode comprometer a dignidade do cidadão trabalhador. A realidade está a demonstrar que todos os processos de flexibilização até agora implementados não redundaram na criação de novos postos formais de trabalho, isto é, com carteira de trabalho devidamente anotada. Ao contrário, como é notório, só vem precarizando direitos, contribuindo para a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade do mercado de trabalho.

A verdade é que os empregos só são criados, especialmente os formais, com o crescimento da economia, como ficou muito bem demonstrado em períodos anteriores (Carta aberta aos deputados, Correio Braziliense, 27.12.2001, subscrita por várias organizações e instituições).

Aliás, a massa salarial dos trabalhadores brasileiros é uma das mais baixas do mundo. O custo não é salarial, e sim dos encargos tributários e previdenciários.

Antes de reduzir direitos trabalhistas, impõe-se a implantação da justiça tributária. É preciso tributar as grandes fortunas, os grandes oligopólios, como prevê a Constituição Federal (art. 153, VII).

O quarto e último requisito para a implementação da autêntica negociação coletiva concerne à educação.

No Brasil há um elevado contingente de trabalhadores analfabetos ou semianalfabetos, o que deságua no problema da baixa qualificação profissional. Esse dado, por si só, está a revelar que sem os conhecimentos técnicos exigidos pelas novas e complexas relações mercadológicas os trabalhadores certamente ficarão

em manifesta desvantagem na mesa de negociação, na medida em que os empresários, como é de conhecimento geral, normalmente contam com assessorias especializadas, inclusive terceirizadas, com profissionais tecnicamente capacitados e preparados para o convencimento dos dirigentes dos sindicatos profissionais.

Coisa diversa ocorre na Europa e nos EUA, onde praticamente não existe analfabetismo. Pelo contrário, geralmente os líderes sindicais são altamente capacitados para discutir em igualdade de condições com a classe empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das considerações tópicas lançadas ao longo do desenvolvimento, pensamos que a Lei 13.467/2017 tende a beneficiar apenas os empresários, em especial os megaempresários, pois as condições ajustadas na negociação coletiva implicarão, em regra, redução ou extinção de direitos trabalhistas.

A CLT, por ser fundada no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, e em sintonia com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana do cidadão-trabalhador, constitui obstáculo à implantação da ideologia neoliberal, pois esta exige a retirada do Estado nas relações econômicas e sociais.

Por não existir verdadeira liberdade sindical em nosso sistema jurídico (OIT, Convenção n. 87, não ratificada pelo Brasil), nem garantia no emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I, ainda não regulamentado), não se pode falar em liberdade ou igualdade nas negociações coletivas.

O problema do despreparo técnico dos nossos dirigentes sindicais, fruto do analfabetismo ou da má formação educacional dos trabalhadores brasileiros em geral, também constitui um importante obstáculo à verdadeira negociação coletiva.

A extinção ou redução de direitos trabalhistas que será imposta pela classe economicamente mais forte, agravará o problema da má distribuição de renda e manterá, por consequência, a brutal desigualdade econômica no nosso país, com todos os efeitos perversos que ela traz, como a banalização da violência, a discriminação de toda ordem, a exploração, enfim, o desrespeito generalizado à dignidade da pessoa humana.

Em arremate, pensamos que são inconstitucionais todos incisos II, III, VIII, X, XII e XIII do art. 611-A da CLT, por violarem os princípios da vedação do retrocesso social e da progressividade, e inconvenções, por violarem Convenções da OIT, em especial a de n. 98.

Já os incisos I, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XV do novel art. 611-A da CLT devem ser apreciados concretamente e interpretados conforme a Constituição, a fim de que o intérprete avalie se as regras da convenção ou do acordo coletivo estão em harmonia com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação do retrocesso social.

Bibliografia

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SI HAY LEYES DE ANTIDISCRIMINACIÓN ¿POR QUÉ LAS MUJERES NO DEMANDAN JUSTICIA? UNA MIRADA AL LITIGIO DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO CASI AUSENTE EN BRASIL

Cesar Zucatti Pritsch¹

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la gran proporción de litigios relacionados con el lugar de trabajo en Brasil,² el litigio por discriminación laboral es casi inexistente, al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos. En los Estados Unidos, los casos de discriminación laboral corresponden al 43.6% de todo litigio laboral y litigio de empleo en

¹ Cesar Zucatti Pritsch é *Juris Doctor* pela Florida International University, EUA, grau obtido com a láurea *magna cum laude*. É também Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho, RJ, e Bacharel em Direito pela UFRGS. É Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região desde 2007, tendo antes exercido os cargos e Procurador Federal, Advogado da Petrobras e servidor do Ministério Público Federal, e Receita Federal. É professor e palestrante em Escolas Judiciais, da Femargs, Uniritter, Verbo Jurídico e em outros cursos de extensão e pós-graduação lato sensu, além de autor do livro “Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho” e coautor da obra coletiva “A Função Revisora dos Tribunais”, ambos pela Editora LTr. Publicou diversos artigos nas áreas do direito material e processual do trabalho em periódicos nacionais e internacionais.

Este artigo foi escrito por ocasião do curso de *Juris Doctor* nos EUA e publicado originalmente em agosto de 2018, em inglês e espanhol, no ILSA Journal of International & Comparative Law: Vol. 24 : Iss. 3 , Article 6. Disponível em < <https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol24/iss3/6> >.

² Para demonstrar la proporción de litigio en Brasil relacionada al litigio laboral, el segmento de Justicia de Trabajo (*Justiça do Trabalho*) del judicial Brasileño con la jurisdicción relevante, recibe 21.3% del presupuesto judicial y tiene 20.5% de los 16,429 jueces. Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, JUSTIÇA EM NÚMEROS, 32, 34 (2014) (Bras.) [aquí en adelante LA JUDICATURA EN NÚMEROS]. Aunque los casos de Derecho Laboral pendientes son 8.3% (7.8 millones) de todos los casos nacionales en total, los casos laborales generalmente se componen de varias demandas, mientras que otros segmentos judiciales a menudo tratan con casos compuestos de una sola demanda. Debido a esto, es justo estimar que, en Brasil, los casos de derecho laboral y empleo constituyen aproximadamente una quinta parte del volumen de trabajo actual de las cortes. *Id.* at 35.

los tribunales federales de primera instancia.³ Por otra parte, he visto muy pocos casos de discriminación a lo largo de mi práctica como juez laboral en Brasil,⁴ y esa es la percepción general en los tribunales laborales. ¿Será porque la ley brasileña efectivamente evita la discriminación? ¿Será porque, por alguna razón, estos casos ni siquiera llegan a los tribunales? Si lo último es cierto, ¿cómo puede Brasil mejorar la aplicación de las políticas contra la discriminación?

A través de su enfoque en la discriminación por género, este documento argumentará que, aunque tal discriminación existe en Brasil, no se litiga significativamente porque:

- A) Hay otras causas de acción más fáciles de litigar que ya ofrecen remedios legales adecuados;
- B) La falta de procedimientos más agresivos en búsqueda de la verdad es lo que dificulta el descubrimiento de las pruebas esenciales sea más difícil;
- C) Laudos judiciales son proporcionalmente más bajos y no pueden recompensar el costo de litigar los casos más complejos; y
- D) El texto de reglamento actual y la falta de precedentes vinculantes sobre el tema limitan las posibilidades de litigio.

Este estudio argumenta también que estas preguntas podrían resolverse en parte por medio de la adopción de un nuevo proyecto de ley contra la discriminación, actualmente pendiente en el Congreso de Brasil, a través de un mayor enfoque de los fiscales en la discriminación de género y el uso de campañas de información sobre igualdad de género.⁵

La parte II ofrece un historial, resumiendo las provisiones constitucionales y estatutarias pertinentes, lo que demuestra que Brasil tiene leyes en contra de la discriminación de género. La parte III responde negativamente la primera pregunta, y concluye que la discriminación de género en Brasil existe en proporción equivalente o superior a la de los Estados Unidos, a pesar de que esos casos raramente son litigados. En cuanto a la segunda pregunta, la respuesta es afirmativa: raramente se litigan los casos porque hay factores que impiden que la mayoría de las víctimas de la discriminación demanden. Sin la intención de agotar esta investigación compleja, la Parte IV propone cuatro explicaciones a la cuestión.

³ Ver *infra* texto acompañando nota 70.

⁴ Trabajando en las cortes laborales de una capital estatal y de varias ciudades medianas y pequeñas desde el 2007.

⁵ Lei No. 6.653, de 15 de Dezembro de 2009, PROJETO DE LEI [P.L.] de 16.12.2009 (Bras.)

En primer lugar, la legislación brasileña otorga otras causas de acción y recursos más fáciles de litigar que compensarían a la víctima de la discriminación de género de otra manera, reduciendo así el enfoque en las alegaciones de discriminación de género.⁶ En segundo lugar, la falta de procedimientos de recopilación de pruebas más agresivos, así como los que existen en los Estados Unidos, hace que sea más difícil probar los casos de discriminación en Brasil.⁷ En tercer lugar, los valores de las condenaciones judiciales que son otorgados en Brasil son tan bajos que no crean un incentivo lo suficientemente grande para litigar casos de discriminación, a diferencia de los Estados Unidos donde los incentivos monetarios a favor de litigar son altos.⁸ En último lugar, el texto legal actual de antidiscriminación en Brasil tiene un alcance más limitado que la ley antidiscriminatoria americana.⁹ Como un posible curso de acción para abordar el problema, la Parte V propone la aprobación de un proyecto de ley que está a la espera de ser votado por el Congreso brasileño desde el 2009.¹⁰ También propone un mayor enfoque en la discriminación de género de parte de los fiscales públicos, los cuales tienen poderes especiales de descubrimiento que no son disponibles para los abogados privados.¹¹ Por último, este estudio argumenta al favor de la promoción de campañas para aumentar la conciencia sobre la discriminación de género en el ambiente laboral.

II. PROVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN BRASIL

A. Igualdad de Género y la Protección de la Maternidad en la Constitución de Brasil

Mientras la Cláusula de Protección Igual de la Constitución de los Estados Unidos limita sólo la acción estatal,¹² la Constitución brasileña otorga igualdad y otros derechos civiles y sociales como causas de acción tanto contra el gobierno

⁶ Ver *infra* notas 99–112 y texto acompañante.

⁷ Ver *infra* notas 113–26 y texto acompañante.

⁸ Ver *infra* notas 128–33 y texto acompañante.

⁹ Ver *infra* Parte II, Sección B.

¹⁰ Ver *infra* notas 142–48 y texto acompañante.

¹¹ Ver *infra* notas 149–52 y texto acompañante.

¹² “Ningún Estado deberá establecer o aplicar ninguna ley que . . . le niegue a alguna persona dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.” U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

como contra entidades privadas.¹³ La Constitución de 1988 contiene una enumeración extensa y detallada de derechos.¹⁴ Por ejemplo, otorga derechos civiles y libertades civiles (art. 5), y derechos sociales (arts. 6–11), con atención especial a los derechos laborales y de empleo.¹⁵

En cuanto a la igualdad, la Constitución brasileña prohíbe la discriminación sin límite a una lista explícita de clases protegidas. Afirma como un “objetivo fundamental” del país “promover el bienestar de todos, sin prejuicios a su origen, raza, sexo, color, edad y *cualquier otra forma de discriminación*.”¹⁶ También prescribe que “la ley sancionará cualquier discriminación que viole los derechos y libertades fundamentales.”¹⁷

Adicionalmente, existe una atención especial a la igualdad de género, ya que “los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos y deberes bajo los

¹³ Alice Monteiro de Barros, DISCRIMINAÇÃO NO EMPREGO POR MOTIVO DE SEXO [DISCRIMINACIÓN LABORAL BASADA EN GÉNERO], DISCRIMINAÇÃO [DISCRIMINACIÓN] 59, 66 (RENAULT, VIANA, & CANTELLI eds., 2nd ed., 2010) (Bras.). En una nota histórica, en el siglo XX, Brasil adoptó cinco constituciones distintas—en 1934, 1937, 1946, 1967, y 1988. *Id.* Las Constituciones de 1934, 1946, 1967, y 1988 prohibieron diferencias salariales por trabajo equivalente basadas en el género del trabajador. *Id.* La Constitución de 1937, aún teniendo una cláusula de protección equitativa, no prohibía explícitamente las diferencias salariales (como las tenían las otras) basadas en el género del trabajador, lo cual ayudó a promulgar el “decreto-ley” presidencial 2.548 en 1940. *Id.* Este decreto autorizó a los empleadores a pagarle a las mujeres un sueldo 10% menor que a los hombres. *Id.* Esto sirve como un recordatorio de porque Brasil y otros países latinoamericanos tienen la tendencia de promulgar cartas de derechos largas y detalladas en sus constituciones: utilizando una constitución más difícil de cambiar para proteger los adelantos sociales, como la igualdad de género, y en contra de atentados para eliminarlos en el futuro.

¹⁴ *Ver generalmente* CONSTITUIÇÃO FEDERAL [C.F.] [CONSTITUCIÓN] pmb. (Bras.). La creación de derechos y protecciones para ciudadanos se extiende a través de casi la mitad de sus 250 artículos, junto con una estructura gubernamental detallada, y separación y división de poderes. *Id.* Después de veinte años de un gobierno autoritario militar, la Constitución de 1988 intentó reorganizar el sistema legal de Brasil para asegurar que la democracia y el respeto a los derechos civiles y sociales perduren. *Ver generalmente* C.F. pmb.; *ver también* C.F., *traducida en* Constitución de BRASIL CON ENMIENDAS hasta el 2014 (Keith S. Rosenn ed., Proyecto Constituir, 2014). Todo el texto citado de la Constitución brasileña es la versión traducida en inglés por Keith Rosenn, con la excepción de ciertas palabras por el autor, basado en el texto original en portugués.

¹⁵ C.F. arts. 5, 6–11. Aunque el artículo 6 enumera como derechos sociales “la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, el alojamiento, el ocio, la seguridad social, la protección de la maternidad y la niñez, y la asistencia a los indigentes,” los artículos del 7 al 11 indican que hay cierta inquietud sobre los derechos al empleo y al trabajo. C.F. art. 6–11. Aunque muchos de estos derechos prescritos no pudieron generar una política inmediata debido a limitaciones presupuestarias, su efecto ha sido más que una aspiración. Según las autoridades brasileñas en temas constitucionales, todas las provisiones constitucionales tienen un efecto inmediato, como mínimo, para interpretar legislación contemporánea, revocar legislación inconsistente, y para guiar la legislación y política del futuro. *Ver, e.g.*, Luís Roberto Barroso, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse* [Acá, Allá, y Por Todas Partes: La Dignidad Humana en la Ley Contemporánea y en el Discurso Transnacional], 35 B.C. INT'L. & COMP. L. REV. 331, 356 (2012).

¹⁶ C.F. art. 3, § IV (énfasis añadido).

¹⁷ C.F. art. 5, § XLI.

términos de esta Constitución.”¹⁸ Sin embargo, esta atención no se limita a prohibir la discriminación, sino que también otorga algunos derechos específicamente a las mujeres, intentando proveer una igualdad sustantiva.¹⁹ La Constitución otorga “licencia de maternidad sin pérdida de empleo o salario por un período de ciento veinte días,” y prohíbe el despido de empleo sin causa a partir de la fecha en que se confirma el embarazo hasta cinco meses después del nacimiento de la criatura.²⁰ Por último, la Constitución otorga “la protección del mercado laboral para las mujeres por medio de incentivos específicos, según lo dispuesto por la ley;”²¹ y la “prohibición de cualquier diferencia en pago, en cumplimiento de deberes y en los criterios de contratación por razones de sexo, edad, color o estado civil.”²²

B. Provisiones Legales Relativas a la Igualdad de Género y la Protección de la Maternidad en Brasil y los Estados Unidos

A nivel estatuario, la Ley 9.029/95 es el equivalente funcional al Título VII del Acta de Derechos Civiles de 1964 (Título VII).²³ La ley prohíbe las prácticas dis-

¹⁸ C.F. art. 5, § I.

¹⁹ Ver C.F. art. 7. Una observación importante es que esta igualdad no es absoluta, ya que es subordinada a las otras directrices prescritas por la constitución. Según la mayoría del conocimiento y la jurisprudencia brasileña, la igualdad creada es sustantiva (*isonomía material*) y no solamente formal (*isonomía formal*), lo cual sirve para permitir acciones afirmativas o discriminación inversa para nivelar las oportunidades y eliminar los efectos de la discriminación del pasado. C.f. Christopher DiSchino, *Affirmative Action in Brazil: Reverse Discrimination and the Creation of A Constitutionally Protected Color-Line* [Acción Afirmativa en Brasil: Discriminación Positiva y la Creación de una Barrera Racial Protegida por la Constitución], 17 U. MIAMI INT'L. & COMP. L. REV. 155, 174 (2010) (citando S.T.J.J., Ap. No. 2003/0151040-1, Relator: Min. Luiz Fux, 10.02.2004, 182, REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA [R.S.T.J.] 120 de 25.02.2004 (Bras.)) (citando el fallo del Tribunal Superior de Justicia, S.T.J., que sostuvo la constitucionalidad de un sistema de cuotas en las universidades del estado, razonando que la acción afirmativa es un “‘interés humano legítimo’ de acuerdo con el principio constitucional de isonomía, o igualdad bajo la ley, que requiere la compensación por discriminación pasada que ha creado las desigualdades raciales del presente”).

²⁰ C.F. art. 7, § XVIII; ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS [A.D.C.T.] [ACTO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS] art. 10, § II(b) (Bras.). Además de la despedida por causa, el texto literal crea otra excepción, una despedida que no es “arbitraria.” *Id.* Sin embargo, como no hay un estatuto que define una despedida que no es arbitraria para empleadas embarazadas, las cortes han decidido que la única excepción a la regla es la despedida por causa basada en infracciones disciplinarias del artículo 482 del Consolidação das Leis do Trabalho Decreto No. 5.452, de 1 de Maio de 1943, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [C.L.T.] art. 482 de 1.5.1943 (Bras.); MAURÍCIO GODINHO DELGADO, CURSO DE DIREITO DO TRABALHO 1, 1167 (3rd ed., 2004).

²¹ C.F. art. 7, §XX. Esta provisión no solo autoriza acción afirmativa y otras políticas para eliminar la discriminación basada en género, pero en realidad ordena a actuar a las ramas del gobierno, sea legislando o creando programas que lleguen al resultado deseado. *Id.* Pero, a pesar de algunos esfuerzos legislativos, ver *infra* Parte II, Sección B, los resultados son claramente insuficiente, como es demostrado por Parte III.

²² C.F. art. 7, §XXX.

²³ Ver *infra* notas 28–33 y texto acompañante.

criminatorias que restringen “el acceso o el mantenimiento de una relación laboral por razón de sexo, origen, raza, color, estado civil, situación familiar o edad.”²⁴ Tales clases protegidas son similares a las del Título VII, excepto por la omisión de la religión y la inclusión de la edad.²⁵ La legislación brasileña considera como una práctica discriminatoria exigir declaraciones, o exámenes médicos relacionados a la esterilización o el estado de embarazo de empleadas, o la inducción de anticonceptivos.²⁶ Además, a pesar de la existencia de otras medidas de alivio, le otorga al empleado indebidamente despedido la opción de ser reincorporado con pago atrasado, o no ser reintegrado y recibir el doble del la pago atrasado.²⁷

Adicionalmente, la Ley 9.799/99 modifica la Consolidación de Leyes del Trabajo (C.L.T) para refinar la lista de prácticas discriminatorias ilegales, como la prohibición del uso de clases protegidas en anuncios de empleo y el despido o rechazo del empleo.²⁸

La C.L.T permite una excepción en los casos en que la naturaleza de la actividad es “notoria y públicamente incompatible” con tales clases, el equivalente en cualificación profesional genuina del Título VII de los Estados Unidos.²⁹ Asimismo, define como ilícito el uso de esas clases como un factor determinante para promover y establecer salarios y oportunidades de entrenamiento.³⁰ Finalmente, la ley también abre el camino para la acción afirmativa. Permite “medidas temporales” para promover la igualdad de género, “especialmente para corregir las distorsiones que afectan el entrenamiento, el acceso al empleo y las condiciones de trabajo de las mujeres.”³¹

En los Estados Unidos, el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 aborda la discriminación de género (Título VII).³² El Título VII define varios términos

²⁴ Lei no. 9.029, de 13 de Abril de 1995, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 1 de 17.4.1995 (Bras.).

²⁵ Ver 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1) (2012).

²⁶ Lei No. 9.029 D.O.U. art. 2 (Bras.).

²⁷ *Id.* art. 4.

²⁸ Lei no. 9.799, de 26 de Maio de 1999, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] de 27.5.1999 (Bras.) (provisiones funcionalmente equivalentes al Título VII, 42 U.S.C. § 2000e-2(a), (d)); Decreto No. 5.452, de 1 de Maio de 1943 (Bras.) CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [C.L.T.] art. 373-A (Bras.).

²⁹ Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 373-A, § 1 (Bras.). Según el Título VII, en los Estados Unidos no es ilegal tomar decisiones laborales basadas en la religión, el sexo, o el origen nacional de alguien cuando estas son “calificaciones laborales de buena fe y razonablemente necesarias para la operación normal de ese negocio o empresa en particular.” 42 U.S.C. § 2000e-2(e).

³⁰ Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 373-A, §§ I–III. (Bras.).

³¹ *Id.* art. 373-A, único párra.

³² 42 U.S.C. § 2000e.

importantes utilizados a lo largo de la ley y aclara que la discriminación “por razón de sexo” o “basado en el sexo” incluye, pero no se limita a, la discriminación basada en el embarazo.³³ Esto regula las prácticas laborales ilegales, como el despido, el reusó de contratar o de otro manera “discriminar contra un individuo con respecto a los términos” de empleo debido al sexo de este individuo (u otra clase protegida en la lista).³⁴ Sin embargo, el Título VII permite que un empleador tome decisiones de empleo basadas en una clase protegida si es una “calificación profesional genuina y razonablemente necesaria para el funcionamiento normal de ese negocio en particular.”³⁵ También regula el impacto desigual, donde una práctica en particular causa un impacto opuesto sobre la base de una clase protegida y el demandado no puede demostrar que esa clase es necesaria para su negocio, o se niega a adoptar una práctica alternativa.³⁶ Por último, entre otras provisiones importantes, el Título VII prohíbe las represalias contra empleados que se opusieron a prácticas ilegales de empleo, o participaron en cualquier procedimiento bajo el Título VII.³⁷

Aunque la legislación de Brasil prohíbe la discriminación de género, también otorga ciertos beneficios a las mujeres para sus funciones maternas, en busca de proteger a la unidad familiar y para compensar las mujeres por las desventajas que sufren en el lugar de trabajo debido a la maternidad.³⁸ Por ejemplo, las mujeres en Brasil tienen el derecho a la licencia de maternidad de 120 días con pago.³⁹ Es un beneficio de seguridad social, donde el empleador paga directamente el saldo habitual al empleado pero compensa la cantidad correspondiente con otras

³³ *Id.* § 2000e(k).

³⁴ *Id.* § 2000e-2(a).

³⁵ *Id.* § 2000e-2(e)(1).

³⁶ *Id.* § 2000e-2(k).

³⁷ 42 U.S.C. § 2000e-3(a).

³⁸ Ver DELGADO, *supra* note 19, en 781. Después de la Constitución de 1988, ciertas disposiciones consideradas excesivamente restrictivas, paternalistas, o discriminatorias a las mujeres fueron derogadas, mientras protecciones relacionadas con la maternidad permanecieron. *Id.* Por ejemplo, la Ley 7,855/1989 derogó disposiciones estatutarias que autorizaban al padre o al esposo de una mujer adulta a interferir en su contrato de empleo, exigiendo que las mujeres se sometieran a ciertos exámenes médicos, y limitando a las mujeres en ciertos tipos de trabajos. *Id.* Eso siguió tendencias internacionales, donde la intervención excesiva del Estado era considerada una causa de discriminación por los empleadores y un obstáculo para el progreso de las mujeres en el mercado laboral. Ver Eduardo Gabriel Saad, *Da Proteção do Trabalho da Mulher [Protección del Trabajo de la Mujer]*, en CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO COMENTADA 1, 458 JOSÉ EDUARDO DUARTE SAAD & ANA MARIA SAAD CASTELO BRANCO eds., 47th ed., 2014) (Bras.).

³⁹ C.F. art. 7, § XVIII; Decreto No. 5.452, de 1 de Maio de 1943, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [C.L.T.] art. 392 de 01.05.1943 (Bras.).

contribuciones a la seguridad social adeudadas.⁴⁰ Además, las mujeres tienen una permanencia desde la fecha de confirmación de embarazo hasta cinco meses después del nacimiento.⁴¹ Esta seguridad de trabajo temporal le permite a la empleada que regresa a mantener su puesto (el cual probablemente se hubiera llenado) y por lo menos un mes para demostrar su valor en el trabajo. Las mujeres también pueden beneficiarse de días ilimitados con pago por enfermedad o incapacidad.⁴² Aunque este beneficio también está disponible para los hombres, demuestra ser muy importante para las mujeres con complicaciones del embarazo.⁴³ Por último, sin pérdida de salario y otros derechos, las mujeres embarazadas tienen derecho a ser acomodadas a otra posición cuando sus condiciones de salud lo requieren, y siempre y cuando las restablezcan al puesto anterior después de la licencia de maternidad.⁴⁴

Por lo contrario, el permiso de maternidad con pago obligatorio no existe en los Estados Unidos a nivel federal, y sólo unos pocos estados americanos han promulgado alguna forma de licencia de maternidad con pago.⁴⁵ La Ley de Licencia Médica y Familiar (F.M.L.A.) otorga una licencia de 84 días (12 semanas).⁴⁶ Aunque

⁴⁰ Lei No. 8.213, de 24 de Julho de 1991, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 71–73 de 25.7.1991 (Bras.). A pesar de ser un gran logro de la sociedad de parte de la maternidad, la licencia de maternidad paga fue una causa de discriminación en sí misma. Hasta los años setenta, el financiamiento de la licencia de maternidad era agobiador para los empleadores. Para evitar peso, empleadores pararon de contratar a mujeres casadas, y no era raro que recién casadas le ocultaran sus matrimonios a sus empleadores. Eso solo cambio con la promulgación de la Ley 6,136/1974, que convirtió la licencia de maternidad en un beneficio de seguro social. *Id.* art. 71. Después de eso, la participación de las mujeres aumentó considerablemente en el mercado laboral. Ver Saad, *supra* nota 37, en 467.

⁴¹ Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 391-A (Bras.) (refiriendo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [A.D.C.T.] art. 10, § II(b) (Bras.)).

⁴² Lei No. 8.213 D.O.U. art. 60, § 3 (Bras.). Al mostrar documentos de un examen médico, hasta quince días consecutivos son pagados por el empleador, y después de eso los días son pagados como un beneficio de seguro social. *Id.* Esto no quiere decir que no haya cierta fricción entre las empleadas y sus empleadores, los cuales se quejan que este derecho es abusado por algunas empleadas.

⁴³ *Id.*

Art. 60. La licencia por enfermedad paga [auxílio-doença, literalmente auxilio de enfermedad] será debido al empleado asegurado y al empleador desde el decimosexto día de estar fuera del trabajo, y en el caso de las otras personas aseguradas, desde la fecha comenzando la licencia por enfermedad y durante el tiempo que permanezca incapacitado . . . § 3 Durante los primeros quince días consecutivos fuera del trabajo, será la responsabilidad de la compañía pagarle al empleado asegurado su sueldo entero. *Id.*

⁴⁴ Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 392, § 4 (Bras.).

⁴⁵ 29 U.S.C. § 2612(c) (2009); ver Adrienne Lu, *Paid Family Leave Now Law in N.J. [Ida Familiar Pagada Ahora la Ley en N.J.]*, THE PHILA. INQUIRER (May 3, 2008), http://articles.philly.com/2008-05-03/news/24989936_1_philip-kirschner-paid-family-leave-weeks-of-unpaid-family.

⁴⁶ 29 U.S.C. § 2612(a)(1)(A).

la F.M.L.A. no le proporciona a una mujer embarazada la seguridad de empleo, por lo menos tiene el derecho a la misma posición ocupada antes de haber tomado la licencia.⁴⁷ Además, un despido poco tiempo después de otorgar una licencia de F.M.L.A. abre las puertas a un caso fuerte de interferencia con los derechos F.M.L.A., dando derecho al empleado a su reinstauración, daños y perjuicios, los costos y honorarios de abogados y a costos.⁴⁸ En cuanto al período previo a la licencia, una mujer embarazada que ha sido despedida tendría que pasar por la tarea difícil de probar discriminación laboral en los tribunales estadounidenses.⁴⁹

C. Proyecto de Ley Anti-Discriminación

Hay un proyecto de ley, el P.L. 6.653/09, para un estatuto antidiscriminatorio más comprensivo esperando votos en la Cámara de Diputados de Brasil (*Câmara dos Deputados*) desde el 2009.⁵⁰ A pesar de la atención especial a la discriminación de género, su cobertura es amplia, expresando una lista no-exhaustiva de clases protegidas. Se prohíbe todo trato discriminatorio “entre mujeres y hombres, basado en el género, orientación sexual, raza, etnicidad, origen racial, edad, origen, apariencia física, estado de salud, discapacidad, opiniones políticas, pertenencia a partidos políticos y sindicatos, creencias religiosas, entre otros.”⁵¹

P.L. 6.653/09 define las prácticas discriminatorias ampliamente como cualquier acción basada en un trato diferenciado,⁵² y define la discriminación indirecta (que se parece a la definición del Título VII de impacto desiguales⁵³) como:

una actitud, un criterio, una disposición o una política que, a pesar de ser aparentemente neutral, pone empleados femeninos o masculinos en una desventaja comparativa, con la excepción de actos justificados por el desempeño de diferentes funciones en la jerarquía de la empresa, o como acciones afirmativas para compensar una situación desigual y lograr la igualdad de trato.⁵⁴

⁴⁷ *Id.* § 2614(a)(1) (2008).

⁴⁸ *Id.* §§ 2615 (a)(1), 2617(a)(1), (3) (2008).

⁴⁹ *Ver infra* notas 103–05 y texto acompañante.

⁵⁰ Lei No. 6.653/09, de 15 de Dezembro de 2009, PROJETO DE LEI [P.L.] de 16.12.2009 (Bras.).

⁵¹ *Id.* art. 2, § 1.

⁵² *Id.* art. 4.

⁵³ *Ver supra* nota 35 y texto acompañante.

⁵⁴ Lei No. 6.653/09 P.L. art. 4, *único* párra.

P.L. 6.653/09 también establece acciones afirmativas para compensar y asegurar la igualdad entre las mujeres y los hombres.⁵⁵ Requiere políticas para compartir y equilibrar las responsabilidades laborales y familiares, y para establecer entrenamiento y procedimientos de agravio relacionados con el acoso sexual y la intimidación.⁵⁶ También intenta disuadir el comportamiento discriminatorio a través de la negación del financiamiento público y la exposición de los empleadores que violan estas políticas en una lista publicada.⁵⁷ Adicionalmente, P.L. 6.653/09 define el acoso laboral como “cualquier conducta impropia que sea repetitiva y prolongada, exponiendo a los empleados masculinos y femeninos a situaciones humillantes y vergonzosas, violando su dignidad e integridad psicológica, afectando el trabajo de la persona directamente ofendida y la productividad del grupo como resultado del deterioro del ambiente laboral.”⁵⁸

Finalmente, la P.L. 6.653/09 innova en la ley, obligando a los empleadores a crear comisiones internas para que promuevan la igualdad, compuestas igualmente de empleados elegidos por sus compañeros y empleados nominados por el empleador.⁵⁹ Sus miembros tendrían una tenencia de hasta un año después de haber terminado su término de un año en la comisión.⁶⁰ Adicionalmente, tendrían poderes para difundir información sobre igualdad, para crear un Plan de Igualdad, y para verificar el cumplimiento del plan por parte del empleador, así como todas las regulaciones administrativas pertinentes.⁶¹

III. A PESAR DE SER ESCASAMENTE LITIGADA EN BRASIL, EXISTE LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN PROPORCIONES EQUIVALENTES O SUPERIORES A LAS DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. La Discriminación por Género en el Empleo en Brasil es Raramente Litigada

A pesar de que aproximadamente una quinta parte de todo el litigio en Brasil se relaciona con el lugar del trabajo,⁶² el número de demandas basadas en discri-

⁵⁵ *Id.* art. 2, § 3, art. 3.

⁵⁶ *Id.* art. 5, arts. 25–26.

⁵⁷ *Id.* arts. 23–24.

⁵⁸ *Id.* art. 27.

⁵⁹ Lei No. 6.653/09 P.L art. 34.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² JUSTICIA EN NÚMEROS, *supra* nota 1, en 35.

minación de género que llegan a los tribunales laborales es mínimo.⁶³ Aunque no existen estadísticas específicas sobre estos casos de discriminación en el empleo, es posible llegar a esta conclusión mirando al número de casos identificados por temas o cuestiones legales que pudieran contener discriminación en el empleo. Una ilustración elocuente son los siguientes datos del 2014 del tribunal laboral más alto brasileño:⁶⁴

Código	Cuestiones que podrían contener discriminación laboral como causas de acción	T.S.T. Cantidad	T.S.T. %
2697	Diferencias salariales debidas al mandato de la paga equitativa	10,706	4.0%
55184	Diferencias salariales debido a la negación de una promoción	4,146	1.5%
2656	Reintegración, readmisión o pago anticipado	2,888	1.1%
1723	Daños morales debido al acoso moral	2,351	0.9%
2435	Despido indirecto (falta cometida por el empleador)	2,094	0.8%
1978	Reintegración, readmisión o indemnización del periodo de la seguridad laboral durante el embarazo	1,066	0.4%
55028	Diferencias salariales por equiparación salarial (trabajadores bancarios)	680	0.3%

⁶³ La Judicatura [Brasileña] consiste de: (I) el Tribunal Supremo Federal [S.T.F.]; (I-A) el Consejo Nacional de Justicia [C.N.J.]; (II) el Tribunal Superior de Justicia [S.T.J.]; (III) los Tribunales Federales Regionales y los Jueces Federales; (IV) los Tribunales Laborales y los Jueces Laborales; (V) los Tribunales Electorales y los Jueces Electorales; (VI) los Tribunales Militares y los Jueces Militares; (VII) los Tribunales y Jueces Estatales, del Distrito Federal y de los Territorios. C.F. art. 92, §§ I–VII.

El Sistema del Tribunal Laboral consiste de: (I) el Tribunal Superior Laboral [ubicado en la capital nacional, última instancia para asuntos de derecho laboral, con la excepción de desafíos constitucionales, cuando sus decisiones pueden ser la materia de una apelación extraordinaria al Tribunal Superior Federal, S.T.F.]; (II) Tribunales Regionales Laborales [corte de apelación laboral, usualmente una por capital estatal]; (III) Jueces Laborales. C.F. art. 111, §§ I–III.

En Brasil, los tribunales laborales son responsables de adjudicar: (I) litigios que surgen de relaciones laborales (ya sea relaciones de empleo o contratistas independientes individuales trabajando para otra empresa); (II) litigios que involucran el derecho de huelga; (III) litigios acerca de la representación sindical; (IV) ordenes de *mandamus*, *habeas corpus* y *habeas data* (litigios de acceso a información) dentro de este tema; (V) conflictos jurisdiccionales entre las cortes laborales; (VI) litigios económicos o no económicos de daños que provienen de relaciones laborales; (VII) litigios que tienen que ver con multas administrativas impuestas por las agencias de inspección laboral; (VIII) colección de contribuciones sociales a la nómina de sueldos y multas relacionadas; (IX) otros litigios que provienen de relaciones laborales según dispuesto por la ley. C.F. art. 114, §§ I–IX.

⁶⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO [T.S.T.], COORDENADORIA DE ESTATÍSTICA E PESQUISA DO, ACERVO POR ASSUNTO, de 31.12.2014 (Bras.) [de aquí en adelante T.S.T. ESTADÍSTICAS].

Código	Cuestiones que podrían contener discriminación laboral como causas de acción	T.S.T. Cantidad	T.S.T. %
55193	Despido Nulo	502	0.2%
55216	Daños morales colectivos	446	0.2%
9051	Daños morales debidos a una extinción del contrato de trabajo por justa causa reconocida como nula	351	0.1%
1966	Despido discriminatorio (incluyendo represalias por todas las demandas de empleo, no sólo para la discriminación laboral)	339	0.1%
55214	Daños morales debidos a la acción discriminatoria	313	0.1%
55082	Mujeres (empleada especialmente protegida)	242	0.1%
55421	Daños morales debidos a la inspección de pertenencias personales o a la persona	207	0.1%
1724	Daños morales debidos al acoso sexual	80	0.0%
55417	Daños morales debidos a la restricción del uso del baño	63	0.0%
8812	Salario por licencia de maternidad	30	0.0%
55331	Licencia de maternidad	14	0.0%

De los 270,424 casos antes de la T.S.T. en el 2014,⁶⁵ los casos que en actualidad involucran la discriminación por motivos de género en el empleo podrían ser menos de 0.5%.⁶⁶ A pesar de que la suma de los porcentajes de la gráfica anterior alcanzaría nominalmente el 9.8% del total, varias demandas se unen usualmente en la misma acción y ninguna se relaciona exclusivamente a la discriminación en el empleo.⁶⁷ Sin tener en cuenta esas situaciones, los casos de discriminación laboral podrían estimarse en aproximadamente el 1% de los litigios en los tribunales

⁶⁵ Ver generalmente Cesar Zucatti Pritsch, *The Brazilian Appellate Procedure Through Common Law Lenses: How American Standards of Review May Help Improve Brazilian Civil Procedure* [El Procedimiento de Apelación Brasileño a través del Lente del Derecho Común: Como los Estándares Americanos de Revisión Pueden Mejorar el Procedimiento Civil Brasileño], 48 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 56 (2017) (discutiendo la cantidad asombrosa de apelaciones bajo las cortes de apelación brasileñas, y formas posibles para disminuirlas).

⁶⁶ Como en el Título VII, ver *supra* notas 31–34 y texto acompañante.

⁶⁷ Ver *supra* notas 64–65 y texto acompañante. Por ejemplo, “diferencias en salarios debidas al mandato de la paga equitativa” pueden ocurrir debido a la discriminación de género o raza, pero muchas veces no suele ser la razón. Ver T.S.T. ESTADÍSTICAS, *supra* nota 63. Un empleado que se ha contratado para cumplir cierta función con cierto salario, puede terminar haciendo trabajos más complejos sin recibir un aumento al sueldo correspondiente. Si otro empleado recibe un salario más alto por un trabajo equivalente (a pesar de tener la misma antigüedad), el empleador es responsable por la diferencia en salarios, aunque no tenga la intención de discriminar basado en el estatus de la clase protegida del empleado. En otro ejemplo, la negación de un ascenso puede ser ilegal debido a discriminación, pero también puede ser el resultado de una simple infracción de los acuerdos de antigüedad.

laborales.⁶⁸ La discriminación basada en el género (presumiblemente no más de la mitad de estos casos) probablemente no superará el 0.5% de la carga de trabajo de los tribunales laborales.⁶⁹ Por lo tanto, las demandas por discriminación laboral corresponden a no más del 0.48% del litigio federal total en Brasil, y la discriminación basada en género no más del 0.24%.⁷⁰

Estos números contrastan seriamente los de los Estados Unidos, donde la proporción de casos de discriminación laboral es mucho mayor. La discriminación en el empleo asciende al 3.7% de los litigios federales (7.6 veces más que en Brasil) y al 43.6% de todos los casos federales de labor y empleo (proporcionalmente 43.6 veces más que en Brasil).⁷¹ No hay estadísticas específicas cuando se trata de demandas de discriminación de género en los tribunales estadounidenses. Sin embargo, la proporción de las denuncias de discriminación por género al total de las denuncias de discriminación presentadas ante la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (E.E.O.C.) puede proveer alguna información.⁷² Suponiendo que las quejas de discriminación son presentadas en los tribunales federales en proporciones similares a las de la E.E.O.C., las demandas por discriminación de género representan el 30% de los litigios por discriminación laboral, y el 13.8% de los

⁶⁸ Ver *supra* nota 63 y texto acompañante. Como no hay estadísticas apartes de los casos de discriminación laboral en Brasil, el autor usó su experiencia profesional para dividir los números disponibles en un estimado de la cantidad de casos de discriminación dentro de esos números.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* En el 2013, las cortes intermediarias laborales se encargaron de 648,478 apelaciones, mientras las cortes intermediarias federales se encargaron de 499, 244 apelaciones. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, JUSTIÇA EM NÚMEROS 2014 ANO-BASE 2013: JUSTIÇA DO TRABALHO, [LA JUDICATURA EN NÚMEROS 2014: JUSTIÇA LABORAL] 108 (2013) (Bras.) [de aquí en adelante JUDICATURA EN NÚMEROS 2013]; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, JUSTIÇA EM NÚMEROS 2014: JUSTIÇA FEDERAL [CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA, JUSTICIA EN NÚMEROS 2014: JUSTICIA FEDERAL] 77 (2013) (Bras.) [de aquí en adelante JUDICATURA EN NÚMEROS 2014]. En consecuencia, las apelaciones laborales fueron 57% del total del litigio federal en cortes de apelación. Ver JUDICATURA EN NÚMEROS 2014, *supra* nota 69; JUDICATURA EN NÚMEROS 2013, *supra* nota 69.

⁷¹ Usando los números totales de las tablas D y C-2, en el año fiscal 2014 hubo un total de 372,542 casos pendientes en los Tribunales de Distrito de los Estados Unidos, y los casos de discriminación laboral se encuentran en la tabla C-2 bajo el titular de "Derechos Civiles: Empleo", y "Derechos Civiles: Empleo-ADA," los cuales suman un total de 13,881 casos en el año fiscal 2014. Ver U.S. COURTS [TRIBUNALES DE ESTADOS UNIDOS], *Table D. Cases U.S. Dist. Courts—Criminal Cases Commenced, Terminated, and Pending (Including Transfers) During the 12-Month Periods Ending June 30, 2013 and 2014* [Tabla D. Casos de Tribunales de Distrito de los Estados Unidos—Casos Criminales Comenzados, Terminados y Pendientes (Incluyendo Traslados) Durante los Periodos de 12 Meses Terminando el 30 de Junio del 2013 y del 2014], http://www.uscourts.gov/sites/default/files/statistics_import_dir/D00CJun14.pdf (última visita Oct. 3, 2017) (explicando 13,881 casos de discriminación laboral de 31,858 casos laborales y de empleo—"Derechos Civiles: Empleo", "Derechos Civiles: Empleo-ADA," y "Leyes Laborales, Total").

⁷² *Charge Statistics (Charges filed with EEOC) FY 1997 Through FY 2014* [Estadísticas de Cargos (Cargos Archivados con EEOC) de Año Fiscal 1997 al Año Fiscal 2014], U.S. EQUAL EMP'T OPPORTUNITY COMM'N [COMISIÓN DE OPORTUNIDAD EQUITATIVA AL EMPLEO DE LOS ESTADOS UNIDOS], <https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/charges.cfm> (última visita Oct. 3, 2017).

litigios federales de empleo y laborales federales.⁷³ Por lo tanto, la discriminación de género en los Estados Unidos es 25 veces más litigada que en los tribunales laborales brasileños.

B. Discriminación de Género en el Mercado Laboral en Brasil

Mirando el número tan bajo de litigios por discriminación en el empleo en Brasil, es lógico pensar que Brasil está libre de discriminación, pero eso aún está lejos de la realidad. Las mujeres corresponden al 76% de los hombres en la fuerza laboral (en los Estados Unidos, las mujeres forman el 85% de los hombres en la fuerza laboral).⁷⁴ A pesar de ser más educadas que los hombres, las mujeres ganan menos.⁷⁵ Las mujeres sólo ganaron el 65% de lo que los hombres ganaron en el año 2000, 68% en el 2010, 72.8% en el 2012 y 73.7% en el 2013.⁷⁶ Esto muestra una tendencia a reducir la diferencia, pero todavía existe una gran desigualdad.⁷⁷ Esto

⁷³ *Id.*

⁷⁴ WORLD ECON. FORUM [Foro Mundial Económico], THE GLOBAL COMPETITIVENESS REPORT [EL REPORTE DE COMPETITIVIDAD GLOBAL] 497 (Klaus Schwab, ed., 2013). Como nota comparativa, uno pensaría que una participación más alta de mujeres en el mercado laboral es indicio de una sociedad más progresiva o desarrollada, y de mejores condiciones laborales y salariales para las mujeres. Pero, las estadísticas muestran que una proporción alta no refleja el desarrollo del país porque hay países desarrollados y en desarrollo que presentan estas estadísticas por encima y por debajo de los Estados Unidos y Brasil. *Ver id.* Por ejemplo: Mozambique 1.05; Ruanda 1.02; Noruega 0.94; Camboya 0.93; Kazajstán y Canadá 0.91; Botsuana 0.90; China 0.88; Alemania 0.86; Zambia 0.85; Estados Unidos 0.86; Angola y España 0.82; Perú 0.81; Singapur and Brasil 0.76; Japón 0.74; Grecia 0.73; Italia 0.69; Chile 0.66; México 0.56; Turquía 0.40; India 0.36; Egipto 0.32 and Argelia 0.21. *Id.*

⁷⁵ *Ver* INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, ESTATÍSTICAS DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS RESULTADOS DO CENSO DEMOGRÁFICO 2010 [ESTADÍSTICAS DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DEL CENSO DEMOGRÁFICO 2010] 33, Gráfico 28 (2014) (Bras.). En el 2010, entre los brasileños de 18 a 24 años, 41.1% de hombres habían abandonado la escuela secundaria, pero solo 31.9% de las mujeres lo hicieron, y mientras solo 11.3% de los hombres asistieron a la Universidad, 15.1% de las mujeres asistieron. *Id.* Entre las mujeres de 25 años o más de edad, 12.5% terminaron la educación universitaria, pero solo 9.9% de los hombres en el mismo grupo de edad hicieron lo mismo. *Id.*

⁷⁶ *Id.* en Tabela [Tabla] 26. Esto demuestra otro gran tipo de discriminación laboral en Brasil—la discriminación por raza. *Ver id.* A pesar de que Brasil se celebra como una “democracia racial,” los negros y otros ciudadanos de piel oscura usualmente tienen oportunidades inferiores en la vida y acceso limitado a trabajos con salarios altos. *Ver, e.g.,* Benjamin Hensler, *Não Vale A Pena? Afro-Brazilian Workers and Brazilian Anti-Discrimination Law* [No Vale la Pena? Empleados Afro-Brasileños y el Derecho Brasileño Anti-Discriminatorio], 30 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 267, 270 (2007) (argumentando que la ideología de “democracia racial” ha sido dañina para los afro-brasileños, tanto poniendo en desventaja sus intentos de denunciar discriminación en los tribunales, como perjudicando sus esfuerzos colectivos para desarrollar un movimiento más grande que tenga a favor de la igualdad racial). INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA], [IBGE], PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMÍCILOS: SÍNTESE DE INDICADORES [ENCUESTA NACIONAL DE MUESTRAS DE DOMICILIOS: SÍNTESIS DE INDICADORES] 71 (2015) (Bras.).

⁷⁷ Al extremo inferior del espectro salarial, por ejemplo, solo 21.1% de los hombres empleados ganaron el salario mínimo brasileño, mientras 29.8% de las mujeres ganaron el salario mínimo. *Id.*

se hace especialmente claro en comparación con los Estados Unidos, donde en el 2012 el número medio de las ganancias semanales de las mujeres fue del 81% en comparación con las de los hombres.⁷⁸ Curiosamente, entre el segmento mejor educados, la diferencia en Brasil es mayor.⁷⁹

Explicaciones de las diferencias salariales en Brasil no son claras. El sentido común sugiere que el cuidado infantil barato y la licencia por embarazo con pago reducirán las desventajas de las mujeres brasileñas en el lugar de trabajo, reduciendo así la diferencia salarial.⁸⁰ Sin embargo, la diferencia salarial es menor en los Estados Unidos—donde tales beneficios no son obligatorios por ley— lo cual niega tal suposición.⁸¹ Examinando los factores de la “vida familiar,” un comentarista encontró que la maternidad o el matrimonio, por sí solo, no era tan determinante como las horas efectivamente dedicadas a realizar tareas domésticas, lo que representa una carga desproporcionada para las mujeres y afecta enormemente a sus ingresos.⁸² En el 2003, las mujeres brasileñas dedicaron un promedio de 24 horas a la semana a las tareas domésticas—mientras que los hombres, sólo 10 horas.⁸³ En el 2012, esta carga fue un poco menor, con 21 horas semanales para las mujeres y las mismas 10 horas para los hombres.⁸⁴ Esas horas reflejan los deberes de género perpetuados en la cultura brasileña, donde

⁷⁸ U.S. DEP’T OF LABOR, BUREAU OF LABOR STATISTICS, WOMEN IN LABOR FORCE: A DATABOOK REPORT [DEPARTAMENTO DE LABOR DE E.E.U.U., OFICINA DE ESTADÍSTICAS LABORALES, MUJERES EN LA FUERZA LABORAL: UN LIBRO DE DATOS] 1049, 2 (2014).

⁷⁹ Mujeres con hasta 8 años de educación ganan 71.4% del salario de los hombres, pero la proporción es 68.7% para 9–11 años de educación, y 66.1% para 12 o más años de educación. ANA LUCIA SABOIA, CAPACITAÇÃO PARA OS MECANISMOS DE GÊNERO NO GOVERNO FEDERAL [CAPACITACIÓN PARA LOS MECANISMOS DE GÉNERO EN EL GOBIERNO FEDERAL], LIGUE 180 CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER [LIGA 180 CENTRAL DE ATENCIÓN A LA MUJER] 57 (1st ed., 2014) (Bras.); ver también LÉA ELISA SILINGOWSKI CALIL, DIREITO DO TRABALHO DA MULHER: A QUESTÃO DA IGUALDADE JURÍDICA ANTE A DESIGUALDADE FÁTICA [DERECHO DEL TRABAJO DE LA MUJER: LA PREGUNTA DE IGUALDAD JURÍDICA ANTE DESIGUALDAD REAL] 110–11 (2007). Tal tendencia no ocurre en los Estados Unidos donde las mujeres que no tienen un bachillerato ganan el 76% de lo que ganan los hombres, pero mujeres con un bachillerato o más ganan el 78% de lo que los hombres ganan. U.S. DEP’T OF LABOR, *supra* nota 77, en 59–60.

⁸⁰ Ver *supra* notas 37–38 y texto acompañante.

⁸¹ Ver *supra* notas 44–45 y texto acompañante.

⁸² Simone Wajman, *Gender Roles in Family and Earnings Differences in Brazil* [Roles de Género en la Familia y Diferencias en Ganancias en Brasil], en INTERNATIONAL POPULATION CONFERENCE [CONFERENCIA DE POBLACIÓN INTERNACIONAL] 7–8 (2013).

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Maira Covre Sussai Soares & Jadir Soares Junior, *Divisão do Trabalho Doméstico nas Famílias Brasileiras: Influências de Fatores Individuais e das Políticas Públicas* [División de Trabajo Doméstico de Familias Brasileñas: Influencias de Factores Individuales y de Políticas Públicas], en CONFERENCE: NATIONAL MEETING OF POPULATION STUDIES [CONFERENCIA: REUNIÓN NACIONAL DE ESTUDIOS DE POBLACIÓN] 5 (2014).

el deber de cuidar a niños y ancianos es asumido por mujeres.⁸⁵ Hasta para las mujeres de clase alta, la cuales suelen contratar a alguien más para realizar estas tareas, este trabajo doméstico que es de un salario mínimo es realizado por otra mujer, que contribuye a la diferencia salarial.⁸⁶

Otra posible explicación a la diferencia salarial es una diferenciación horizontal del empleo basada en la noción de trabajos “masculinos” o “femeninos” en la cultura brasileña.⁸⁷ Tomando las licenciaturas universitarias como una ilustración de estas opciones de trabajo directamente relacionadas con el género, las mujeres fueron el 91.3% de las matriculaciones totales en pedagogía, el 82.9% en enfermería y el 80% en los idiomas—todas las áreas menos pagadas en Brasil.⁸⁸ Por el contrario, la ingeniería y ciencias de la computación, usualmente áreas mejores pagadas, comprueban ser áreas muy “masculinas” con sólo el 20.3% y 18.8% de las mujeres inscritas en Brasil.⁸⁹ Además, trabajadores domésticos, los trabajadores menos pagados en Brasil, son casi exclusivamente mujeres.⁹⁰ Mientras que el 15.5% de las mujeres trabajadoras son trabajadoras domésticas, sólo el 0.9% de los hombres trabajadores hacen estos trabajos.⁹¹

Finalmente, dentro de la misma carrera o industria existe sin duda un diferencial salarial vertical, o el llamado “techo de cristal.” Una encuesta de las 500 corporaciones más grandes en Brasil revela que las mujeres no suelen llegar a las

⁸⁵ Ver, e.g., Ancelmo Gois & Cláudio Duarte, *Cuidar de Idosos Tira a Mulher do Trabalho* [Cuidar a los Mayores Saca a la Mujer del Trabajo], O GLOBO (Nov. 15, 2014) (revisando a ANA AMÉLIA CAMARANO, NOVO REGIME DEMOGRÁFICO: UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO? [NUEVO RÉGIMEN DEMOGRÁFICO: UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO]) (2014) (notando que niños pequeños, especialmente hasta los 2 años, siguen siendo una barrera para las mujeres en el trabajo, pero que el envejecimiento de la población ha creado una barrera nueva: quien se va a quedar en la casa y cuidar a los mayores, los cuales por ejemplo, tienen Parkinson o Alzheimer)).

⁸⁶ CALIL, *supra* nota 78, en 111–12.

⁸⁷ *Id.* en 108–09.

⁸⁸ *Id.* En el medio del espectro están comunicaciones sociales (periodismo y relaciones públicas), contabilidad, empresas y derecho, estas proporciones fueron, respectivamente, 56.6%, 50.7%, 49.2% and 41.3% del total de hombres registrados. *Id.*

⁸⁹ *Id.* “Segregación ocupacional” sobre la diferencia en trabajos que los hombres y las mujeres hacen ocurre también en los Estados Unidos. Por ejemplo, más de 90% de las personas que ejercen como recepcionistas, dietéticas, nutricionistas, enfermeras, y profesoras de pre-escolar y kinder son mujeres, y más de 90% de las personas que ejercen como ingenieros eléctricos y mecánicos, bomberos, mecánicos, y exterminadores de plagas son hombres. Kingsley R. Browne, *Mind Which Gap? The Selective Concern over Statistical Sex Disparities* [¿Cuidado Con Qué Brecha? La Preocupación Selectiva Sobre las Disparidades en las Estadísticas de Género], 8 FIU L. REV. 271, 281 (2013).

⁹⁰ CALIL, *ver supra* nota 78, en 108–09.

⁹¹ *Id.*

posiciones más altas.⁹² Al nivel ejecutivo, sólo 13.7% son mujeres.⁹³ Esto es similar a los Estados Unidos, donde las mujeres ocupan sólo el 14.6% de los puestos ejecutivos en las empresas *Fortune 500*.⁹⁴ La encuesta en Brasil también demuestra que todavía no existe una tendencia de inclusión consistente para las mujeres. Aunque la participación de las mujeres al nivel ejecutivo en Brasil pasó del 6% (2001) al 13.7% (2010), en el nivel de supervisión las mujeres cayeron del 28% (2003) al 26.8% (2010).⁹⁵ Por último, la encuesta muestra que existe una falta de voluntad o falta de conciencia de la administración sobre cómo lidiar con esa desigualdad. Aunque el 55% de los presidentes de las empresas encuestadas reconocieron una proporción insuficiente de mujeres en el personal ejecutivo, sólo 4% de ellas tenían políticas para estimular la participación de las mujeres.⁹⁶ Algunos presidentes acreditaron la participación baja de las mujeres a su falta de conocimiento en cómo manejar el asunto (49%).⁹⁷ Otros lo atribuyeron a la falta de calificaciones profesionales de las candidatas para la posición (42%) y a la falta de interés en la posición (9%).⁹⁸

Por lo tanto, la discriminación basada en el género en el empleo en Brasil, a pesar de no ser significadamente litigada, ocurre en proporciones equivalentes o superiores a las de los Estados Unidos. ¿Entonces, por qué estos casos ni siquiera llegan a los tribunales? La parte IV proveerá una mirada más cercana.

IV. ¿POR QUÉ LAS LEYES DE ANTI-DISCRIMINACIÓN SON RARAMENTE LITIGADAS?

La parte III negativamente contesta la pregunta de si la ley brasileña previene efectivamente que la discriminación ocurra. Aunque rara vez se litiga, la discriminación de género existe en números equivalentes o superiores a los de los Estados Unidos. Si este es el caso, ¿por qué los casos de discriminación por motivos de

⁹² INSTITUTO ETHOS [INSTITUTO ETHOS], SOCIAL, RACIAL AND GENDER PROFILE OF THE 500 BRAZILIAN LARGEST COMPANIES AND THEIR AFFIRMATIVE ACTIONS [PERFIL SOCIAL, RACIAL, Y DE GÉNERO DE LAS 500 COMPAÑÍAS MÁS GRANDES BRASILEÑAS Y SUS ACCIONES AFIRMATIVAS] 1, 8 (2010).

⁹³ *Id.* en 11.

⁹⁴ *The 2013 Catalyst Census: Fortune 500 Women Executive Officers and Top Earners* [El Censo Catalizador de 2013: Mujeres Ejecutivas y Altamente Remuneradas de Fortune 500], CATALYST (Dec. 10, 2013), <http://www.catalyst.org/knowledge/2013-catalyst-census-fortune-500-women-executive-officers-and-top-earners>.

⁹⁵ INSTITUTO ETHOS, *supra* nota 91, en 12.

⁹⁶ *Id.* en 26, 30.

⁹⁷ *Id.* en 30.

⁹⁸ *Id.*

género raramente se litigan en Brasil? Aunque la respuesta no es clara, este documento argumenta cuatro posibles explicaciones a la cuestión:

- A) Otras causas de acción más fáciles de litigar ya ofrecen remedios legales adecuados;
- B) La falta de procedimientos más agresivos de verificación de la verdad hace difícil el descubrimiento de pruebas esenciales;
- C) La cantidad de dinero otorgado en juicios es proporcionalmente más pequeña que en los Estados Unidos y no justifica el litigio de los casos más complejos; y
- D) El texto de reglamento actual y la falta de precedentes vinculantes limitan las posibilidades de litigio.

A. La Legislación Brasileña Concede Otras Causas de Acción Más Fáciles de Litigar y con Remedios Legales Razonables, Reduciendo el Incentivo para Presentar una Demanda Más Compleja de Discriminación de Género

Mientras que algunos casos en los Estados Unidos serían litigados como demandas de discriminación de empleo, los mismos casos en Brasil pueden ser traídos bajo otras causas de acción más directas, sin requerir intención discriminatoria. Como ejemplos, la siguiente subsección explora el acoso sexual debido al ambiente abusivo de trabajo, y el despido discriminatorio de una mujer embarazada.

En los Estados Unidos, el éxito de un demandante sujeto a acoso sexual debido a un ambiente de trabajo abusivo depende de una muestra de conducto suficientemente severo o penetrante, de tal manera que ofenda a una persona razonable, y requiriendo que el conducto sea visto como abusivo por el demandante, afectando sus condiciones de empleo debido a su sexo.⁹⁹ En Brasil el acoso en el ambiente abusivo no tiene que ser necesariamente debido al sexo, ya que una demanda puede ser entablada bajo “acoso moral.”¹⁰⁰ Esta demanda ha sido definida como una violencia psicológica sistemática y frecuente donde alguien tiende a aislar a la víctima a través de la humillación, debilitando su re-

⁹⁹ Harris v. Forklift Sys., Inc., 510 U.S. 17, 21–22 (1993); pero ver David C. Yamada, *The Phenomenon of Workplace Bullying and the Need For Status-Blind Hostile Work Environment Protection* [El Fenómeno del “Acoso en el Trabajo” y la Necesidad de Protección Ciega al Estatus contra un Ambiente de Trabajo Hostil], 88 GEO. L.J. 475 (2000) (explicando los daños del acoso en el trabajo en general y proponiendo una prohibición ciega al estatus).

¹⁰⁰ Ver, e.g., TRT-3 [Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região] [Tribunal Regional De Trabajo de la 3ra Region], RO 01292.2003,057.03.00.3, Relatora: Des. Alice Monteiro de Barros, DIÁRIO DA JUSTIÇA DE MINAS GERAIS [DIARIO DE JUSTICIA DE MINAS GERAIS] [D.J.M.G.] 13 de 11.08.2004 (Bras.).

putación y confianza.¹⁰¹ No sólo implica la acción de los superiores, pero también entre colegas, cuando el objetivo es usualmente obligar a la víctima a renunciar, retirarse, tomar una licencia por enfermedad o pedir un traslado.¹⁰² Debido a que es una causa de acción más amplia y más fácil de comprobar, el “acoso moral” ha sido litigado en Brasil nueve veces más que el despido discriminatorio y treinta veces más que el acoso sexual.¹⁰³

En cuanto a el despido discriminatorio de una mujer embarazada, en los Estados Unidos no hay seguridad de empleo durante el embarazo y alivio depende en la capacidad de demostrar una intención discriminatoria.¹⁰⁴ Comprobar la intención discriminatoria en los Estados Unidos puede ser una tarea desalentadora. Muchos de los demandantes fracasan en peticiones a sentencia sumaria, donde los tribunales a menudo ignoran la evidencia de parcialidad explícita, o “buscan políticas explícitamente discriminatorias y actores pícaros,” lo que es un prototipo poco común en el siglo XXI.¹⁰⁵ Pruebas de que se ha tomado una acción “debido a” los prejuicios de género es usualmente circunstancial.¹⁰⁶

Por otra parte, en Brasil hay casi una victoria automática sin la necesidad de pasar por la compleja prueba de la intención discriminatoria.¹⁰⁷ Una mujer embarazada no puede ser despedida sin justa causa desde de la fecha en que se confirma su embarazo hasta cinco meses después del nacimiento.¹⁰⁸ Si es despedida en cualquier momento durante este período de estabilidad, ella tiene el derecho a su reintegración y a pago atrasado.¹⁰⁹ Además, si el litigio causa tal angustia que haría

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Ver supra* nota 63 y tabla acompañante.

¹⁰⁴ *Ver supra* nota 43 y texto acompañante; 42 U.S.C. § 2000e(k) (estableciendo que la discriminación “por género” incluye “por embarazo, parto, y condiciones médicas relacionadas . . .”). Para establecer un caso *prima facie* de discriminación, una mujer embarazada debe demostrar que: “(1) ella es parte de una clase protegida; (2) ella estaba haciendo su trabajo de manera satisfactoria; (3) ella fue despedida; y (4) personas situadas similarmente que no son partes de su clase protegida fueron tratadas con preferencia o que su posición se llenó con alguien que no estaba embarazada.” *Ver, e.g., Fulkerson v. AmeriTitle, Inc.*, 64 Fed. Appx. 63, 65 (9th Cir. 2003) (citando *McDonnell Douglas v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973)).

¹⁰⁵ Nancy Gertner, *Losers' Rules [Las Reglas de los Perdedores]*, 122 YALE L.J. ONLINE 109, 111–12 (2012).

¹⁰⁶ *Id.* en 112.

¹⁰⁷ *Ver supra* nota 102 y texto acompañante

¹⁰⁸ ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS [ACTO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS] [A.D.C.T.] [art. 10, § II(b) (Bras.); Decreto No. 5.452, de 1 de Maio de 1943, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [CONSOLIDACIÓN DE LEYES DE LABOR] [C.L.T.] art. 391-A de 01.05.1943 (Bras.); *ver también supra* nota 38.

¹⁰⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO [TRIBUNAL SUPERIOR DE LABOR] [T.S.T], Súmula [Precedente] No. 244, Resolução [Resolución] 185/2012, 14.09.2012, DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO [D.E.J.T.] [Diario Electronico de Justicia Laboral] de 27.09.2012 (Bras.).

que la reinstalación no fuera aconsejada, el empleado puede renunciar a la reincorporación y recibir los salarios y beneficios del período de tenencia.¹¹⁰ A diferencia de los litigios por discriminación, aquí el empleador no podría acertar una razón legítima no-discriminatoria como defensa.¹¹¹ El empleador sólo puede vencer dicha demanda demostrando que el despido se basó en una grave violación disciplinaria, tal como se define en la ley.¹¹² Esto puede ayudar a explicar por qué los demandantes son cuatro veces más propensos a demandar por reintegro o indemnización compensatoria basado en la estabilidad del embarazo que en el despido discriminatorio, a pesar de que la tesis del despido discriminatorio permite el pago atrasado duplicado.¹¹³

B. La Falta de Procedimientos Agresivos en la Recolección de Pruebas Como en los Estados Unidos Hace que sea Mucho Más Difícil de Probar Algunas de las Demandas por Discriminación en Brasil

Las diferencias en cuanto al proceso de recolección de evidencia en Brasil y en los Estados Unidos pueden explicar en parte porque, a menos que exista un “arma humeante”, o algún tipo de evidencia definitiva, los casos de discriminación son raramente litigados en Brasil. Como se explicará, el procedimiento civil de Brasil proporciona menos medios para descubrir evidencia circunstancial, a veces el único tipo de evidencia disponible en casos de discriminación de empleo.

En los Estados Unidos hay procedimientos agresivos de descubrimiento para la petición de documentos,¹¹⁴ de respuestas escritas a interrogatorios,¹¹⁵ así como de interrogatorios largos conducidos por abogados.¹¹⁶ Todos estos métodos de descubrimiento aumentan la probabilidad de descubrir la verdad. Los métodos son

¹¹⁰ Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 496 (Bras.).

¹¹¹ *Ver, e.g.*, McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792, 803 (1973).

¹¹² Decreto No. 5.452 C.L.T. art. 482 (Bras.) (explicando que esas violaciones son: (a) actos deshonestos; (b) incontinencia de conducta o actos prohibidos; (c) competencia injusta en contra del empleador; (d) convicción criminal; (e) negligencia; (f) embriaguez habitual o embriaguez durante las horas de trabajo; (g) violación de secretos comerciales; (h) actos de indisciplina o insubordinación; (i) abandono del empleo; (j–k) enfrentamientos verbales o físicos, con la excepción de la defensa personal o la defensa de otros; (l) juego de apuestas constante).

¹¹³ *Ver supra* nota 63 y texto acompañante; Lei No. 9.029, de 13 de Abril de 1995, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 4, § II de 17.4.1995 (Bras.).

¹¹⁴ Al nivel federal, *ver* FED. R. CIV. P. 33.

¹¹⁵ *Ver id.* Aunque no son muy apropiados para determinar la verdad, los interrogatorios pueden ser eficaces para estrechar disputas sobre los hechos, ahorrando tiempo y enfocándose en el descubrimiento.

¹¹⁶ *Ver id.* 30(d)(1) (“una declaración se limita a un día de 7 horas”). En las horas en cuestión, un abogado americano puede descubrir información sustancial que no saldría a la luz si no fuera porque puede explorar las contradicciones del testigo y el miedo del testigo a cometer perjurio.

forzados a través de posibles sanciones procesales severas, incluyendo el desacato al tribunal, los procedimientos disciplinarios procesados por el Colegio de Abogados del Estado ante los tribunales, y por el enjuiciamiento del perjurio.¹¹⁷ Por lo tanto, hay incentivos fuertes para cumplir con las solicitudes de descubrimiento, para entregar a la otra parte hasta los documentos más dañinos, y para decir la verdad en interrogatorios o declaraciones.

En Brasil, la aplicación de este proceso de búsqueda de la verdad es mínima. Las condenas de perjurio exitosas son raras, ya que los recursos escasos de los departamentos de policía y de los fiscales no son priorizados para el enjuiciamiento del perjurio, y los tribunales han desarrollado precedentes indulgentes en cuanto al perjurio para manejar sus expedientes judiciales ya sobrecargados.¹¹⁸ Las partes en Brasil no son consideradas testigos, y por lo tanto ni siquiera pueden ser enjuiciadas por perjurio.¹¹⁹ Tampoco hay encarcelamiento por desacato al tribunal.¹²⁰ Las partes que mienten pueden ser multadas como litigantes de mala fe, pero hasta estas sanciones procesales no son lo suficientemente altas¹²¹ y a menudo se invierten en los tribunales de apelación, que los revisan *de novo*.¹²² Estas características causan un nivel bajo de disuasión, lo que permite una falta indeseable de franqueza. Además, no existen declaraciones tomadas por abogados antes del juicio y fuera de la corte; en cambio, solo hay investigaciones muchas más cortas por el juez y durante el juicio.¹²³ Este proceso puede ser útil para comprobar el caso de una parte, pero en ocasiones raras se descubre información previamente desconocida. Por

¹¹⁷ Ver FED. R. CIV. P. 11, 37; ver, e.g., Brian D. Burgoon, *The Bar's Procedure for Investigating and Prosecuting Disciplinary Complaints* [El Procedimiento del Colegio de Abogados para Investigar y Enjuiciar Denuncias Disciplinarias], FLA. BAR NEWS (Feb. 1, 2014), <http://www.floridabar.org/DIVCOM/JN/jnnews01.nsf/cb53c80c8fabd49d85256b5900678f6c/aed382f8abe1ac7385257c670048bb12!OpenDocument>.

¹¹⁸ Observaciones basadas en experiencia propia como un juez en Brasil.

¹¹⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL [C.P.C.] [CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL] art. 447, § 2, II de 3.2016 (Bras.).

¹²⁰ Ver generalmente C.P.C.; ver también [C.F.] [CONSTITUCIÓN] art. 5, LXVII ("no habrá detención civil debido a deudas, con la excepción de una persona que voluntariamente e inexcusablemente deje de pagar una obligación de manutención").

¹²¹ C.P.C. art. 81 (Bras.) (multa entre 1 y 10% del monto en controversia, más daños y perjuicios comprobados y gastos de abogado que la parte contraria acumule, costos que en Brasil usualmente no son lo suficientemente altos para impedir el litigio en mala fe).

¹²² C.P.C. arts. 1012–13; ver también Pritsch, *supra* nota 64 en 60.

¹²³ C.P.C. art. 450–53. En el procedimiento de las cortes laborales, las partes pueden oír a tres testigos cada uno, *id.*, en un calendario que usualmente contiene de tres a cinco juicios en la misma tarde. *Id.*; Decreto No. 5.452, de 1 de Maio de 1943, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO [CONSOLIDACIÓN DE LEYES DE LABOR] [C.L.T.] art. 821 de 01.05.1943 (Bras.). Entonces, testigos tienen tan poco como cinco minutos para hablar o en casos extremos hasta una hora. Este sistema, por lo tanto, no permite que los abogados usen a los testigos para descubrir información nueva, si no solo para presentarle al juez evidencia apoyando sus casos respectivos. Ver C.P.C. arts. 450–53.

último, es inusual que los abogados sean sancionados por mala conducta de litigio directamente por el juez respectivo, quien como regla puede reportarlo al Colegio de Abogados del Estado.¹²⁴

Considerando estas diferencias en el proceso de búsqueda de la verdad en ambos países, se puede entender por qué Brasil todavía no ha tenido muchos casos de discriminación de género, donde la evidencia suele ser escasa y en manos del empleador. Por ejemplo, es improbable que un caso de estereotipos basados en el sexo como *Price Waterhouse v. Hopkins*¹²⁵ sería litigado con éxito en Brasil. En Hopkins, los comentarios de los socios del empleador — que la demandante tenía que tomar “un curso en la escuela de protocolo” o vestirse femeninamente y usar maquillaje — fueron clave para los tribunales.¹²⁶ Similares fueron las evaluaciones de los socios que la describieron como “macho” o sugiriendo que ella estaba “demasiado bien pago, para una mujer.”¹²⁷ En Brasil, basándose en la impunidad probable, los empleadores probablemente retendrían o negarían la existencia de documentos con tales declaraciones dañinas.

C. Los Valores de Condenaciones Judiciales Más Pequeños en Brasil Puede Ser Que No Superen Los Costos de Litigio de los Casos de Discriminación Más Complejos

Otro factor que podría contribuir al número bajo de litigios por discriminación de género en Brasil es que el montante de las condenaciones otorgadas

¹²⁴ Hay una tendencia, basada en el lenguaje del C.P.C. promulgada en el 2016, art. 77, párrafo 6 (las partes y los abogados tienen el deber de cumplir con las órdenes judiciales con fidelidad y no deben crear obstáculos para su conformidad) que hace a los abogados conjuntamente responsables por pagar multas por litigios de mala fe. C.P.C. art. 77. Sin embargo, las acciones disciplinarias en contra de abogados en Brasil siguen siendo gestiones exclusivas del Colegio de Abogados. *Id.*

¹²⁵ La demandante Ann Hopkins era una gerente superior en la asociación de contabilidad Price Waterhouse. *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 228 (1989). En 1982 ella fue considerada para la posición de socia, pero pusieron su candidatura en espera para reconsiderarla en otra oportunidad. Cuando al año siguiente no la consideraron para la posición de socia, ella demandó bajo el Título VII acusando a la asociación que la habían discriminado por su género. *Id.* El Tribunal de Distrito decidió a favor de la demandante, razonando que el empleador había tomado esas decisiones consciente del efecto de las evaluaciones de los otros socios, las cuales eran basadas en estereotipos de género. El Tribunal de Apelaciones afirmó. *Id.* La Corte Suprema decidió que cuando un demandante puede comprobar que su género fue un factor que motivó la decisión, el demandado puede contrarrestar su responsabilidad si puede demostrar por la preponderancia de la evidencia que hubiera tomado la misma decisión sin tener en cuenta el género del demandante. *Id.* en 260. La Corte revocó y le devolvió el caso a la corte inferior solo porque las cortes inferiores habían decidido que el demandado tenía que comprobar su evidencia con el criterio de que la evidencia fuera clara y convincente. *Id.*

¹²⁶ *Price Waterhouse*, 490 U.S. at 233, 256.

¹²⁷ *Id.* en 233.

en juicio es proporcionalmente más pequeño que en los Estados Unidos. Estas condenaciones más bajas proporcionan incentivos mínimos para litigar los casos de discriminación más complejos. Por ejemplo, en RR 11184048.2007.5.05.0020, el tribunal anuló el despido por causa de una empleada con complicaciones de embarazo que había sido acosada debido a su condición y luego despedida debido a negligencia pre-textual.¹²⁸ La corte de apelación encontró que el acoso del empleador tenía la intención de obligarla a rechazar la tenencia de embarazo a través de su renuncia, y le otorgó lo equivalente a \$50,000 en daños y pagos atrasados.¹²⁹ La corte laboral más alta (T.S.T.) duplicó el pago atrasado, reconociendo que su despido fue discriminatoria.¹³⁰ Mientras que las estadísticas en cuanto a los daños y perjuicios de liquidación de la discriminación de género en Brasil no están disponibles, la propia experiencia del autor muestra que este caso está en el extremo superior del espectro.

Por el contrario, en los Estados Unidos, esa recompensa estaría en el extremo inferior. Según el sistema de búsqueda Westlaw Next, hubo 430 casos de acoso sexual con juicios o acuerdos de hasta \$50,000.¹³¹ Sin embargo, dicho sistema de búsqueda enumeró 1,389 casos que tuvieron juicios o acuerdos por encima de esa cantidad, incluyendo 105 casos entre \$1–2 millones, 78 casos entre \$2–5 millones y 44 casos sobre \$5 millones.¹³² Por ejemplo, en *Ingraham v. UBS Fin Servs.*, la compañía tomó represalias contra una empleada y eventualmente la despidió después de que esta se quejó de ser acosada sexualmente por su superior.¹³³ El jurado le otorgó \$350,000 en daños en la demanda de acoso sexual, \$242,000 en daños en la demanda de represalias, así como \$10 millones adicional en daños punitivos en la alegación de represalias.¹³⁴

¹²⁸ RR 11184048.2007.5.05.0020, Relator: Min. Alexandre Agra Belmonte, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO JURISPRUDÊNCIA [JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LABOR] [T.S.T.J.] de 13.11.2013 (Bras.) <https://consultortrabalhista.com/deciso-es-trabalhistas/tst-embargos-de-declaracao-em-recorso-de-revista-empregada-gestante-dispensa-discriminatoria-percepca/>.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*; Lei 9.029, de 13 de Abril de 1995, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 4 de 13.4.1995 (Braz.) (citando laudos bajo leyes brasileñas otorgando paga atrasada doble a alguien que ha sido despedido ilegalmente por discriminación conforme); ver Labor & Employment Jury Verdicts & Settlements [Veredictos de Jurado de Empleo y Acuerdos] WESTLAW NEXT (Apr. 18, 2015).

¹³¹ Labor & Employment Jury Verdicts & Settlements [Veredictos de Jurado de Empleo y Acuerdos], ver *supra* nota 129.

¹³² *Id.*

¹³³ Ver *generalmente* Verdict and Settlement Summary, *Ingraham v. UBS Fin. Servs.*, 2011 WL 232381 (Mo. Cir.).

¹³⁴ *Id.*

D. Limitaciones del Texto Legal Actual y la Falta de Precedentes Vinculantes en Brasil

En Brasil, otro factor que dificulta el desarrollo de litigios de discriminación de género puede ser la protección estatutaria, la cual es más limitada cuando comparada con los Estados Unidos, y la falta de jurisprudencia con efecto vinculante en la materia.

Al comparar las provisiones legales de antidiscriminación en Brasil y los Estados Unidos, uno puede notar que la legislación brasileña proporciona un alcance más estrecho de protección, aunque no limita las clases protegidas a aquellas mencionadas en una lista.¹³⁵ Las leyes brasileñas sobre el punto son menos detalladas que el Título VII y no mencionan expresamente ningún equivalente a una teoría del impacto desigual de la discriminación en el empleo.¹³⁶ Esa podría ser la razón por la cual los casos que llegan a los tribunales brasileños son los que están literalmente cubiertos en alguna otra disposición legal (a menudo no requieren una intención discriminatoria), o los que implican discriminación obvia.¹³⁷

Además, aunque los jueces brasileños puedan interpretar y aplicar las provisiones existentes de una manera creativa, según las circunstancias lo requieran,¹³⁸ tales decisiones han tenido un alcance menor porque generalmente no eran vinculantes para los tribunales inferiores.¹³⁹ Por el contrario, las decisiones

¹³⁵ Ver *supra* nota 136–43 y texto acompañante.

¹³⁶ Ver *supra* Parte II, Sección B.

¹³⁷ Ver *supra* notas 106–12 y texto acompañante. Por ejemplo, en RR 106240071.2005.5.09.0005, el T.S.T. afirmó la decisión regional que encontró que la despedida de una empleada por las responsabilidades familiares que tenía con su hijo pequeño eran discriminatorias. RR No. 106240071.2005.5.09.0005, Relator: Min. Fernando Eizo Ono, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO JURISPRUDÊNCIA [T.S.T.J.] de 30.11.2011, <https://consultortrabalhista.com/deciso-es-trabalhistas/tst-embargos-de-declaracao-em-recurso-de-revista-empregada-gestante-dispensa-discriminatoria-percepca/> (razonando que el empleador despidió a la querellante asumiendo que su función podía ser comprometida por ser madre, injustamente quitándole su modo de ganar un salario en el momento más necesitado. El tribunal afirmó la reinstalación de la empleada, aunque el periodo de seguridad de empleo basado en su embarazo ya había caducado, concluyendo que la cuestión verdadera era la motivación discriminatoria por la cual la habían despedido basado en su estado familiar. *Id.* El estado familiar es una clase expresamente protegida.) Ver Lei No. 9.029, de 13 de Abril de 1995, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 1, 17.4.1995 (Bras.).

¹³⁸ “[E]n Brasil es imposible encontrar normas legales enteras creadas por jueces en el vacío de las reglas legales como en los países de derecho anglosajón.” Ver Pritsch, *supra* nota 64 en 91. De todos modos, al contrario, el dogma de la Revolución Francesa que la judicatura solo debía aplicar—y no interpretar—la ley promulgada por la legislatura ha comprobado ser poco práctica y abandonada. *Id.* Se espera que los jueces den fuerza normativa a los principios constitucionales utilizándolos para llenar lagunas legales, interpretar leyes existentes, o derogar leyes inconstitucionales. *Id.* (citando Barroso, *supra* nota 14, en 356).

¹³⁹ Pritsch, *supra* nota 64 at 85. Tradicionalmente, esa ha sido la regla en Brasil. De todos modos, para reducir el agobio masivo de las cortes, en los últimos años las reformas judiciales han progresivamente introducido el concepto del precedente vinculante. Esta tendencia podría incrementar aún más después del 2016, cuando el nuevo Código de Procedimiento Civil se hizo efectivo, atribuyéndole un efecto obligatorio a las decisiones *en banc* y a otros tipos de precedentes importantes. *Id.* Todos los casos decididos por un panel siguen siendo meramente precedentes persuasivos. Ver *id.*

judiciales de los Estados Unidos tienen un impacto fuerte moldeando la conducta social, ya que vinculan a los jueces inferiores con respecto a casos futuros, asesorando a la sociedad sobre lo que es y no es legal. Estas decisiones reciben atención pública significativa, e incluso a veces provocan la intervención del legislador.¹⁴⁰ La jurisprudencia de discriminación en el empleo ha añadido muchas capas a las provisiones del Título VII, hasta al punto que la discriminación en el empleo creció más que el derecho laboral, siendo ofrecida como un curso separado dentro de las facultades de derecho y ganándose sus propios libros de casos.¹⁴¹

Esta riqueza de información en la legislación estadounidense sobre discriminación en el empleo probablemente proporcione una mejor orientación sobre la ley y las perspectivas de litigio a empleadores, empleados y profesionales legales, contrastando seriamente con el curso que este tipo de ley ha estado tomando en Brasil. Parte de esta situación puede cambiar debido al nuevo código de procedimiento civil brasileño, en efecto desde marzo de 2016, que ha introducido en el sistema legal brasileño un efecto vinculante a algunos tipos de decisiones de apelación.¹⁴² Como sucede en los Estados Unidos, con el tiempo, la resolución judicial de casos concretos tiende a enriquecer la ley existente, ofreciendo una orientación adicional a los profesionales legales y a la sociedad en general. Sin embargo, hay que hacer más para reducir la discriminación de género en Brasil, como este artículo discute en la Parte V.

V. ¿QUÉ HACER AL RESPECTO? NUEVA LEGISLACIÓN, INVESTIGACIONES POR LOS FISCALES Y CAMPAÑAS DE INFORMACIÓN

A la luz de las deficiencias descritas anteriormente, este artículo propone tres acciones para ayudar a reducir la discriminación de género en Brasil utilizando los remedios judiciales correspondientes: la promulgación de nuevas leyes, el aumento del uso de los poderes investigativos de los fiscales públicos y las campañas de información.

En cuanto al cambio estatutario, el proyecto de ley mencionado en la parte II-C podría ser una buena alternativa. Proporciona un tratamiento más detallado y completo de la discriminación en el lugar de trabajo, incluyendo un equivalente a

¹⁴⁰ Ver, e.g., THE CIV. RIGHTS ACT OF 1991 [ACTA DE DERECHOS CIVIL DE 1991].

¹⁴¹ Ver generalmente 42 U.S.C. §2000e-2 (2012).

¹⁴² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL [C.P.C.] art. 489, § 1, VI, art. 927 de 16.3.2015 (Bras).

la teoría de impacto desigual¹⁴³ y la intimidación en el lugar de trabajo,¹⁴⁴ acciones afirmativas,¹⁴⁵ y políticas para equilibrar las responsabilidades familiares.¹⁴⁶ También disuade la discriminación negando financiamiento público y publicando una lista de empleadores discriminatorios,¹⁴⁷ y a la misma vez creando comisiones de igualdad dentro de cada empleador de tamaño mediano y grande.¹⁴⁸ Dicho esquema legal, junto con la reciente introducción de precedentes vinculantes en Brasil, crearía herramientas para litigar la discriminación de género más similar a las disponibles en el sistema jurídico estadounidense.¹⁴⁹ Esto podría aumentar el número y la eficacia de los litigios de discriminación de género en Brasil.

Otro posible camino podría ser el aumento del enfoque de los fiscales públicos en el área de la discriminación de género. La ley brasileña otorga a los fiscales, incluso en materia civil, poderes especiales de investigación que no están disponibles a los abogados privados.¹⁵⁰ Las solicitudes de documentos de los fiscales públicos son equivalentes a una orden judicial, sometiendo a una parte incumplida a ser procesada por desacato penal.¹⁵¹ Además, los fiscales pueden citar a un testigo para una declaración extrajudicial bajo juramento, un poder que tampoco tienen los abogados privados en Brasil.¹⁵² Por lo tanto, las probabilidades de descubrir los actos o políticas de un empleador específico mostrando un impacto desigual, así como la obtención de cualquier documento dañino, son mucho mayores a través de los fiscales públicos. Poseyendo tal información, los fiscales pueden tener influencia para firmar un término de ajustamiento de conducta con tal empleador o pruebas suficientes para enjuiciar una acción colectiva exitosa.¹⁵³

¹⁴³ Lei No. 6.653, de 15 de Dezembro de 2009, PROJETO DE LEI [P.L.] art. 4. de 16.12.2009 (Braz.)

¹⁴⁴ *Id.* art. 27.

¹⁴⁵ *Id.* art. 2, ¶ 3, art. 3.

¹⁴⁶ *Id.* art. 5.

¹⁴⁷ *Id.* arts. 23–24.

¹⁴⁸ Lei No. 6.653, P.L. art. 34 (Bras.).

¹⁴⁹ *Ver id.* art. 5.

¹⁵⁰ Lei Complementar No. 75, de 20 de Maio de 1993, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] art. 8, II, IV, § 3, de 21.5.1995 (Bras.).

¹⁵¹ *Id.* art. 8, II, IV, § 3.

¹⁵² *Id.* art. 8, I, IX, § 3.

¹⁵³ Sérgio P. Marçal & Lucas Pinto Simão, *Brazil: The Class Actions Law Review – Edition 1*, [Brazil: El Reviso de Leyes de acciones colectivas – Edición 1] L. REV. (May 2017), <http://thelawreviews.co.uk/edition/the-class-actions-law-review-edition-1/1141375/brazil> (explicando que las acciones colectivas brasileñas no se pueden entablar por un representantes individuales de la clase, si no solo por asociaciones, sindicatos, la oficina del defensor público o los fiscales).

Finalmente, las campañas educativas que alcanzan a empleados y empleadores podrían mejorar la conciencia sobre lo que constituye la discriminación con razón del sexo y sus consecuencias legales. La rareza de los litigios, a pesar de la considerable discriminación de género en Brasil, muestra las limitaciones del sistema actual. La mera existencia de la ley contra la discriminación no ha sido suficiente para cambiar la cultura del ambiente de trabajo. No ha educado a los posibles demandantes-empleados sobre todas las formas de discriminación. Estos empleados ni siquiera pueden reconocer algunas formas de la discriminación, como la de considerar aceptable la promoción discrecional de los hombres a tasas mucho más altas que las de las mujeres.¹⁵⁴ Además, la mera existencia de la legislación actual contra la discriminación no ha sido suficiente para cambiar las actitudes de los empleadores hacia la discriminación de género. La mayoría de los empleadores ni siquiera saben cómo lidiar con el problema.¹⁵⁵

La igualdad de género podría mejorarse mediante la educación. El Ministerio del Trabajo, la Fiscalía, la Judicatura, los sindicatos y todas las organizaciones y organismos involucrados en la promoción de la igualdad en el lugar del trabajo podrían promover campañas sobre la promoción de la igualdad de género y los instrumentos jurídicos correspondientes para su aplicación. Esto podría diseminar e incrementar la información sobre la discriminación de género, así como contribuir decisivamente a la aplicación de las leyes contra la discriminación en Brasil.

CONCLUSIÓN

Aunque los derechos en el ambiente de trabajo en Brasil tienen prominencia, el litigio sobre discriminación laboral es casi inexistente, contrastando notablemente con lo que sucede en los Estados Unidos. ¿Por qué es así? El problema de la discriminación de género en Brasil existe, a pesar de sus leyes de contra la discriminación. Brasil tiene provisiones constitucionales y legales que promueven la igualdad y prohíben explícitamente la discriminación en el trabajo, incluyendo la discriminación de género. Sin embargo, las demandas de discriminación de empleo en los tribunales brasileños son ocho veces menos que en los Estados Unidos, y las demandas de discriminación de género son veinticinco veces menos que en los Estados Unidos.¹⁵⁶ Esto no significa que, en Brasil, la discriminación por razón

¹⁵⁴ Entrevista telefónica con Fabiano Holz Beserra, en ese entonces Fiscal Principal de la Procuraduría Regional do Trabalho da 4ª Região [Fiscalía Regional del Trabajo de la 4ª Región] (Mar. 9, 2015).

¹⁵⁵ Ver *supra* Parte III, Sección B.

¹⁵⁶ Ver *supra* notas 64–72 y texto acompañante.

de sexo sea menos problemática que en los Estados Unidos. Las mujeres en Brasil ganan sólo 73.7% a comparación de los hombres, a pesar de ser más educadas que ellos.¹⁵⁷ En los Estados Unidos, esa proporción es 81%.¹⁵⁸ Dentro de este escenario, este artículo propone cuatro explicaciones para el número relativamente menor de demandas de discriminación de género en Brasil.

En primer lugar, los casos en los Estados Unidos que se litigarían como demandas de discriminación en el empleo pueden ser presentados en Brasil bajo causas más directas de acción, sin la tarea desalentadora de mostrar intenciones discriminatorias. Por ejemplo, en los Estados Unidos, el acoso sexual debido a un ambiente de trabajo abusivo debe ser “severo o profundo” desde un punto de vista objetivo y subjetivo.¹⁵⁹ Adicionalmente, debe afectar las condiciones de empleo debido al sexo del demandante.¹⁶⁰ En Brasil, el acoso abusivo en el ambiente de trabajo es ilegal en sí, sin tener en cuenta la relación al género de la víctima.¹⁶¹ Además, una mujer embarazada brasileña tiene la tenencia hasta cinco meses después del nacimiento o de lo contrario tendrá derecho a elegir la reincorporación y el pago atrasado, o los salarios y beneficios de todo el período de tenencia.¹⁶² Aunque prueba de la intención discriminatoria en el despido puede duplicar la indemnización de los pagos atrasados, no es esencial comprobarlo, como lo es en los Estados Unidos.¹⁶³

En segundo lugar, la falta de procedimientos más agresivos en búsqueda de la verdad, como los que son disponibles en los Estados Unidos, hace difícil comprobar los casos de discriminación en Brasil. Como resultado, a menos que exista una prueba de definitiva, conocida como el “arma humeante,” los casos de discriminación son raramente litigados. En los Estados Unidos, los procedimientos de descubrimiento para la solicitud de documentos, interrogatorios y declaraciones son ejecutables por sanciones procesales severas, desacato de la corte, enjuiciamientos de perjurio, y por procedimientos disciplinarios de abogados llevados por el Colegio de Abogados del Estado ante los tribunales.¹⁶⁴ En Brasil hay menos imposición del

¹⁵⁷ Ver *supra* notas 74–78 y texto acompañante.

¹⁵⁸ Ver *supra* nota 77 y texto acompañante.

¹⁵⁹ Ver *Harris v. Forklift Sys., Inc.*, 510 U.S. 17, 21–22 (1993).

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ Ver *supra* notas 99–102 y texto acompañante.

¹⁶² Ver *supra* notas 37–40 y texto acompañante.

¹⁶³ Ver *supra* notas 112, 136 y texto acompañante.

¹⁶⁴ Ver *supra* nota 116 y texto acompañante.

proceso de búsqueda de la verdad, ya que las condenaciones por perjurio de testigos son raras, y no hay encarcelamiento por desacato al tribunal.¹⁶⁵ Las sanciones son más bajas que en los Estados Unidos, y los jueces brasileños no pueden aplicarlas directamente a los abogados, cuyo foro disciplinario exclusivo es el Colegio de Abogados del Estado, sin supervisión de los tribunales.¹⁶⁶ Todo esto disminuye el efecto disuasorio y permite una falta de franqueza indeseable y la retención de documentos dañinos. Además, debido a que no se escuchan testigos extrajudicialmente, y sólo se escuchan testimonios más cortos en el juicio, es menos probable que se descubran todos los hechos necesarios.¹⁶⁷

En tercer lugar, otro factor que podría contribuir al número de litigios bajo de discriminación de género en Brasil es el valor significativamente bajo en juicios en relación con los Estados Unidos.¹⁶⁸ Esto probablemente provee incentivos insuficientes para litigar los casos más complejos de discriminación de género en Brasil. Por ejemplo, mientras que un juicio de \$50,000 por discriminación de género en Brasil estaría en el extremo más alto del espectro, en los Estados Unidos tal premio estaría en el extremo inferior. La mayoría de los juicios o asentamientos en tales casos exceden los \$50,000, y muchos superan los \$2–5 millones de dólares.¹⁶⁹

En cuarto lugar, la protección del texto legal es más limitada en Brasil, comparada con los Estados Unidos, y la falta de jurisprudencia específica vinculante, dificultan el desarrollo de litigios de discriminación de género. La legislación brasileña provee un alcance estrecho de protección, a pesar de que su lista de clases protegidas no es exhaustivas.¹⁷⁰ Las provisiones brasileñas son menos detalladas que el Título VII, y no prohíben expresamente la discriminación por impacto desigual.¹⁷¹ Además, las decisiones judiciales en Brasil generalmente no son vinculantes para los tribunales inferiores.¹⁷² Por lo tanto, no añaden nuevas capas a las provisiones contra la discriminación en la forma en que las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos han hecho durante las últimas décadas.¹⁷³ Como resultado, el

¹⁶⁵ Ver *supra* notas 117–20 y texto acompañante.

¹⁶⁶ Ver *supra* nota 123 y texto acompañante.

¹⁶⁷ Ver *supra* nota 122 y texto acompañante.

¹⁶⁸ Ver *supra* notas 127–33 y texto acompañante.

¹⁶⁹ Ver *supra* notas 130–33 y texto acompañante.

¹⁷⁰ Ver *supra* nota 134 y texto acompañante.

¹⁷¹ Ver *supra* nota 135 y texto acompañante.

¹⁷² Ver Pritsch *supra* nota 64, en 85 y texto acompañante.

¹⁷³ Ver *supra* nota 137–40 y texto acompañante.

derecho estadounidense sobre discriminación en el empleo probablemente proporcione una mejor orientación sobre la ley y las perspectivas de litigios a los empleadores, empleados y profesionales legales. Esto puede cambiar, en parte, cuando el nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño entre en efecto, después de marzo del 2016, introduciendo en el sistema legal brasileño un efecto vinculante para toda la jurisprudencia de apelación.¹⁷⁴

Como posibles caminos para abordar estos problemas, este artículo propone la promulgación de nueva legislación, el uso incremental de los poderes especiales de investigación de fiscales brasileños, y campañas de información.

Hay un proyecto de ley esperando por votos en el Congreso brasileño desde el 2009 que podría ser una buena alternativa. Proporciona un tratamiento más amplio de la discriminación en el trabajo, regulando en algún detalle el impacto desigual, la intimidación en el labor, las acciones afirmativas y las políticas de responsabilidades familiares, y la creación de comisiones de igualdad dentro de cada empleador de tamaño medio y grande.¹⁷⁵ Junto con precedentes vinculantes, recientemente introducidos en la legislación brasileña, la promulgación de dicho proyecto de ley podría proporcionar un mejor apoyo legal para la discriminación de género en los litigios en Brasil.

En cuanto a los fiscales públicos, la ley brasileña les otorga poderes de investigación especiales que no tienen los abogados privados — pueden ordenar la entrega de documentos y citar a testigos para una declaración extrajudicial bajo juramento.¹⁷⁶ Su probabilidad de descubrir, por ejemplo, los actos o políticas de un empleador específico que generen un impacto desigual, o la obtención de documentos clave en manos del empleador, es mucho mayor que el de los abogados privados. Por lo tanto, el enfoque de los fiscales públicos en las denuncias de discriminación de género podría ser muy útil en aumentar la igualdad de género en Brasil.

Por último, las campañas educativas que llegan a los empleados y los empleadores podrían mejorar el conocimiento sobre lo que constituye discriminación de género y sus consecuencias legales. La mera existencia de la ley en contra la discriminación no ha sido suficiente para cambiar la cultura del lugar de trabajo. Los empleados a menudo no reconocen algunas formas de discriminación de género,

¹⁷⁴ Ver Pritsch *supra* nota 64, en 85 y texto acompañante.

¹⁷⁵ Ver *supra* notas 142–48 y texto acompañante.

¹⁷⁶ Ver *supra* notas 149–52 y texto acompañante.

y la mayoría de los empleadores ni siquiera saben cómo lidiar con el problema. Las campañas sobre la promoción de la igualdad de género y los instrumentos legales correspondientes para su aplicación podrían diseminar e incrementar la información pertinente y contribuir decisivamente a la ejecución de las leyes contra la discriminación en Brasil.

A PROBLEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO PARA ALÉM DA LETRA DA LEI: UMA ANÁLISE EMPÍRICA E SOCIOLOGICA¹

Cíntia Guimarães²

RESUMO

No presente artigo são analisadas as recentes mudanças legislativas no que concerne ao instituto da terceirização e suas aplicações práticas e sociológicas. Parte da análise dos resultados obtidos por meio de pesquisa empírica realizada em uma empresa na área de telecomunicações situada em Porto Alegre/RS, que optou por não terceirizar suas atividades de *call center*. Demonstra seus resultados com base em análise comparativa em relação a mesma atividade quando desempenhada por empresa interposta.

Palavras-chave: Terceirização – Tecnologia – *Call Center*

1 INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas no panorama do capitalismo global, nos últimos 40 anos, contribuíram significativamente para o seu crescimento. Dentre as

¹ Este artigo é uma releitura de minha pesquisa empírica feita no ano de 2012 para obtenção do título de Mestre. Justifica-se sua retomada em razão da alteração das condições de contratação na modalidade de terceirização para demonstrar que, para além da previsão legislativa, existem condições humanas envolvidas neste processo e que merecem destaque no atual contexto.

² Doutoranda em Ciências Sociais pela PUC/RS (Bolsa CNPq). Advogada, Docente, Pesquisadora e líder de Eixo no Grupo de Pesquisa (CNPq) intitulado Novas Tecnologias: Processo e Relações de Trabalho sob coordenação da Dra. Profa. Denise Pires Fincato; cisguimaraes@bol.com.br.

mudanças mais notáveis, podemos destacar a flexibilização dos processos produtivos que contribuíram para aumentar a complexidade dos ambientes externos e internos das empresas e conduzir o aumento pela demanda por serviços. Esse fenômeno encontra sua explicação no estreitamento da relação entre o setor industrial e o setor de serviços.

O crescimento do setor de serviços fez com que as empresas passassem a terceirizar algumas tarefas intermediárias ou algumas tarefas finais do processo de produção, por ser mais vantajoso, por proporcionar a redução de custos e por reduzir suas estruturas organizacionais. Este contexto culminou no chamado processo de racionalização e flexibilização do trabalho vivenciado pelo setor industrial no início dos anos 1980. Essa racionalização nos anos 1980, marco representativo do trabalho industrial tradicional, passou a ser introjetada na seara de serviços, quando a tecnologia viabilizou, dentre outras particularidades, o poder de controle e rigidez sobre o comportamento do trabalhador, durante o decorrer de sua atividade laboral na prestação de serviços.

Dessa forma, a difusão dos avanços digitais ditou o ritmo da modernização necessária a ser impressa na organização das empresas produtoras de bens e serviços, transformando e inovando o modo de ofertar suas mercadorias, pois as empresas sempre buscam formas de diminuir custos e aumentar lucros. Alguns dos meios utilizados por elas para alcançar esses objetivos são a introdução de novas tecnologias, a organização do trabalho de forma mais eficiente e a terceirização de algumas etapas de seu processo de gestão.

O presente trabalho tem a intenção de apontar os principais equívocos quanto a interpretação da Lei 13.429/2017, a partir de sua entrada em vigor, que previu em apenas dois artigos as condições e critérios que devem ser satisfeitos para contratar serviços prestados por terceiros. Foram suscitados alguns problemas de interpretação, pois a norma não esclareceu de forma elucidativa a correta aplicação legal. No entanto, tendo a lei da reforma trabalhista 13.467/17 entrado em vigor, foi superada a discussão, possibilitando a terceirização da atividade-fim.

Na seara empírica e sociológica efetuou-se observação em uma empresa atuante na área de comunicação multimídia que possuía à época da pesquisa (2012), seu próprio setor de telemarketing e teleatendimento.

No seguimento do presente artigo são apresentadas as considerações finais, com as principais contribuições deste estudo, bem como a bibliografia utilizada para este fim.

2 O USO DA TECNOLOGIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Destaca-se como exemplo do atual crescimento econômico, o comércio promovido pelo meio eletrônico, em que o impacto deste avanço é inegável no cotidiano do cidadão que, por sua vez, desempenha tanto o papel de trabalhador como o de consumidor. Como resultado disso,

Na década de 1990, vários fatores aceleraram a transformação do processo de trabalho: a tecnologia da computação, as tecnologias de rede, a *Internet*, e suas aplicações, progredindo a passos gigantescos, tornaram-se cada vez menos dispendiosas e melhores, com isso possibilitando sua aquisição e utilização em larga escala; a concorrência global promoveu uma corrida tecnológica e administrativa entre as empresas em todo o mundo; as organizações evoluíram e adotaram novas formas quase sempre baseadas em flexibilidade e atuação em redes; os administradores e seus consultores finalmente entenderam o potencial da nova tecnologia e como usá-la, embora com muita frequência, restrinjam esse potencial dentro dos limites do antigo conjunto de objetivos organizacionais (como aumento a curto prazo de lucros calculados em base trimestral) (CASTELLS, 1999, p. 306).

Isso interferiu nas formas de contratação de trabalhadores, pois, atualmente, as empresas dependem das capacidades intelectuais e das competências apresentadas pelos indivíduos. O mundo do trabalho que se desenha está calcado na distribuição e no acesso à informação, cuja “aplicabilidade com ganhos de produtividade, eficiência e eficácia à virtual totalidade das esferas de ação social constitui o argumento para emular na contemporânea ‘revolução da informação’ o potencial estruturador alargado da revolução industrial” (ALVES, 2004, p. 109). Inclusive,

A introdução do trabalho imaterial – cujo produto é consumido no momento de sua produção – supõe a disponibilidade de capacidades de comunicação, compreensão, cooperação e criação. Habilidades estas que, no entanto, não podem simplesmente ser comandadas: elas dependem do investimento pessoal do funcionário no emprego para que sejam acionadas e disponibilizadas (ROSENFELD, 2009, p. 174).

Isso implica na “adoção de novos parâmetros organizacionais dentro das grandes empresas de ponta [que] sucede à necessidade de enquadrar as novas demandas de qualificação requeridas pelo novo maquinário digital” (WOLFF, 2009, p.

91). As principais características oriundas da maior parte dos autores que analisam as características do mundo do trabalho, incorporado ao contexto das tecnologias da informação e comunicação (*TIC's*), destaca uma multiplicidade de efeitos sobre os trabalhadores e sobre os empresários.

O principal objetivo da tecnologia aplicada à produção reside na necessidade de expandir e aumentar a produção das empresas, mas, em contrapartida, esses “avanços tecnológicos provocaram transformações profundas no tipo de trabalho que realizamos”. A “revolução da informação” produz “um grande número de empregos iguais aos da economia industrial: não-profissionalizados e que envolviam atividades de rotina” (GIDDENS, 2005, p. 311). Ou seja, os empregados de base, por exemplo, permaneceram sendo monitorados por seus empregadores e seguindo padrões rigorosos de prestação de serviços. De fato, atualmente, este controle mostra-se ainda mais eficiente e invasivo do que outrora.

Além disso, o modelo que vem sendo cada vez mais adotado pelas organizações empresariais, conforme Braga (2009, p. 68), é constituído por contratações terceirizadas, por redução de postos de trabalho superiores e pela quebra da equivalência salarial. Enfim, trata-se de modelos demarcados como empresas com formato neoliberal, cuja intervenção do Estado é bastante limitada, sobretudo no plano econômico.

Nesse sentido, essas características garantiram maior flexibilidade às empresas quanto a suas instalações e utilização da mão de obra, pois cada vez mais os detentores de capital aumentam a produtividade de bens e serviços ao mesmo tempo em que diminuem o número de contratações, enxugando os custos de manutenção da empresa e intensificando o ritmo do trabalho.

3 ALTERAÇÕES NA MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO TERCEIRIZADA - LEI 13.429/2017

No final do mês de março de 2017, entrou em vigor a Lei 13.429/2017, equivocadamente chamada de lei da terceirização, antigamente regulamentada apenas por Súmula do TST que, em tese, passou a permitir situações diversas em termos de contratação, em relação às limitações anteriormente previstas.

O equívoco reside no fato de a nova lei passar a vigorar para alterar alguns dispositivos da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na

empresa de prestação de serviços a terceiros. Ou seja, a nova lei inclui recentes modificações no texto de lei que tratava especificamente sobre o trabalho temporário, tratando de forma muito limitada, superficial e hesitosa as condições para a contratação da terceirização para prestação de serviços.

O trabalho temporário consiste na contratação por intermédio de empresa prestadora de mão de obra para prestar serviços ao tomador, sem que isso resulte em vínculo de emprego entre quem é contratado e a empresa que recebe os serviços. O trabalhador temporário é empregado da empresa prestadora, tão somente. Como o próprio nome refere, a prestação de serviço é bastante limitada, ocorrendo somente em episódios de grande demanda comercial, como por exemplo, contratação de vendedor em datas comemorativas como natal, páscoa, etc. Já o instituto da terceirização era regido pela súmula 331 do TST, cuja principal característica era a possibilidade de contratação para prestação de serviços relacionados à atividade meio da empresa, caso contrário, poderia ser considerada ilícita a pactuação. Somente seria possível terceirizar serviços ligados à atividade fim do tomador em casos bem específicos e previstos na lei 6.019/74, como em casos de substituição, por exemplo. Ou seja, a terceirização de serviços vinculados à atividade meio era a regra e as relacionadas à atividade fim eram exceção.

No que se refere às novidades trazidas pela Lei 13.429/2017, acerca da terceirização para o trabalho temporário, fica clara a possibilidade de terceirizar a atividade fim, já para a terceirização geral e irrestrita são os artigos 4º e 5º que regulam, os quais estão gerando inúmeras controvérsias. De acordo com a interpretação de Vólia (2017):

A empresa prestadora de serviços deverá prestar serviços “determinados e específicos” à contratante. Não se sabe o que esperar da interpretação dessas duas expressões vagas. Alguns vão defender que aí está a autorização para terceirizar atividade-fim, desde que especificado, definido, fixado o tipo de serviço no contrato. Outros, vão afirmar que aí está a previsão do contrato a termo, pois serviço determinado é o mesmo que serviço certo, previsível. Aliás, o art. 443, §1º, da CLT, conceitua o contrato determinado como aquele celebrado para execução de serviço especificado ou realização de certo acontecimento. Logo, equipara-se a evento certo, determinado. Há, ainda, aqueles que não vislumbram na lei a exigência de contrato determinado, mas interpretam que esta não autorizou a terceirização em atividade-fim, pois não foi expressa nesse sentido. Muitas controvérsias e interpretações divergentessurgirão.

Interpreto que o legislador não autorizou a terceirização geral para as atividades-fim da empresa, mas tão somente para as atividades-meio desta, pois, quando quis ser expresso na autorização de terceirização de atividade-fim, o fez, como foi o caso do trabalho temporário.

Depreende-se, de igual forma, que até então era considerada a vigência e cabimento da súmula 331 do TST que autoriza a terceirização somente para atividade meio da empresa, uma vez que o legislador não teve clareza em suas expressões. Então, adequado que somente ocorra a contratação pela modalidade de terceirização nas condições a prazo certo (contrato temporário) e com finalidade específica de forma a justificar a caligrafia concedida aos artigos 4º e 5º da nova lei.

Algo que se observa, em termos de garantias e de vantagens, tanto para o empregado quanto para o empregador ao terceirizar a atividade fim é o fato de a empresa colocar em risco a qualidade de sua prestação de serviços e o empregado ver-se precarizado dentro de uma relação laboral, quando o produto que deve representar altera-se inúmeras vezes de acordo com o contrato civil firmado entre a empresa que terceiriza e as várias empresas tomadora. Tal como afirma Vólia (2017):

Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se esses estiverem relacionados com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral.

Como não foi permitida, expressamente, a terceirização de atividade-fim para as empresas prestadoras de serviços, continuamos a defender a prevalência da Súmula nº 331/TST, que, como regra geral, somente permite terceirização de atividade-meio. A lei é clara nesse sentido, pois quando o legislador quis permitir a terceirização em atividade-fim, o fez expressamente, como na terceirização do trabalho temporário.

Apropriado esclarecer que, por meio da nova lei tinha-se como regulamentada a terceirização geral para as prestações de serviços, porém este instituto foi maturado, de acordo com suas aplicações práticas. Ou seja, com a entrada em vigor da Lei 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) fora sanada a controvérsia, passando a permitir a contratação na forma terceirizada para realização da atividade-fim da empresa.

Passou a vigorar, então, a possibilidade de contratação na forma da terceirização ampla e irrestrita. Ademais, no dia 30 de agosto de 2018, o STF decidiu que é constitucional emprego de terceirizados na atividade-fim das empresas, acabando com a controvérsia instalada até o momento.

Entretanto, pretende-se demonstrar que os benefícios ou mazelas em terceirizar determinadas atividades residem em outros fatores que devem ser levados em consideração para além da letra da lei, ou seja, o que demonstram as pesquisas empíricas a respeito do caso concreto das terceirizações.

4 CONTEXTO QUE ORIGINOU O ESTUDO DE CASO

O processo de terceirizar a mão de obra na produção de bens e prestação de serviços consiste no fato de as empresas transferirem parte de suas tarefas para outras empresas que oferecem essas operações, visando reduzir custos e aumentar a agilidade e qualidade nas práticas organizacionais. Trata-se, portanto, de uma modalidade que descentraliza algumas fases do processo e por isso é considerada “uma das principais formas de flexibilização das relações laborais” (LEON, 2011, p. 757). Ou seja, ocorre a transferência de determinadas etapas do processo de produção de bens ou serviços para uma outra empresa (a terceirizada), que irá contratar mão de obra para prestar e/ou executar determinadas tarefas relacionadas à empresa contratante (tomadora). Isso acontece, sobretudo, em organizações que utilizam o sistema de telecomunicação como uma fase no processo de produção de serviços. Então,

O movimento básico que a define [terceirização] é a transferência, por uma empresa, de partes do processo de produção, ou mesmo da prestação de serviços, para outra, criando uma relação de subcontratação e diferenciação de coletivos de trabalho. Esse formato pode adquirir as mais variadas formas, de acordo com a atividade em questão e as empresas envolvidas. O mais comum, na atualidade, é a relação de subcontratação entre uma grande empresa, ‘tomadora de serviços’, e médias ou pequenas empresas, ‘prestadoras de serviço’, embora exista também o movimento inverso ou mesmo relações de subcontratação entre pequenas empresas (CAVALCANTE, 2009, pp. 193 e 194).

Embora a contratação pela via terceirizada seja vantajosa para as empresas, pois, de acordo com Rifkin (1995), “as empresas também estão reduzindo

os encargos trabalhistas, com a contratação de fornecedores externos de bens e serviços, tradicionalmente administrados internamente” (RIFKIN, 1995, p. 212), há que se destacar que a utilização de mão de obra terceirizada para prestar serviços no ramo de comunicação (telemarketing e teleatendimento) geralmente afeta os trabalhadores de forma desalentadora, pois “muitos dos fornecedores são empresas menores que pagam baixos salários e proporcionam poucos benefícios aos trabalhadores” (RIFKIN, 1995, p. 212). A julgar pela realidade desses trabalhadores:

Trabalhadores temporários e terceirização constituem a maior parte da força de trabalho contingencial – milhões de americanos cujo trabalho pode ser usado e descartado sem aviso prévio e a uma fração do custo de manter uma força de trabalho permanente. Sua própria existência age como redutor dos salários dos trabalhadores fixos. Cada vez mais os empregadores estão usando a ameaça da contratação temporária e a terceirização para negociar concessões de benefícios e salários com os sindicatos – uma tendência que deve acentuar-se nos próximos anos (RIFKIN, 1995, p. 214).

Portanto, em inúmeras situações o fenômeno da terceirização é utilizado pelo empregador como uma estratégia de dominação. Inclusive, “a flexibilização do trabalho é um fenômeno novo, dadas a dimensão, a amplitude e a qualidade adquiridas num quadro de mundialização, de reestruturação produtiva e de implementação de políticas neoliberais” (DRUCK; FRANCO, 2009, p. 226). Essa liberdade aplicada aos contratos de trabalho mantém a precariedade do mundo laboral no regime capitalista atual, porém de forma *metamorfoseada*, pois “passa a ter um lugar estratégico e central na lógica da dominação capitalista” (DRUCK; FRANCO, 2009, p. 227). Igualmente,

Nessa medida, a terceirização é uma das principais formas ou dimensões de flexibilização do trabalho, pois ela consegue reunir e sintetizar o grau de liberdade de que o capital dispõe para gerir e, desta forma, dominar a força de trabalho. Liberdade que é verificável através da flexibilização dos contratos e, principalmente, da transferência de responsabilidade de gestão e de custos trabalhistas para um ‘terceiro’. Uma prática de gestão que encontra respaldo em vários aspectos e instrumentos que limitam a regulação do mercado de trabalho, a exemplo das mudanças na legislação trabalhista, cuja flexibilização ocorre no sentido de fortalecer a liberdade de ação empresarial, principalmente no que tange às perdas de direitos dos trabalhadores (DRUCK; FRANCO, 2009, pp. 227 e 228).

Apesar da evidência de desvantagens aos trabalhadores, essa modalidade também apresenta evidências de desvantagens às empresas, pois mantém um distanciamento entre o comando e a base da organização, gerando um descontrole e, muitas vezes, um desconhecimento das estratégias utilizadas para a adequada apresentação dos produtos. Dessa relação decorre também um não envolvimento entre o empregado de base e aquilo que ele oferece em suas tentativas de venda, pois alternam inúmeras vezes os produtos oferecidos aos consumidores, de acordo com a alternância de contratações (entre a empresa terceirizada e a empresa tomadora) e dos resultados a serem alcançados (em termos de satisfação do serviço oferecido pela terceirizada em prol da tomadora). A empresa tomadora dos serviços poderá colocar em risco tanto o seu diferencial de competitividade quanto a identidade de sua marca, em razão de terceirizar aqueles que deveriam lhe representar. Além disso, a terceirização permite também, às organizações, a contratação transnacional da mão de obra, conforme Oliveira (2004):

Na atualidade, a terceirização é um dos principais recursos de flexibilidade da produção e do trabalho, sendo utilizada por empresas de diversos setores da atividade econômica – indústria, comércio, serviço – para tarefas com distintos níveis de especialização e de sofisticação tecnológica, configurando complexas e variadas tramas produtivas que, às vezes, assumem âmbito internacional (OLIVEIRA, 2004, p. 125).

Portanto, no setor de telecomunicações é possível terceirizar algumas tarefas pelo fato de os empregados manipularem produtos imateriais (informação, comunicação de dados armazenados e propagados em rede através da *Internet*). Geralmente são utilizadas por empresas que precisam prestar serviços de teleatendimento e telemarketing, por isso terceirizam essa mão de obra através das empresas prestadoras deste serviço, às vezes localizadas em países que oferecem um baixo custo dessa prestação de serviço. Então,

O setor trabalha com um produto não material, que é a informação e a comunicação entre as pessoas, mas necessita desenvolver e manter enormes estruturas físicas para tal empreendimento. A verdade é que, mesmo por ‘critérios técnicos’, torna-se muito difícil estipular a importância das atividades, pois, de fato, somente uma enorme quantidade de trabalhadores, em função de cargos distintos, pode propiciar, efetivamente, a finalidade proposta. Para o usuário o resultado final é inusitado: de pedido de uma linha telefônica, à instalação, reparos e reclamações em *Call Centers*, em suma, todo o seu processo de

relação com uma companhia de telecomunicações ele não pode, em *nenhum momento sequer*, entrar em contato direto com trabalhadores da empresa central.

Na prática, as companhias de telecomunicações empregam diretamente, hoje em dia, um núcleo cada vez mais reduzido e restrito, principalmente, à área técnica de desenvolvimento de produtos e às estratégias de *marketing*. O grosso dos trabalhadores está espalhado por centenas de empresas, de instaladores a operadores de *Call Center*, existindo subcontratação, até mesmo em áreas de projetos e de sistemas de informação (CAVALCANTE, 2009, pp. 199 e 200).

Portanto, terceirização é um fenômeno que suscita uma série de discussões acerca da legislação a ser aplicada ao trabalhador que presta serviços a uma tomadora geograficamente distante e localizados muitas vezes em países diferentes. Quando as empresas oferecem serviços de forma terceirizada de teleatendimento e telemarketing a outras empresas (tomadoras) que quiserem divulgar seus produtos e/ou solucionar problemas dos clientes via atendimento (SAC), assumem o ônus de não ter um empregado comprometido com os valores e missão da empresa e tampouco com o produto que representa, uma vez que a empresa terceirizada possui em sua carta de clientes, organizações dos mais variados ramos de atuação e com uma quantidade imensurável de produtos e serviços. Dessa forma, a empresa terceirizada, na maioria dos casos, dificilmente busca especialização no que diz respeito aos produtos da empresa tomadora dos serviços, implicando na total ausência de identificação dos teleoperadores terceirizados para com os produtos ou serviços oferecidos pela tomadora. Uma vez que o teleoperador não possui conhecimentos suficientes acerca da empresa tomadora, culminando na queda da qualidade do serviço e no desgaste da imagem da empresa e do produto. Inclusive, pelo fato de o empregador estar distante do empregado, desconhece suas práticas e suas técnicas de abordagem. Caso a empresa tomadora decidisse criar o seu próprio setor de *Call Center*, poderia perceber maiores benefícios já que os empregados estariam investidos dos propósitos (missão e valores) da organização e da representação de seus produtos.

5 RESULTADOS

Grande parte dos operadores de *Call Center* percebem seu emprego como algo temporário, um “trampolim” para empregos melhores. E isso ocorre não somente em razão do baixo salário que auferem, das tarefas desgastantes que efetuam, das condições muitas vezes precárias com que trabalham e da quase ausên-

cia de perspectiva de ascensão profissional. Ocorre também porque a terceirização dessa mão de obra tende a dificultar a identificação e o comprometimento desses trabalhadores com os produtos e as empresas que os produzem.

Esta pesquisa verificou variáveis entre as condições de trabalho, o salário, a satisfação dos trabalhadores em empresas de *Call Center* terceirizadas, com base na literatura especializada e em informações obtidas no sindicato da categoria (SINTTEL/RS) e na empresa de comunicação ora pesquisada que dispõe de seu próprio setor de *Call Center*.

Tal como nas terceirizadas, os operadores da empresa de comunicação são majoritariamente do sexo feminino, jovens, solteiros, com segundo grau completo ou curso superior incompleto ou completo.

A cultura organizacional de uma empresa, o respeito e o reconhecimento do empregado influenciam, por certo, o compromisso e o grau de satisfação dos funcionários. Mas não são suficientes para evitar a alta rotatividade dos trabalhadores. O compromisso duradouro com a empresa, mantendo-se num posto de trabalho por anos, depende fortemente do que ela oferece em termos de salário, benefícios (plano de saúde, entre outros), perspectiva de mobilidade profissional ascendente. A cultura da organização pesquisada possui baixa rotatividade de acordo com os períodos de contrato em vigor que apresentam seus funcionários, a satisfação foi evidenciada em razão do fato de a contratação ser direta e não terceirizada, 83% de seus empregados já estão a mais de um ano na empresa, o valor do salário, quando comparado às terceirizadas, é mais vantajoso (valor do menor salário da pesquisada = 2.0 salários mínimos; valor do menor salário da terceirizada = 1.4 de salário mínimo). Seu tempo de permanência no emprego é maior do que o observado nas empresas terceirizadas. Grande parte dos operadores possui experiência anterior na mesma área, tendo trabalhado em *Call Centers* em outras empresas (as terceirizadas).

Partindo-se da observação empírica, constatou-se que os empregados da empresa pesquisada estabelecem sólidos laços com a empresa e seus colegas de trabalho, pois durante três vezes ao ano, reúnem-se na Quinta da Boa Estância (um sítio localizado na região metropolitana de Porto Alegre) como forma de promover dinâmicas de relacionamento entre os colegas, enquanto nas terceirizadas não se verificaram momentos de confraternização. Sentem-se parte integrante da empresa, estão satisfeitos pelo modo como são tratados pela organização empresarial, que consideram dotada de elevado status, e pelo fato de trabalharem com um produto que valorizam.

Verificou-se ainda que, em termos de representação sindical não estão consolidados, haja vista a representação abarcar um grande número de trabalhadores que exercem funções diversas dentro de uma empresa de radiofusão e televisão. Porém, a empresa optou por manter seu próprio setor de *Call Center*, pois admite que empregados “pertencentes” ao grupo, beneficia tanto uma categoria quanto a outra (empregados/ empregadores).

Ao solicitarem soluções para problemas que envolvem a rotina, são escutados e imediatamente satisfeitos. Unanimemente, as condições do ambiente de trabalho são boas na empresa pesquisada (de acordo com seus funcionários). Mas, para tanto, dependeram da atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, que resultou na exigência da realocação de seu espaço físico e no cumprimento de normas de saúde e higiene do trabalho. Depois de remodelado, esse setor de *Call Center* tornou-se, inclusive, modelo para definir os parâmetros da norma regulamentadora da categoria, isto é, para a elaboração do Anexo II da NR-17 que dispõe sobre o ambiente de *Call Center*.

No quadro abaixo, resumidamente, seguem as principais variáveis:

Variáveis	Empresa pesquisada	Terceirizada
Controle	Por meio da célula de monitoria, os operadores são orientados quanto a forma de conduzir seus diálogos e abordagens de campanha. Por intermédios dos supervisores, os operadores são controlados quanto ao número de atendimentos e/ou ligações necessárias e a meta que deve ser atingida.	Para além do controle efetuado pela empresa contratante, a empresa tomadora também comparece nas instalações da terceirizada para efetuar o controle dos operadores. Por intermédio dos supervisores são controlados de forma permanente em tela, inclusive com contagem regressiva do tempo em momentos de ausência na PA.
Treinamento	O treinamento tem início após a formalização do contrato de trabalho, ou seja, o sujeito já está empregado, recebendo salário e cumprindo sua jornada diária de labor.	O operador é convocado e treinado ainda sem o contrato de trabalho formalizado, portanto não recebe salário. Retorna para sua residência, sendo chamado assim que surgir um posto de labor. Somente nesse momento ele é contratado e, por ter sido treinado previamente, não repete essa etapa após a formalização do contrato de trabalho (NOGUEIRA, 2009).

Variáveis	Empresa pesquisada	Terceirizada
Autonomia	Essa variável está representada no na utilização de <i>script</i> durante os diálogos travados com os clientes em atendimento e/ou ligação. A autonomia é repassada ao teleoperador, quando deverá seguir somente as orientações de abertura e fechamento dos diálogos. Nesse ínterim, o empregado tem autonomia para argumentar com o cliente sem seguir perguntas rígidas e engessadas.	A utilização do <i>script</i> deve ser obrigatória, seguindo-se todo o roteiro de perguntas exigidas pela empresa. Os argumentos devem ser enquadrados, de acordo com o questionário formulado previamente pelos superiores. Trata-se de perguntas rígidas e engessadas, sem a possibilidade de o operador “inovar” no diálogo, devendo segui-lo até o final.
Rotatividade	Essa variável foi identificada com maior ocorrência na célula de vendas. Nas demais células, o índice é considerado baixo.	A rotatividade é alta, pois, segundo Rosenfield (2009), o “prazo de validade” do operador esgota-se e ele precisa ser substituído. O operador fica desgastado, havendo queda de sua produtividade rapidamente.
Identificação	Esse foi um dos elementos em destaque durante a entrevista de campo, pois as respostas foram unânimes em afirmar a condição de identificação, tanto com a empresa quanto com o produto com o qual trabalham.	Acerca da condição de identificação, Mocelin (2008) destaca a falta desse elemento dos empregados com o <i>Call Center</i> , pois decorre do fato de a empresa prestar serviços para outras empresas. Isso faz com que os operadores confundam o seu real empregador. Algo que o autor denomina “desterritorialização”.
Jornada/ Pausas	São seis horas de trabalho por dia. As pausas concedidas aos operadores são quatro: lanche, sai PA, ginástica laboral e toalete. Não há um controle rígido, porém o operador deve cumprir a meta diária exigida. O teleoperador não precisa pedir autorização para se retirar da PA, basta informar em tela que está usufruindo alguma das pausas.	A jornada laboral é cumprida em seis horas diárias. Oliveira (2008) relata que os intervalos para café, lanche ou almoço e utilização do banheiro são descontados e todas essas pausas são controladas. Somente podem ausentar-se da PA mediante autorização de seu superior.

Variáveis	Empresa pesquisada	Terceirizada
Vantagens e desvantagens	Algumas vantagens atribuídas a função: autonomia; salário; trabalhar com um só produto; respeito dos superiores e ambiente de labor. Algumas das desvantagens são: grosserias dos clientes; trabalhar aos sábados; pressão e rotina repetitiva.	Algumas vantagens atribuídas a função: jornada parcial; amigos; supervisores; prêmios e poder ajudar os clientes. Algumas das desvantagens são: remuneração baixa; falta de autonomia e motivação; pressão; jornada intensa. insegurança; maus-tratos de clientes e script.
Expectativas na empresa	A maioria dos entrevistados referem a expectativa de permanecer na empresa, pois as possibilidades de postos de trabalho aumentam, por tratar-se de uma empresa com vários setores de atuação.	A maioria dos operadores não tem perspectivas em permanecer na empresa. De acordo com Mocelin (2008), as vagas são limitadas às funções de <i>Call Center</i> por tratar-se de empresa direcionada a prestação desse serviço. Refere ainda que eles consideram essa atividade como ocasional ou temporária
Recompensas/ Motivações	Esses elementos são conduzidos pelos supervisores e assistentes se supervisor. As motivações são transmitidas na forma de palavras de incentivo. As recompensas são premiações (produtos) ofertadas para sorteio a todos os operadores que atingiram a meta solicitada.	Da mesma forma, são conduzidos pelos supervisores. Há promoções e premiações, conforme Oliveira (2009), tais como: premiação instantânea, melhor venda da hora ou sorteios de relógios, celulares ou prêmios mais valiosos.

Importante destacar também, o tema abordado no Decreto 6.523, do Ministério da Justiça que regula a forma como devem funcionar os setores de *Call Centers*, principalmente junto às organizações responsáveis pela prestação de serviços de telemarketing e teleatendimento. A norma contém afirmativas acerca de situações possíveis de o consumidor final buscar no atendimento e este não contemplar o que foi solicitado pelo cliente.

Com essas mudanças, as áreas de gestão de qualidade passaram a ter um papel ainda mais significativo, pois o decreto prevê ainda que, para o atendimento não transacional (aquele que efetua somente a operação solicitada), a solução deve ser alcançada ao cliente em até cinco dias, por exemplo.

Vislumbra-se que, para a obtenção factual da referida excelência quanto à qualidade na prestação de serviços pelas organizações, há que se observar a

forma e dinâmica da contratação do teleoperador (direto ou terceirizado) que irá representar o seu produto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC's, na era do informacionalismo, são apropriadas pelo sistema econômico capitalista e a informação é tida como a matéria prima contemporânea. Esta matéria prima é capaz de configurar, além de novas formas e ritmos às tarefas humanas, a máquina enquanto mera extensão do trabalhador (ou vice-versa) e, assim, subordiná-lo à organização empregadora de forma bastante grave e impessoal.

A flexibilidade da produção diz respeito à possibilidade de utilização das TIC's como forma de descentralizar tarefas outrora desenvolvidas no mesmo espaço empresarial. Particularmente, esse modelo coleciona maiores vantagens em razão de seus contornos não possuírem limitadores temporais e/ou espaciais, haja vista seu amplo alcance em rede. Historicamente, essa característica destaca-se pelo fato de proporcionar ao mercado um alcance em nível global.

Assim, com o desenvolvimento dos meios telemáticos e com as transformações no ramo da telefonia, paralelamente às mudanças de paradigma em termos de relacionamento entre a empresa e seus clientes, propiciaram o surgimento das organizações dos *Call Centers*.

A informação é substrato soberano nos diversos níveis de execução dessa atividade e a comunicação é uma das ferramentas mais importantes do sistema de acumulação capitalista.

Então, verifica-se que na atualidade grande parte dos operadores de *Call Center* percebe seu emprego como algo temporário, um “trampolim” para empregos melhores. Muito disto se dá em razão dos baixos salários, das tarefas desgastantes, das condições precárias de trabalho e da quase ausência de perspectiva de ascensão profissional no setor, genericamente explanando. Além disto, quando terceirizada a atividade de *Call Center*, há uma desvinculação dos trabalhadores, que não se identificam com os produtos que vendem ou com as empresas que tomam seus serviços indiretamente.

Da observação empírica, constatou-se enfim que os empregados da empresa pesquisada estabelecem sólidos laços com a empresa e seus colegas de trabalho, sentem-se parte da organização, estão satisfeitos pelo modo como são

tratados e consideram sua empregadora dotada de elevado *status*, valorizando o produto com que trabalham.

Em perspectiva, as operações de *Call Center*, viu-se nos estudos realizados, não se darão apenas de maneira direta ou terceirizada próxima, como são as realidades da pesquisada e de outras empresas do setor, no Estado do Rio Grande do Sul. Já há iniciativas de terceirização pulverizada de *Call Centers*, com teleoperadores pessoas físicas, contratados diretamente e atuando em suas residências (com auxílio de sistema computacional e aparelho de comunicação).

A tornar ainda mais complexo o quadro, muitos destes trabalhadores são de nacionalidade distinta em face do vendedor do produto e do cliente deste também. A terceirização transnacional dos serviços de *Call Center*, portanto, é o novo desafio que se apresentará à realidade sócio-laboral o que, com certeza, exigirá novos esforços para a interpretação do local e do papel do ser humano no contexto do trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Giovanni. **Dimensões da Reestruturação Produtiva**: ensaios de sociologia do trabalho. 2 ed. Londrina: Práxis; Bauru: Canal 6, 2007.
- BOMFIM, Vólia. **Breves comentários à nova redação da Lei 6.019/74: Terceirização ampla e irrestrita?** <http://genjuridico.com.br/2017/03/24/breves-comentarios-a-nova-redacao-da-lei-6-01974-terceirizacao-ampla-e-irrestrita/> - Acesso em 15/05/2017.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 2004.
- CATTANI e HOLZMANN. **Taylorismo**. In: CATTANI, Antônio David e HOLZMANN, Lorena. **Dicionário de Trabalho e Tecnologia**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.
- DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. **Terceirização: a chave da precarização do trabalho no Brasil**. In: NAVARRO, Vera Lúcia e PADILHA, Valquíria. **Retratos do Trabalho no Brasil**. Uberlândia: Edufu, 2009.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- LEON, Alice Backes de. **A Terceirização sob a Perspectiva Forense**. In: HORN, Carlos Henrique e COTANDA, Fernando Coutinho (org.). **Relações de Trabalho no Mundo Contemporâneo: ensaios multidisciplinares**. 1.ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.
- OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de e MAÑAS, Antônio Vico. **Tecnologia, Trabalho e Desemprego: um Conflito Social**. 1.ed. São Paulo: Érica, 2004.

- RIFKIN, Jeremy. **O Fim dos Empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.
- ROSENFELD, Cínara. **A Identidade no Trabalho em Call Centers: a identidade provisória**. In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.
- WOLFF, Simone. **O “Trabalho Informacional” e a Reificação da Informação sob os Novos Paradigmas Organizacionais**. In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.

O DIREITO À DESCONEXÃO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO

*Eduardo de Souza Xavier*¹

*Fernando Augusto Melo Colussi*²

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar o direito à desconexão diante do impacto das novas tecnologias no mundo do trabalho. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o de interpretação sistemática, através de pesquisa bibliográfico-documental. São discutidos, inicialmente, os impactos da tecnologia na cultura e na sociedade contemporânea e, em especial, na seara laboral. Analisa-se, ainda, os fundamentos jurídicos do direito à desconexão no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina. O estudo examina brevemente o tema sob a perspectiva da legislação francesa e sua proposta de regulação legal do direito à desconexão, apresentando seus principais elementos e refletindo sobre a sua pertinência. Por fim, são trazidas decisões dos tribunais trabalhistas brasileiros, para demonstrar como o tema vem sendo tratado na jurisprudência. Conclui-se que o direito à desconexão não vem sendo abordado de forma aprofundada tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, ainda atreladas à discussão sobre a limitação de jornada de trabalho e

¹ Advogado, mestrando em Direito pela PUCRS, na linha de pesquisa Fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado. Integrante do grupo de pesquisa Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho da PUCRS. edusxavier@gmail.com

² Advogado, pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho, da PUCRS. fernando.colussi@hotmail.com

efetivação dos períodos de descanso. Considera-se que, para melhor entendimento do tema, a discussão deve focar-se no entendimento do cenário social atual, permeado pela conexão tecnológica que afeta as formas de organização e realização do trabalho e dificulta a separação entre vida privada e profissional.

Palavras-chave: novas tecnologias; trabalho; direito à desconexão.

ABSTRACT

This study aims to analyse the right to disconnect in face of the impact of the new technologies in the labor area. The research uses the deductive approach method and the systematic review, through bibliographical-documentary research. Initially, the impacts of technology on culture and contemporary society are discussed, especially in the labor area. It also analyzes the legal bases of the right to disconnect in the Brazilian legal system and doctrine. The study briefly examines the issue from the perspective of French legislation and its proposal for the legal regulation of the right to disconnect, presenting its main elements and reflecting on its pertinence. Finally, Brazilian labor courts decisions are brought to demonstrate how the issue has been dealt with in jurisprudence. It is concluded that the right to disconnect has not been approached in depth in both the jurisprudence and doctrine of the country, still linked to the discussion about the limitation of working hours and the effectiveness of rest periods. It is considered that, to better understand the theme, a discussion should focus on the understanding of the current social scene, permeated by the technological connection that affects how forms of organization and accomplishment of work and difficult in the separation between private and professional life.

Keywords: new technologies; work; right to disconnect.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar o direito à desconexão no âmbito laboral, tendo em vista o impacto das novas tecnologias na sociedade contemporânea. Trata-se de um tema sobre o qual a doutrina brasileira não tem se debruçado de forma aprofundada e, como consequência, muitos equívocos são cometidos ao discuti-lo publicamente. Busca-se precisar os fundamentos sociais, culturais e constitucionais do direito à desconexão, propiciando uma melhor compreensão de seus impactos jurídicos.

O estudo justifica-se em função da escassa produção bibliográfica sobre o direito à desconexão no contexto brasileiro, bem como, pelo crescente interesse que o assunto vem despertando internacionalmente. Ainda, como o direito à desconexão não se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio, a discussão aqui proposta poderia auxiliar na compreensão da real necessidade de sua positivação e, ainda, sobre qual a forma mais adequada para tanto.

O estudo realiza, inicialmente, uma análise das novas tecnologias e seus impactos na sociedade e, especialmente, no mundo laboral. A seguir, são examinados os fundamentos jurídicos e a doutrina acerca do direito à desconexão, enfatizando o seu surgimento entre a limitação legal da jornada de trabalho e o direito do trabalhador de usufruir dos períodos de descanso. Analisa-se a proposta legislativa francesa em relação ao direito à desconexão, tendo em vista o pioneirismo de tal iniciativa e de sua pertinência em relação ao contexto brasileiro. Por fim, são trazidas decisões de tribunais trabalhistas pátrios que abordam a temática, de forma a demonstrar como ela vem sendo tratada no país.

A pesquisa caracteriza-se como teórica e descritiva, sendo utilizado o método de abordagem dedutivo e, como método de interpretação, o sistemático. Espera-se que o estudo proposto possa contribuir com a construção do conhecimento sobre um tema importante e pouco debatido, bem como, para que sejam pensadas maneiras de lidar com o trabalho na contemporaneidade e sua característica cada vez mais forte de permanente conexão tecnológica.

1 NOVAS TECNOLOGIAS E OS IMPACTOS NA SOCIEDADE

É incontestável o impacto que o avanço tecnológico trouxe à civilização. A tecnologia, nessa toada, não deve ser vista apenas na forma dos aparatos eletrônicos à disposição atualmente, mas como toda a atividade intelectual que a fomenta. Baumgarten defende que a ciência em torno da tecnologia se justifica pelo eterno conflito entre o homem e os meios naturais, como forma de suportar as intempéries ou, ainda, pela retirada do máximo possível dos recursos naturais.³

E é justamente nesse contexto que a tecnologia encontra um ambiente fértil para ser desenvolvida. Na medida em que surgem as necessidades humanas – sejam de natureza econômica, social, cultural, entre outras – é que o avanço tecnológico consolida-se.

³ BAUMGARTEN, Maira. Tecnociência e Trabalho. In: HOLZMANN, Lorena; CATTANI, Antônio David. (org.) *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. Porto Alegre: Zouk, 2011.

Em virtude disso, verifica-se que nada é definitivo, pois, enquanto algumas necessidades na sociedade requerem a inovação, as já superadas demandam uma constante atualização, sob pena de se tornarem defasadas. Nesta perspectiva, o retrocesso é algo não quisto e, assim, o avanço tecnológico deve ser estudado seja sob o aspecto de suas origens como de seus efeitos. Como pontua Santos, a “própria tecnologia assume contornos diferenciados daqueles que possuía em sua origem”, sendo essa mutabilidade uma justificativa para o constante estudo da tecnologia e do seu desenvolvimento.⁴

Nesse contexto, inevitável que essa nova realidade possua repercussões no mundo do trabalho. Ora, se um dos intentos do avanço tecnológico é a extração do máximo potencial dos recursos naturais, consequentemente, o uso de máquinas para realização de atividades que antes eram desempenhadas exclusivamente por seres humanos traz uma enorme modificação nos postos de trabalho. Assim, com a necessidade do empregador de maior aumento na produtividade e, concomitantemente, redução de custos, o trabalho humano vê-se substituído pelas mais diversas formas de tecnologia da informação.

Sena aponta que a automação não está restrita apenas aos trabalhos considerados como mais braçais, na medida em que os setores de prestação de serviços (como o bancário, por exemplo) já se deparam com sistemas informatizados que substituíram – ou até eliminaram a necessidade, em alguns casos – o labor humano.⁵

Portanto, paradoxalmente, um dos reflexos da necessidade de alcançar níveis cada vez mais altos de produção é que o trabalho de alguns profissionais se torna exaustivo, pois são expostos a jornadas elasticizadas para, além de superar metas de produção, conseguirem manter os seus empregos – mesmo que às custas de sua saúde física e mental. Além disso, atributos como flexibilidade e adaptabilidade aos novos meios de trabalho passaram a ser características determinantes (que, até então, eram inexistentes) para que o empregado se mantenha no mercado de trabalho.⁶

⁴ SANTOS, Luciana Pessoa Nunes. **Trabalho doméstico e novas tecnologias**: proteção em face da automação. Porto Alegre (RS): 2015. 135 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Orientadora: Profa. Dra. Denise Pires Fincato. p. 52.

⁵ SENA, Adriana Goulart de. **Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo**: algumas reflexões. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Belo Horizonte, 29 (59): 99-128. Jan./Jun. 1999.

⁶ BUJAK, Selenia Maria Klock. **O assédio moral no cenário trabalhista contemporâneo**: análise da sua ocorrência diante das novas formas e ferramentas de trabalho e a necessidade de preservação da dignidade da pessoa que trabalha. Porto Alegre, 2012. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientadora: Profa. Dra. Denise Pires Fincato.

Rifkin revela uma dicotomia provocada pelo avanço tecnológico nas relações de trabalho: se, por um lado, há uma maior facilidade no desempenho do trabalho, elevando a qualidade de vida dos trabalhadores; por outro, há uma possibilidade muito real de aumento nos índices de desemprego, se utilizada apenas para maximizar a produtividade. O autor apresenta uma solução para essa equação afirmando que, para evitar um aumento maior das diferenças sociais, deve-se atentar à distribuição justa dos ganhos de produtividade, com apoio massivo dos governos, aliados ao terceiro setor, para reabsorção da força de trabalho eventualmente substituída pela tecnologia.⁷

Não obstante, diante da crescente modernização do trabalho, e do mencionado risco de um aumento exponencial no desemprego, vários países se depa-ram com a necessidade de criar meios de proteção dos trabalhadores frente a automação, tais como o Brasil, que alçou esse direito à um status constitucional.⁸

Importante destacar que, em contrapartida, não existem estudos definitivos que atribuam o aumento do desemprego ao avanço tecnológico. Pelo contrário: Castells traz à baila uma série de pesquisas realizadas ao redor do mundo que, em vários casos, desassocia esses fatores. O autor pontua que não necessariamente a ocupação de um posto de trabalho por uma máquina irá diminuir o número de pessoas trabalhando naquele setor ou na empresa como um todo. Corroborado por pesquisas realizadas ainda na década de 80, promovidas pela Organização Internacional do Trabalho, ele afirma que, com o aumento da competitividade, há também um aumento de demanda da empresa e/ou do setor, criando uma realocação de postos de trabalho: aqueles extintos pela automação fariam surgir outros empregos em setores ligados à tecnologia ou serviços empresariais. Logo, se há uma diminuição de empregos num plano próximo à empresa, num âmbito nacional, é possível verificar o exato oposto.⁹

De todo modo, percebe-se que o melhor caminho não é o de rejeitar o avanço tecnológico, já que são evidentes seus benefícios. No ambiente de trabalho, por exemplo, diversas tarefas tornam-se mais eficazes e seguras. Porém, como pontua

⁷ RIFKIN, Jeremy. **O fim do emprego**: o contínuo crescimento do desemprego no mundo. São Paulo: Makron, 2004.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, vol. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Souto Maior, a chave é colocá-lo em prática a favor da coletividade e não o oposto, sendo necessário ter precaução para que tais avanços não deem azo (ou fomento) às desigualdades sociais.¹⁰

2 O DIREITO À DESCONEXÃO

Um dos principais impactos das novas tecnologias no mundo laboral é o que se dá sobre a jornada de trabalho. Na medida em que o empregado é um sujeito imerso na realidade social em constante modificação pelas novas tecnologias – conforme quadro delineado no tópico anterior –, certo é que está constantemente conectado através de dispositivos como *smartphones*, *tablets* e *notebooks*. Essa conexão, que faz parte da vida cotidiana, pode muitas vezes borrar os limites entre o tempo dedicado à jornada de trabalho e ao descanso. Exemplo recorrente de tal situação é o caso das comunicações constantes entre empregador e empregado nos períodos destinados ao descanso – sejam os intervalos intra ou entre jornadas, repouso semanal remunerado ou mesmo as férias.

É nesse contexto que surge a discussão em torno do direito à desconexão, tema que fundamenta-se principalmente na limitação constitucional da jornada de trabalho, verificada no artigo 7º, XIII, da Carta Magna. No mesmo sentido, a Constituição Federal estabeleceu como direito dos trabalhadores o repouso semanal e as férias anuais – artigo 7º, incisos XV e XVII –, direitos que, lidos em consonância com a regulação da jornada de trabalho e das férias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – Capítulos II e IV –, demonstram que a limitação do tempo dedicado ao trabalho é de fundamental importância para que o empregado usufrua dos períodos de descanso. Veja-se, ainda, que o lazer é um direito social destacado pela Constituição no mesmo nível que o trabalho, não existindo hierarquia entre os dois e, portanto, ambos devem coexistir harmoniosamente para que o trabalhador tenha uma existência digna.

Tendo em vista tanto o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como os direitos sociais do trabalho – em especial a limitação da jornada de trabalho e os períodos de descanso, positivados no texto constitucional nos artigos 1º, III, e nos incisos do artigo 7º destacados no parágrafo acima –, pode-se considerar

¹⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_à_desconexão_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

que o direito à desconexão é dotado de uma fundamentalidade material, utilizando a terminologia de Ingo Wolfgang Sarlet¹¹.

Por tal motivo, muito embora não conste expressamente no Título II da Constituição Federal, o direito à desconexão adentra no rol de direitos fundamentais a partir da leitura da cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, que dispõe que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, incluindo os tratados dos quais o Brasil faça parte.

De acordo com Sarlet, os direitos fundamentais estão insertos em uma concepção materialmente aberta, a qual permite uma interpretação ampliativa. Nesse sentido, desde que os critérios de importância e conteúdo possam ser identificados em um direito que não esteja expresso no catálogo constitucional, não se verifica qualquer entrave ao reconhecimento do direito à desconexão como um direito fundamental¹².

Jorge Luiz Souto Maior, ao tratar do tema do direito à desconexão no Brasil, destaca que as novas tecnologias operam uma espécie de escravização do homem ao trabalho e o direito à desconexão emerge como forma de garantir a saúde e a vida privada do trabalhador.¹³ Portanto, para o autor trata-se de uma forma de preservar a dignidade da pessoa do trabalhador, bem como, dos direitos sociais elencados no texto constitucional. Sob tal perspectiva, seria necessário que todos os todos os tivessem uma completa desconexão do trabalho, uma vez finda a jornada diária, para a preservação dos aspectos sociais, culturais, religiosos, familiares e, enfim, privados de suas vidas.

Severo e Almeida, a partir de Souto Maior, entendem o direito à desconexão como o direito de “desconectar-se do trabalho ao encerrar sua jornada, fruindo verdadeiramente suas horas de lazer”.¹⁴ Rosedá, no mesmo sentido, enfatiza que o direito à desconexão existe como forma de assegurar o repouso do trabalhador diante das novas exigências num mundo permeado pelas novas tecnologias.¹⁵

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹² Op. Cit.

¹³ Op. Cit.

¹⁴ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 10.

¹⁵ ROSEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. **Revista de direito do trabalho**, v. 33, n. 126, p. 157-175, abr./jun. 2007.

Os autores supracitados percebem o direito à desconexão como uma forma de assegurar os períodos de descanso do trabalhador diante da possibilidade de conexão constante através dos meios tecnológicos. Percebem, assim, ser não só possível como necessária uma dissociação total entre vida privada e profissional, que se daria através de mecanismos que impeçam tal conexão nos períodos de repouso.

Outros autores, em especial os oriundos do contexto europeu – no qual há uma discussão mais aprofundada sobre a temática –, percebem o direito à desconexão como uma necessidade de prevenção em relação à saúde do trabalhador diante do atual cenário de hiperconexão. Nessa toada, Jean-Emmanuel Ray destaca que o direito à desconexão seria antes uma questão de organização individual e coletiva no trabalho, no sentido de regras de conduta no ambiente laboral diante das novas tecnologias.¹⁶ O autor, ao analisar a legislação francesa no que tange à desconexão – aspecto que será detalhado no tópico seguinte –, apresenta um contraponto importante. Para Ray, os mecanismos que permitem uma desconexão forçada do trabalho, como por exemplo o bloqueio de servidores de e-mail após a jornada, não são suficientes para garantir a fruição do repouso na medida em que enfrenta apenas uma extremidade do problema. Sobretudo, seria necessário refletir sobre as mudanças propiciadas pela tecnologia e seus impactos na vida social, na medida em que a mescla da vida pessoal e profissional é uma característica do cenário sociocultural atual.¹⁷

No contexto espanhol, Ushakova reconhece a influência da tecnologia na vida dos trabalhadores. De acordo com a autora,

“[...] não se deve esquecer a realidade que dita um novo modelo de bem-estar. O avanço tecnológico impõe um novo paradigma, que não supõe uma separação espacial e temporal entre o trabalho e a vida privada. Segundo este ponto de vista, se produz uma fusão completa dos papéis e da percepção de ambos os terrenos como um todo, do mesmo modo que ocorre com as cores, quando são misturadas para a obtenção de uma outra.”¹⁸

Nessa perspectiva, a sociedade vivencia algo muito próximo de uma total convergência entre vida profissional e pessoal – espaços que até pouco tempo

¹⁶ RAY, Jean-Emmanuel. Grande accélération et droit à la déconnexion. *Droit social*, n. 11, nov. 2016, p. 912-920.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ USHAKOVA, Tatsiana. De la conciliación a la deconexión tecnológica: apuntes para el debate. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n. 192, nov. 2016, p. 117-138, p. 135.

atrás eram separados mais facilmente. Embora tal situação de conexão permanente possa ser vista como um reflexo da sociedade em que vivemos, ela também pode trazer consequências negativas aos trabalhadores e, portanto, não deve ser vista com naturalidade.

É justamente nesse lapso que se apresenta o direito à desconexão, estimulando que sejam criadas normas particularizadas aos contextos de trabalho e evitando consequências danosas à vida privada e à saúde dos trabalhadores. Obviamente, não se trata de uma tarefa simples, pois demanda soluções adaptadas à realidade de cada empresa e contrato de trabalho, bem como, o equilíbrio entre os interesses muitas vezes conflitantes dos trabalhadores e das empresas.

Por fim, pergunta-se, a partir das reflexões doutrinárias trazidas no presente tópico, se é possível efetivamente desconectar os trabalhadores diante de um cenário social imerso em novas tecnologias. Algumas possibilidades de respostas serão apresentadas no tópico seguinte, no qual se analisa a legislação francesa em relação ao direito à desconexão.

3 REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO: O CASO DA FRANÇA

No presente tópico, é abordada a legislação francesa no que tange ao Direito à Desconexão nas relações de emprego. Conhecida como *Loi Travail*, a polêmica legislação reformou diversos dispositivos do *Code Travail* francês, dando mais reconhecimento às novas modalidades de trabalho ao tratar de temas como negociação coletiva, jornada de trabalho, emprego temporário, saúde e segurança do trabalho e, de forma inédita, direito à desconexão. Portanto, cabe analisar, ainda que brevemente, a forma como o país europeu abordou o direito à desconexão.

Em 2016, um estudo realizado pela agência de consultoria francesa ÉLÉAS demonstrou que mais de 37% dos empregados no país utilizam diariamente ferramentas digitais profissionais fora do horário de trabalho. Apenas 22% dos trabalhadores consideram que as empresas intervêm para limitar a utilização de tais ferramentas fora do trabalho e 63% que deveriam ser implementadas regras para o direito à desconexão.¹⁹

Em primeiro lugar, destaca-se que a *Loi Travail* não propõe uma regulação propriamente dita do direito à desconexão e tampouco define tal conceito. Pelo contrário, tão somente oferece possibilidade de realizar negociação coletiva sobre

¹⁹ Disponível em: <<http://www.eleas.fr/app/uploads/2016/10/CP-Eleas-Enqu%C3%AAte-Pratiques-num%C3%A9riques-2016.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

o tema ou da elaboração de estatutos de empresa, de acordo com as necessidades específicas e alguns poucos critérios legais. Tais critérios distinguem as empresas que possuem mais de cinquenta empregados, as quais deverão necessariamente inserir na negociação coletiva o tema do direito à desconexão.

Para as empresas com número de empregados abaixo do critério legal, deverá ser estabelecido pelo empregador uma espécie de estatuto, o qual definirá as modalidades do exercício do direito à desconexão e que precisará ser divulgado junto aos empregados por todos os meios disponíveis. Em ambos os casos, portanto, necessariamente haverá uma discussão sobre o direito à desconexão, de forma a definir quais os mecanismos mais adequados à realidade de cada empresa. Trata-se de uma legislação de caráter aberto, atenta às diversas realidades empresariais que se modificam conforme o local, tamanho da empresa e sua atuação nacional ou internacional. Tal característica aberta é necessária, na medida em que seria inviável definir coletivamente e *a priori* medidas para desconexão, por exemplo, em uma empresa multinacional com parceiros em outro país, cujo fuso horário é absolutamente distinto.

Veja-se, nesse sentido, que o texto legal francês modifica o artigo 2242-8, 7º do *Code Travail*, determinando que deverá necessariamente constar no âmbito da “negociação anual sobre igualdade profissional entre homens e mulheres e qualidade de vida no trabalho” as modalidades de exercício do direito dos trabalhadores à desconexão²⁰. Assim, caberá ao empregador definir as formas como serão utilizadas as ferramentas digitais de modo a proteger o tempo de repouso, as férias e garantir o respeito ao equilíbrio entre vida profissional e familiar. Na ausência de tal negociação coletiva, fica ao encargo da empresa elaborar um estatuto que regule as modalidades de exercício do direito à desconexão.

Destaca-se, como exemplo, a Convenção Coletiva do *Banque Populaire*, de julho de 2016, a qual já abarca o direito à desconexão. Ao refletir o o atual cenário laboral impactado pelas novas tecnologias e pelo mundo digital, referida negociação busca um equilíbrio entre “a performance econômica, a satisfação dos clientes e o bem-estar no trabalho dos empregados”.²¹ Refere, ainda, que as novas ferramentas digitais como *notebooks*, celulares, *smartphones* e *tablets* se multiplicaram, tornando necessária maior atenção aos empregados que as utilizam cotidianamente.

²⁰ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

²¹ Disponível em: <http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2016/0034/boc_20160034_0000_0007.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Chama atenção na Convenção Coletiva o artigo 3.2, intitulado “uso adequado dos e-mails e ferramentas digitais remotas”. Nele são elencadas diversas ações e propostas para o exercício efetivo do direito individual à desconexão, dentre as quais destacam-se: a ausência de obrigatoriedade de responder e-mails fora do horário de trabalho, que poderá ser especificada em respostas automáticas; não responder imediatamente a uma mensagem enviada; favorecer as comunicações diretas, ou seja, não mediadas pelas tecnologias; realizar comunicações de forma respeitosa e inteligível copiando nos e-mails somente quem necessário; alertar o superior sempre que tais medidas forem extrapoladas; e, por fim, a realização de ações de acompanhamento, formação e sensibilização dos empregados e gestores quanto à adequada utilização das ferramentas digitais. Como se observa, trata-se de regras de boas práticas, que não estabelecem critérios objetivos sobre o que é certo ou errado em termos de utilização de novas tecnologias no trabalho.

Percebe-se que uma regulação aberta do direito à desconexão, tal como proposta na França, pode mostrar-se extremamente salutar aos empregados e empregadores, especialmente por estabelecer o dever de que as entidades sindicais definam quais as maneiras mais adequadas para o exercício de tal direito. Outro aspecto positivo a ser destacado é o que, mesmo falhando a negociação coletiva, no âmbito interno das empresas necessariamente deverá ser discutido o direito à desconexão. Tais pontos se revelam positivos para a organização do trabalho, pois trazem maior possibilidade para que o empregado disfrute do tempo de repouso, exerça o direito ao lazer, ao convívio social e familiar e, como consequência, tenha um melhor desempenho no tempo que dedica ao trabalho.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO À DESCONEXÃO NO BRASIL

Haja vista se tratar de um tema que apenas recentemente começou a ser discutido com mais entusiasmo na comunidade jurídica, o direito à desconexão não possui uma jurisprudência vasta nos Tribunais trabalhistas brasileiros.

Entretanto, existem algumas decisões que já visualizam o fenômeno como um direito do trabalhador, passível de reparação quando violado. No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por exemplo, são mais frequentes as menções ao direito à desconexão quando o intervalo intrajornada é suprimido ou substituído por horas extras.

Em decisão exarada em sede de Recurso Ordinário, o relator entendeu que a substituição do intervalo supramencionado pelo respectivo pagamento, além de

ferir normas que dizem respeito à higiene e segurança do trabalhador, viola o direito à desconexão, na medida em que o obreiro permanece à disposição do empregador no período destinado ao repouso e alimentação.²² Em outro julgado, o tema do direito à desconexão foi mais aprofundado, atribuindo-lhe a finalidade de proporcionar ao empregado “a preservação da saúde física e mental, e a própria segurança”, associando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana.²³

Já no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, as decisões mais frequentes relacionam o direito à desconexão com as horas de sobreaviso. Nesse sentido, o entendimento do Tribunal é de que a desconexão do trabalho, se impedida pelo empregador, impede que o obreiro aproveite seu tempo livre da forma que bem entender, alheio aos encargos do seu trabalho, e preservado a sua vida íntima, separada da sua vida profissional.²⁴

No mesmo teor, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região também aproxima o direito à desconexão das horas de sobreaviso, trazendo à baila, também, argumentos como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.²⁵ Segundo o entendimento desse Tribunal, uma vez tolhida a liberdade de locomoção do trabalhador diante do regime de sobreaviso, estar-se-á, também, ofendendo o direito ao lazer e à desconexão, sendo ônus do empregador organizar a jornada de trabalho dos funcionários de modo a observar a fiel proteção e efetivo gozo desses direitos.²⁶

²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO n. 00003949420125040019 RS 0000394-94.2012.5.04.0019. Relator: Des. Alexandre Corrêa da Cruz. Julgado em: 15 maio 2014. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129131024/recurso-ordinario-ro-3949420125040019-rs-0000394-9420125040019/inteiro-teor-129131032?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RO n. 1199000320095040332 RS 0119900-03.2009.5.04.0332. Relator: Desa. Denise Pacheco. Julgado em: 04 ago. 2014. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20180637/recurso-ordinario-ro-1199000320095040332-rs-0119900-0320095040332?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. RO n. 00014910920135010301 RJ. Relator: Des. Leonardo Dias Borges. Julgado em: 04 nov. 2015. Publicado em: 12 jan. 2016. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/296628651/recurso-ordinario-ro-14910920135010301-rj/inteiro-teor-296628662?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁵ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO n. 00027692020135020074 SP 00027692020135020074 A28. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Julgado em: 20 out. 2015. Publicado em: 06 nov. 2015. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312274046/recurso-ordinario-ro-27692020135020074-sp-00027692020135020074-a28/inteiro-teor-312274063?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 4ª Turma. RO n. 00027692020135020074 SP 00027692020135020074 A28. Relator: Des. Ivani Contini Bramante. Julgado em: 25 fev. 2014. Publicado em: 14 mar. 2014. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125351442/recurso-ordinario-ro-2485001820095020067-sp-02485001820095020067-a20/inteiro-teor-125351452?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

Portanto, como já afirmado alhures, denota-se que a jurisprudência trabalhista no Brasil ainda é um tanto quanto tímida ao discorrer sobre o direito à desconexão. Não obstante os Tribunais Regionais o relacionarem com institutos diferentes do direito do trabalho – ainda que próximos –, ainda há muito o que ser desenvolvido sobre o tema pela jurisprudência, não apenas para trazer segurança jurídica, mas, sobretudo, viabilizar a desconexão do empregado do trabalho nos períodos destinados ao seu repouso.

CONCLUSÃO

A escolha do tema tratado na presente pesquisa permite refletir sobre questões prementes da contemporaneidade, cada vez mais atravessada por tecnologias que se renovam em ritmo crescente. A análise do direito à desconexão na seara laboral, nesse aspecto, demonstra o quanto o cenário tecnológico impacta as diversas áreas da vida humana, e o Direito do Trabalho não permaneceu imune a tal cenário. A doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda estão dando os primeiros passos para uma discussão satisfatória do tema, na medida em que ainda estão fixadas na dicotomia entre jornada de trabalho e efetivação dos tempos de descanso.

Observa-se que o direito à desconexão, como um direito fundamental derivado de princípios e normas constitucionais, possui importância central no debate da organização das formas de labor no mundo contemporâneo. Não se trata meramente da disciplina da jornada de trabalho e do cumprimento dos respectivos períodos de repouso. A questão central que se apresentou, no desenvolvimento da pesquisa, foi como dar mais equilíbrio aos aspectos da vida profissional e pessoal do trabalhador.

Percebeu-se, ainda, que as soluções não se encontram acabadas, tanto no contexto brasileiro como em países onde o direito à desconexão já adentrou na legislação infraconstitucional. O recurso ao direito comparado, na breve análise da proposta legislativa francesa, oferece uma possível resposta ao problema, pois deixa que a negociação coletiva ou que as próprias empresas encontrem meios de garantir o direito à desconexão, conforme as particularidades da atividade desenvolvida, número de empregados, local e forma de trabalho, entre outras variáveis.

Tal solução mostrou-se adaptável ao contexto jurídico brasileiro, em especial no momento em que a Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista,

ta, delegou mais poder à negociação coletiva para diversas matérias, conforme disposto no artigo 611-A. Muito embora o direito à desconexão não conste no referido dispositivo legal, este não apresenta um rol taxativo, sendo plenamente possível que o direito à desconexão seja regulamentado através da negociação coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.
- BAUMGARTEN, Máira. Tecnociência e Trabalho. In: HOLZMANN, Lorena; CATTANI, Antônio David. (org.) **Dicionário de Trabalho e Tecnologia**. Porto Alegre: Zouk, 2011.
- BUJAK, Selenia Maria Klock. **O assédio moral no cenário trabalhista contemporâneo**: análise da sua ocorrência diante das novas formas e ferramentas de trabalho e a necessidade de preservação da dignidade da pessoa que trabalha. Porto Alegre, 2012. Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientadora: Profa. Dra. Denise Pires Fincato.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.
- MARDERS, Fernanda. O dano existencial e as relações laborais no constitucionalismo contemporâneo. In: GORCZEWSKI, Clóvis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo**: garantindo a cidadania. Curitiba: Multideia, 2014. v. 1.
- RAY, Jean-Emmanuel. Grande accélération et droit à la déconnexion. **Droit social**, n. 11, nov. 2016, p. 912-920.
- RIFKIN, Jeremy. **O fim do emprego**: o contínuo crescimento do desemprego no mundo. São Paulo: Makron, 2004.
- ROSEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. **Revista de direito do trabalho**, v. 33, n. 126, p. 157-175, abr./jun. 2007.
- SANTOS, Luciana Pessoa Nunes. **Trabalho doméstico e novas tecnologias**: proteção em face da automação. Porto Alegre (RS): 2015. 135 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Orientadora: Profa. Dra. Denise Pires Fincato.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SENA, Adriana Goulart de. Trabalho e desemprego no contexto contemporâneo: algumas reflexões. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Belo Horizonte**, p. 99-128. Jan./Jun. 1999.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_a_desconexao_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

THOMAS REUSCH, Patricia; ANDREA SCHWINN, Simone. Novas tecnologias e trabalho: o trabalho feminino e o direito à desconexão. **Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13172/2385>>. Acesso em: 23 ago. 2017

USHAKOVA, Tatsiana. De la conciliación a la deconexión tecnológica: apuntes para el debate. **Nueva revista española de derecho del trabajo**, n. 192, nov. 2016, p. 117-138.

POR UM TRABALHO DECENTE E SUSTENTÁVEL

Elizabet Leal da Silva¹

Carla Evelise Justino Hendges²

RESUMO

O presente artigo aborda o tema do trabalho decente e sustentável, do ponto de vista do potencial humano. Indaga-se do impacto da globalização e do desenvolvimento em relação ao mundo do trabalho e ao ambiente. Definem-se sustentabilidade e direitos sociais. Situa-se a tensão dialética entre desenvolvimento, sustentabilidade e direitos sociais. Apontam-se alguns aspectos que se reputam relevantes para a realização de trabalho decente, em condições de existência digna e saudável.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Sustentabilidade; Trabalho decente.

RESUMEN

En este artículo se aborda el tema del trabajo decente y sostenible del punto de vista del potencial humano. Se indaga del impacto de la globalización y el desar-

¹ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/RS, área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado (bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES); Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (2009). Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel (2003) e em Ciências – Habilitação em Biologia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (1994).

² Juíza Federal; Doutoranda em Direito pela PUC/RS; Mestre em Direito pela UNISC (2002); Professora convidada em cursos de pós-graduação *lato sensu*.

rollo en relación con el mercado laboral y el medio ambiente. Se definen la sostenibilidad y los derechos sociales. Se hace un análisis crítico de la tensión dialéctica entre el desarrollo, la sostenibilidad y los derechos sociales. Se señalan algunos aspectos que se consideran relevantes para la realización del trabajo decente, en condiciones de vida digna y saludable.

Palabras claves: Derechos humanos; Desarrollo sostenible; Trabajo decente.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o trabalho tem estado presente na humanidade. Para os que aceitam os preceitos religiosos, o trabalho teria surgido com a própria criação do universo, e este foi concebido na forma de um castigo pela desobediência às determinações divina. Este cenário é retratado no livro do Gênese, quando traz a passagem em que Deus determina a Adão que ele proverá seu “sustento com trabalhos penosos todos os dias da tua vida”.³

Contudo, castigo ou não, o trabalho tem sido apresentado como elemento caracterizador e concretizador da sobrevivência do ser humano. Ao longo dos tempos, ele foi tomando tantas conformações a ponto de se tornar realmente essencial. Não se concebe na atualidade a inexistência do trabalho na sociedade. É salutar que se tenha a compreensão da grandiosidade do trabalho para o desenvolvimento da humanidade, sendo hoje considerado um direito fundamental.

Entretanto, na atualidade, em que pese o avanço da civilização, não se logrou alcançar a garantia do trabalho em condições de vida digna e saudável, permanecendo situações de iniquidade. Os desafios da globalização, um sistema econômico desigual e a crescente degradação do ambiente exigem que os sistemas jurídicos se adaptem e se debrucem sobre tais temas.

No presente trabalho, buscar-se-á analisar o tema da sustentabilidade aplicado ao ambiente de trabalho. Com vistas a estabelecer a importância de um trabalho decente, como elemento ensejador de bem-estar social e como limite à atividade econômica.

Para tanto, inicia-se com uma reflexão sobre o papel do trabalho e como se deu a sua proteção nos sistemas jurídicos ao longo do tempo, a partir de uma breve síntese evolutiva das normas jurídicas de proteção do trabalhador. A seguir,

³ Bíblia Sagrada. Livro de Gêneses. Traduzida da Vulgata e anotada pelo Pe. Matos Soares. ed. 7, Edições Paulinas. São Paulo, 1975.

examina-se o tema do trabalho decente, buscando contextualizar as condições de exercício do trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais.

No ultimo tópico, examina-se o tema da sustentabilidade em relação ao trabalho decente, buscando indagar da possibilidade de compatibilização entre o progresso econômico e o direito social ao trabalho decente, com qualidade e em condições de dignidade. Por fim, apresentar-se-ão algumas considerações finais sobre o tema.

Espera-se com este trabalho contribuir para a reflexão sobre a concepção de trabalho decente como elemento para a fruição de uma vida digna e saudável.

1 O TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO

Inicia-se por uma análise elaborada a partir dos documentos da Organização Internacional do Trabalho, mais especificamente no que tange ao trabalho decente, pois não basta que exista o trabalho; é necessário que ele seja realmente provedor das necessidades essenciais do cidadão trabalhador. Toma-se como base o documento denominado OIT Notícias, Brasil, 2007 – 2014 que traça um panorama do trabalho decente no Brasil neste período.

O referido documento mapeou situações envolvendo o tráfico de pessoas no Brasil, possibilidades jurídicas de combate ao trabalho escravo, combate ao trabalho infantil, pacto nacional pela erradicação do trabalho escravo, bem como trabalho decente para os trabalhadores domésticos, crescimento da participação da mulher no mercado de trabalho, mas ainda com persistência da desigualdade, emprego de jovens, trabalho decente para a juventude e também trabalho decente na área rural.⁴

Num retrospecto histórico do ponto de vista constitucional, é possível verificar que o trabalho foi se firmando no arcabouço jurídico pátrio a partir da Constituição Federal de 1934, que foi a primeira a tratar especificamente sobre o direito do trabalho, e a partir de então todas as demais Constituições brasileiras passaram a ter normas regulando tal matéria.⁵

A Constituição de 1934 estabeleceu a busca por melhorar as condições do trabalhador, a proibição de diferença salarial, independente de idade, sexo, nacio-

⁴ OIT Notícias: Brasil, 2007 – 2014. Organização Internacional do Trabalho, Brasília: OIT, 2015. Disponível em www.oit.org.br. Acesso em: 02 Jun. 2015.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 46.

nalidade ou estado civil. Condições de atender adequadamente as necessidades do trabalhador, por meio do estabelecimento do salário mínimo⁶.

Atendendo às condições físicas dos trabalhadores, a Constituição de 1934 estabeleceu oito horas para a jornada de trabalho e proibiu o trabalho do menor de quatorze anos. Os menores de dezesseis anos foram proibidos de trabalhar no período noturno, os menores de dezoito e as mulheres foram impedidos de trabalhar em lugares insalubres. O repouso semanal e as férias anuais tornaram-se remuneradas.⁷ O presente texto tratou também do trabalho rural, prevendo que deveria ser estabelecida regulamentação especial, com a finalidade de fixar o homem no campo.⁸

Já o texto constitucional de 1937 tratou dos direitos trabalhistas sob os âmbitos individual, coletivo e processual. Nesta época, já se evidenciava a preocupação com procedimentos para proteger o trabalhador: foi criada a Justiça do Trabalho, com o objetivo de dirimir os conflitos originados pela relação empregado-empregador. Na Constituição de 1937, os trabalhadores tiveram garantidos o seguro de velhice, de invalidez, de vida e nos casos de acidentes de trabalho, havia previsão de que as associações de trabalhadores eram responsáveis em prestar auxílio ou assistência aos seus associados.⁹

Na Constituição de 1946, verificou-se a preocupação com a estabilidade do trabalhador, tanto o urbano como o rural, conforme estatuído no artigo 157, XII, que previa a “estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização do trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir”.¹⁰

Acompanhando a evolução dos textos constitucionais, é possível verificar-se como novas condições de proteção ao trabalhador foram surgindo e se confirmando nos textos seguintes, mesmo nas constituições do período ditatorial, como é o caso da Constituição de 1967.

É neste texto que pela primeira vez se vê em uma Constituição pátria a preocupação com a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. Como descreve Irani Ferrari, “esta Constituição de 1967 foi promulgada no período em que o Brasil se encontrava sob regime militar instaurado com a Revolução de

⁶ STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10

⁸ STÜRMER, idem, p.6.

⁹ Ibidem, p.7.

¹⁰ Idem, p.10.

30.03.1964. [...] Sua justificativa maior foi a de garantir a harmonia e a solidariedade entre os fatores da produção, bem como a valorização do trabalho humano.”¹¹

Prosseguindo na abordagem histórico-constitucional, seguiu-se a Emenda nº 01, de 1969, que para a maioria dos constitucionalistas constitui-se, muito mais que numa Emenda, se denota como uma nova Constituição propriamente dita. Do exame de seu texto, constata-se que muitos direitos foram ratificados, alguns modificados, mas mantendo-se a preocupação com a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Contudo, foi com a promulgação da Constituição de 1988 que os direitos relativos ao trabalho foram ainda mais destacados no Brasil. Refere Flávia Piovesan que a Carta Constitucional de 1988 é o documento mais abrangente e pormenorizado já elaborado sobre os direitos humanos no Brasil,¹² englobando significativos avanços especialmente em relação aos direitos sociais, que pela primeira vez, foram incluídos num texto constitucional brasileiro entre os direitos fundamentais, ao lado dos direitos e garantias individuais, a ponto de se poder falar em inclusão do princípio fundamental do Estado social no Brasil, não obstante não tenha ocorrido de forma expressa.¹³

Diante deste do novo cenário, a proteção do trabalhador na Carta de 1988 já é expressa no artigo 1º, IV, trazendo como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No artigo 5º, XIII, estabelece a garantia da liberdade do exercício de qualquer trabalho, no inciso XLVI, alínea c, encerra a individualização de pena contra a prática de trabalhos forçados. No artigo 6º, prevê que o trabalho é considerado como um dos direitos sociais do cidadão.¹⁴

No decorrer de todo o texto constitucional, são numerosas as referências aos direitos do trabalhador, mas, consideradas as limitações deste trabalho, interessa dar destaque aos direitos relativos às condições de proteção estabelecidas pela Constituição para garantir proteção ao meio ambiente do trabalho, como o previsto no artigo 200, que trata do sistema único de saúde, incluindo entre as suas atribuições “VII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.¹⁵

¹¹ FERRARI, Irlany e outros. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. Homenagem a Armando Casimiro Costa. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1823-9. E-book.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 55.

¹³ Ver, sobre ser a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 336-338.

¹⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 07 Jun 2015.

¹⁵ Idem.

Nesta perspectiva de se considerar o meio ambiente do trabalho como um ambiente que deve atender às necessidades e condições para que o trabalhador possa desenvolver sua atividade de forma digna, é preciso tê-lo como adequado para a realização do trabalho decente, tema que será tratado na sequência.

2 TRABALHO DECENTE

O trabalho vem ganhando devida importância no contexto social, à medida que é compreendido como essencial para o desenvolvimento da sociedade. Mas, infelizmente, ainda nos dias de hoje, muitas são as situações em que o trabalho é tratado como ferramenta de desigualdade entre os cidadãos, nada tendo a ver com o trabalho decente que, mais que um sonho de todo trabalhador, já se incorporou em princípios e metas estabelecidos pelos organismos de proteção do trabalhador, dentre os quais a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Mas o que é trabalho decente? A OIT usa o termo trabalho decente a fim de demonstrar conceitualmente uma estrutura de trabalho que atenda aos princípios da dignidade da pessoa humana. Nesta estrutura estão fundamentos como garantias às oportunidades de trabalho, equidade, liberdade, dignidade da pessoa humana e trabalho em condições de segurança e saúde. É importante destacar que neste conceito apresentado pela OIT, estão incluídos todos os tipos de trabalhadores, inclusive os servidores públicos.¹⁶

Para Delmas-Marty, a Agenda do Trabalho Decente da OIT de 1999 completa a Declaração de 1998, e, ao pregar a possibilidade de trabalho para todos, em condições de dignidade humana, de solidariedade, de igualdade e de participação, acaba por estabelecer a ligação entre direito do trabalho e direitos fundamentais¹⁷.

Em consonância com as iniciativas da OIT, a Constituição Federal destaca a importância da dignidade da pessoa humana, e esta dignidade está diretamente relacionada com o trabalho. De acordo com Raimundo Simão de Melo, quando a Constituição trata da dignidade humana, em condições de um trabalho dotado de valor social, do pleno emprego e da defesa do meio ambiente, afirma de maneira categórica que o trabalho deve ser decente, adequado, seguro a fim de propor-

¹⁶ Organização Internacional do Trabalho, 1999. Disponível em www.oit.org.br. Acesso em 07 Junho 2015.

¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013, pp. 143-144.

cionar garantias de saúde do trabalhador, como um de seus maiores bens, sendo, portanto, um bem supremo.¹⁸

Ainda nesse sentido, o texto constitucional não inclui a expressão trabalho decente, mas refere-se ao direito à vida, e, portanto, pode-se defluir o direito ao trabalho decente das disposições insertas na Constituição, especialmente no artigo 225, que, como refere o mesmo autor, “requer vida com qualidade, para que o trabalhador tenha vida com qualidade, é necessário que se assegurem seus pilares básicos: trabalho decente e em condições seguras e salubres”.¹⁹

É importante lembrar que todo trabalho é desenvolvido em um determinado local, e este está inserido em um espaço denominado meio ambiente, de forma que o trabalho faz parte deste ambiente e com ele deve se relacionar de forma harmoniosa. Destaca Luciane Cardoso Barzoto que “em prol da harmonia entre trabalho e ambiente impõem-se que as necessidades humanas de trabalho decente e ambiente saudável sejam resgatadas como valores. Ambiente e trabalho não são bens em conflito”.²⁰

Retornando ao conceito de trabalho decente, verifica-se que o referido tem como finalidade promover a oportunidade para que todos obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de dignidade humana, que possam superar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir a governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.²¹

É justamente este último item, o desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade, que se desenvolverá no próximo tópico, buscando delinear seus principais aspectos, e situá-lo em relação aos direitos fundamentais sociais.

3 SUSTENTABILIDADE

Desenvolver uma consciência de que é preciso adotar posturas novas para garantir vida de qualidade para as futuras gerações, é um exercício que vem sendo incentivado diuturnamente por aqueles que entendem que são necessá-

¹⁸ MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

¹⁹ Idem, p.35.

²⁰ BARZOTO, Luciane Cardoso. Trabalho decente: Dignidade e sustentabilidade. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 07 Jun de 2015.

²¹ OIT Notícias: Brasil, 2007 – 2014. Organização Internacional do Trabalho, Brasília: OIT, 2015. Disponível em www.oit.org.br. Acesso em: 02 Jun. 2015.

rias mudanças emergenciais, sob pena de que as futuras gerações nem mesmo possam existir.

Tal afirmação se apresenta de certa forma pessimista, uma vez que significativa parcela da sociedade não tem essa consciência, que até há pouco se restringia àquelas pessoas/organismos dedicados à proteção do meio ambiente. Ocorre que a proteção vai muito além do meio ambiente, ela deve ser dedicada aos próprios seres humanos; isso por mais contraditório que pareça, pois são os mesmos que destroem as expectativas de vida com qualidade no planeta, não adotando comportamentos que permitam a garantia do princípio da sustentabilidade.

Hoje muito se discute a respeito de comportamento sustentável, mas o que é? Como é possível evoluir, adotando práticas que visem maior garantia de vida terrena em sua completude,²² ou seja, de forma equilibrada? É necessário conhecer o que seja a sustentabilidade, o que será feito aqui a partir do conceito, apresentado por Juarez Freitas, que apresenta a sustentabilidade como um “princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial”²³ devendo ser um princípio, “socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente, no futuro, o direito ao bem-estar.”²⁴

Ainda segundo o mesmo autor, a “sustentabilidade não pode ser considerada um tema efêmero ou de ocasião, mas prova viva da emergência de uma racionalidade dialógica, interdisciplinar, criativa, antecipatória, mediadora de consequências e aberta”.²⁵

Tomando como referência as palavras de Juarez Freitas, verifica-se que a sustentabilidade não pode mais referir-se apenas ao meio ambiente, a abordagem tem que ser ampliada, fazendo com que a preocupação com a sustentabilidade se dê também em outros âmbitos.

Interessa, neste trabalho, abordar os apenas os aspectos econômicos e social. A discussão da sustentabilidade entre economia e sociologia pode se refletir

²² PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. *Revista Internacional de Direito Ambiental* – Ano IV, n. 10 (jan/abr. 2015). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015, p. 137.

²³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

²⁴ Idem p. 41.

²⁵ Idem, p. 29.

como consequência da sociedade de consumo, que está cada vez mais massificada, em razão do aumento da produção e do consumo exagerado de bens.

Diante disso, é premente que esta mesma sociedade encontre mecanismos adequados de estabelecimento do equilíbrio que muitas vezes é esquecido em favor de um crescimento econômico desenfreado. Constituindo a proteção ambiental inserida nas Constituições, no dizer de Pérez Luño, no mínimo aspiração, meta, horizonte a ser alcançado,²⁶ deve-se concordar com Amartya Sen quando afirma que “é um erro buscar o crescimento, sem levar em conta os seus efeitos mais amplos e as suas consequências. É preciso ponderar, entre outros fatores, o impacto ambiental”.²⁷

Nesta perspectiva a reflexão sobre o tema já vem acontecendo há algum tempo. Um dos mais importantes marcos desta preocupação é o relatório Nosso Futuro Comum, ou Relatório Brundtland, datado de 1987,²⁸ que se tornou referência nas discussões a respeito do desenvolvimento sustentável.

Para que se atinjam patamares consideráveis deste desenvolvimento, no entendimento de Jeferson Nogueira Fernandes, deve-se estabelecer uma inter-relação de princípios econômicos e ambientais, de forma que seja possível o desenvolvimento que permita o crescimento econômico, sem que ocorra degradação ambiental, que tenha por consequência prejuízos a permanência do homem no planeta. Se deve possibilitar e conciliar uma existência digna do homem no presente, a fim de que no futuro este possa coexistir com o desenvolvimento econômico, e conciliando esses fatores por meio dos princípios, possa garantir proteção a vida em todas as suas formas, permitindo a ocorrência de um desenvolvimento sustentável.²⁹ Nesse caminhar, constitui uma das bases da noção de desenvolvimento sustentável a proteção, pelo Estado, daquilo que Sarlet e Fensterseifer denominam de “tutela compartilhada e integrada dos direitos sociais e ecológicos”, que constituiriam os “direitos fundamentais socioambientais”³⁰.

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

²⁷ SEN, Amartya. Mercado, justiça e liberdade. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/vasto-mundo/entrevista-imperdivel-com-o-nobel-de-economia-amartya-sen-ele-fala-sobre-china-india-brasil-e-diz-que-a-crise-na-europa-se-resolve-com-enfase-no-crescimento/> Acesso em: 12 Jun. 2015.

²⁸ NETO, Antonio Lorenzoni e PAULICHI, Jaqueline da Silva. Educação ambiental: método para a consolidação do desenvolvimento sustentável. **Revista Internacional de Direito Ambiental** – Ano IV, n. 10 (jan/abr. 2015). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015, p. 21.

²⁹ FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, n. 50, p. 114-132, abr./jun. 2008.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 117.

Por outro lado, ainda sobre o aspecto econômico, a preocupação com o equilíbrio entre economia e desenvolvimento não deve ser apenas afeta ao público, mas também ao privado. Como preceitua Juarez Freitas ao tratar da multidimensionalidade da sustentabilidade, a questão econômica não pode deixar de considerar suas influências e consequências a longo prazo. De forma que consumo e produção devem passar por completa reestruturação, o que fatalmente implicará em mudança do comportamento do estilo de vida das pessoas. Pois a natureza não pode ser mais considerada um mero capital, e a regulação dos meios para sua utilização por parte do Estado, deve ser imperiosa com a finalidade de proibir todo tipo de desvios advindos da voracidade do mercado, que em nada se preocupa com o quão complexo é o tão importante mundo natural.³¹

Diante do exposto de que a sustentabilidade deve ser compreendida em seu aspecto mais geral, e aqui tratando dos âmbitos econômico e social, este último, que será abordado a seguir, configura-se no modo de vida de uma sociedade, modo este que, em razão do capitalismo, passa por significativas transformações.

Em se tratando do aspecto ou dimensão social, termo que é tratado por Juarez Freitas, é necessário pensar na relação direta com os direitos fundamentais sociais, a fim de possibilitar a tão almejada igualdade social, fundada na justiça social, que é fundamento do princípio da sustentabilidade.³² Ainda nesta dimensão, estão albergados os chamados direitos fundamentais sociais, que devem estabelecer correspondência com programas que se relacionam com os modelos de governança sejam públicos ou privados, a fim de não serem autodestrutíveis, nem tão pouco insustentáveis.³³

Diante deste cenário, é preciso estar atento ao aspecto do crescimento dos países que buscam no desenvolvimento da indústria o alicerce base de suas economias com o intuito de proporcionar às pessoas uma quantidade maior de opções comerciais. De acordo com Amartya Sen, neste sentido, “é fundamental também usar os frutos do crescimento para aprimorar a qualidade de vida da população de maneira abrangente, e não apenas favorecendo certos grupos”.³⁴ Ainda de acordo

³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³² PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental** – Ano IV, n. 10 (jan/abr. 2015). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015, p. 146.

³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

³⁴ SEN, Amartya. Mercado, justiça e liberdade. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/vasto-mundo/entrevista-imperdivel-com-o-nobel-de-economia-amartya-sen-ele-fala-sobre-china-india-brasil-e-diz-que-a-crise-na-europa-se-resolve-com-enfase-no-crescimento/> Acesso em: 12 Jun. 2015.

com o referido autor, “o crescimento é um meio extraordinário de alcançar avanços sociais e beneficiar a população em geral, como já apontara Adam Smith”.³⁵

Feitas estas considerações sobre a necessidade de desenvolvimento econômico levando em conta as condições de vida da população, em prosseguimento, será examinada a íntima relação entre trabalho decente e sustentabilidade, na perspectiva da qualidade de vida do trabalhador.

4 TRABALHO DECENTE E SUSTENTABILIDADE

De todo o exposto até aqui, sinala-se que há que se encontrar mecanismos que proporcionem qualidade de vida para a atual geração, e também, em especial, para as gerações futuras. Caso não se estabeleçam metas a curto, médio e longo prazo para preservação ambiental, o meio ambiente será comprometido e por consequência a própria vida humana, e de nada adiantarão as conquistas estabelecidas no âmbito do trabalho.

Sempre que se trata do ambiente trabalhista, se tem clara a sua influência tanto no campo econômico como no social, as duas dimensões tratadas nesta pesquisa, lembrando que a sustentabilidade não se restringe a estas duas dimensões, mas foram as escolhidas em razão da íntima ligação com a atividade laboral.

A preocupação é tamanha que recentemente representantes de governos, trabalhadores e empregadores concordaram que é necessário o estabelecimento de uma firme visão comum e princípios orientadores para alcançar uma transição justa rumo a uma economia verde. Após duas semanas de intensas reuniões e deliberações durante a Conferência Internacional do Trabalho, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável, Trabalho Decente e Empregos Verdes da OIT, concluíram que é possível que a ecologização das economias apresente oportunidades que permitam alcançar os objetivos sociais; possui potencial para ser um novo incentivador de crescimento, em todas as economias, sendo elas avançadas ou em desenvolvimento, permitindo a geração de empregos verdes e decentes, que poderão contribuir com a erradicação da pobreza e a inclusão social.³⁶

Somente em uma dimensão de preservação e concretização dos direitos sociais se alcançará aquele ideal referido por Sarlet e Fensterseifer, de compreensão

³⁵ Idem.

³⁶ OIT. Desenvolvimento sustentável não é possível sem sustentabilidade ambiental e trabalho decente <http://www.oitbrasil.org.br/content/desenvolvimento-sustentavel-nao-e-possivel-sem-sustentabilidade-ambiental-e-trabalho-decente>.

ecológica da dignidade da pessoa humana e da vida em geral³⁷. Nessa perspectiva, compreende-se a colocação dos autores, que, depois de delinearem a necessidade de compreensão integrada de um regime jurídico dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais, bem como o imperativo de proteção de um mínimo existencial socioambiental, sinalam que “toda e qualquer prática econômica contrária à proteção do mínimo existencial socioambiental deverá ser qualificada como constitucionalmente ilegítima”.³⁸

Na relação do trabalho com a sustentabilidade, Juarez Freitas, ao tratar da dimensão social, diz que seja o produto dotado de mérito por maior que seja, no que toca a preservação do ambiente, ele será considerado insustentável, se o meio pelo qual foi obtido não tenha sido o trabalho decente. Destarte o meio ambiente do trabalho não pode permanecer inadequado, não oferecendo as condições adequadas para a permanência do trabalhador no mesmo. Em sendo assim este será considerado insustentável.³⁹

Diante destas preocupações aqui referidas e tantas outras que buscam encontrar mecanismos para garantir o trabalho decente aos cidadãos trabalhadores e um ambiente sustentável para toda uma sociedade, destaca-se mais uma vez a necessidade da participação de todos em prol deste mesmo objetivo. Conforme o diretor geral da OIT, Guy Ryder, que disse: “tenho o prazer de testemunhar um acordo tão amplo sobre um tema que é tão importante para o futuro do mundo do trabalho e, portanto, de nosso planeta. Agora, precisamos traduzir este acordo em ações concretas que podem ser alcançadas através do diálogo social”⁴⁰.

A constatação de que é cada dia mais urgente a mudança de comportamento da sociedade no sentido de preservar o ambiente, incluindo-se a mudança e a quebra de paradigmas na atuação de cada pessoa no seu dia a dia, no ambiente do trabalho. Essa necessidade se demonstra muito significativa, uma vez que o trabalho é o meio pelo qual o trabalhador que vende seu produto (força de trabalho) e colabora com o desenvolvimento econômico; para o desenvolvimento de sua atividade, precisa ter condições adequadas de igualdade, liberdade, salubridade e segurança, bem como salário que permita condições de vida digna.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 82/90.

³⁸ Idem, p. 130.

³⁹ FREITAS, idem.

⁴⁰ OIT. Desenvolvimento sustentável não é possível sem sustentabilidade ambiental e trabalho decente <http://www.oitbrasil.org.br/content/desenvolvimento-sustentavel-nao-e-possivel-sem-sustentabilidade-ambiental-e-trabalho-decente>.

Ainda como resultado da última reunião da Comissão de Desenvolvimento Sustentável, Trabalho Decente e Empregos Verdes da OIT, concluiu-se que é necessária a intensificação do diálogo social e da implementação de políticas coerentes, a fim de que cada país desenvolva com maior atenção suas normas laborais, bem como, suas políticas industriais e o apoio às micro, pequenas e médias empresas. Tal preocupação deve refletir em ações concretas para tornar mais verdes todos os empregos e empresas.⁴¹

Tendo como premissa a conciliação dos valores do desenvolvimento econômico sustentável e do ambiente, compreendendo a dignidade humana tanto em sua dimensão social quanto na dimensão ecológica, entende-se a necessidade de “adoção e o respeito às medidas de segurança e saúde no trabalho, e a promoção dos sistemas de proteção social adequados e sustentáveis”.⁴²

Nesta perspectiva, não se pode mais aceitar a utilização da mão de obra escrava, ou exercendo trabalho em condições indignas. A sustentabilidade social deve ser, segundo Juarez Freitas, uma peça obrigatória, dentro da visão sistêmica do tema sustentabilidade.⁴³ Ainda nesta direção, o autor ao avançar enumerando uma agenda da sustentabilidade multidimensional, no item (q) que se refere ao trabalho, afirma que “o acesso formal ao trabalho decente é componente essencial desta agenda”,⁴⁴ apresentando sugestões como “redução consistente dos encargos trabalhistas sem nexo e incentivo à regularização de empresas”.

Por outro lado, como salienta Álvaro Sánchez Bravo, o cidadão também deve se responsabilizar: não basta a participação ativa na tomada de decisões, mas também devem assumir o compromisso com a implantação das medidas; cabe aos cidadãos assimilar a cultura da sustentabilidade e praticá-la cotidianamente.⁴⁵

Enfim, na síntese de Delmas-Marty, a consecução de tal projeto demanda responsabilidades compartilhadas, em uma perspectiva global, com equaciona-

⁴¹ OIT. Desenvolvimento sustentável não é possível sem sustentabilidade ambiental e trabalho decente <http://www.oitbrasil.org.br/content/desenvolvimento-sustentavel-nao-e-possivel-sem-sustentabilidade-ambiental-e-trabalho-decente>.

⁴² Idem.

⁴³ FREITAS, Juarez. Vídeo. Disponível em: <http://www.altosestudios.com.br/?p=48008>. Acesso 15 Jun. 2015.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.

⁴⁵ SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. Derechos humanos y políticas públicas ambientales. **Caderno Pedagógico**, UNIVATES, vol. 11, n. 2 (2014). Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/cadped/article/view/1260/653>. Acesso em 24 ago. 2015, p. 22.

mento e reconhecimento da desigualdade e das diferenças de poder entre os mais fracos e os mais fortes⁴⁶.

Somente na perspectiva democrática, com participação dos múltiplos setores e atores sociais, num contexto de cidadania informada, podem ser adequadamente dimensionados os problemas e atribuídas as responsabilidades, não só ao setor público, mas também e especialmente ao setor privado, de modo a substituir a primazia do valor econômico e promover a compatibilização com os valores do bem-estar e da dignidade humana e o meio ambiente sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uma perspectiva atenta ao importante papel que o princípio da sustentabilidade apresenta no contexto da vida dos seres vivos em geral, em especial os humanos, é premente que todos tomem consciência do seu papel neste contexto. Não é mais possível mais que indústrias e empresas em geral, fiquem preocupadas apenas com a geração de sua produção a fim de obter mais lucro. Não é possível aceitar que o trabalhador não esteja preocupado com o resultado de sua atividade laboral e os reflexos que esta tem no ambiente em que está inserido. É claro que a preocupação deve ser elevada ao patamar da qualidade deste ambiente e das condições dignas para o desenvolvimento do trabalho.

Numa visão macro, a sustentabilidade está relacionada a inúmeras situações que fogem ao antigo paradigma de que sustentabilidade tinha a ver apenas com o meio ambiente. Diante do que foi exposto, é possível afirmar que essa noção é muito limitada e já não comporta mais as necessidades atuais para se garantir vida digna às pessoas. Nesta pesquisa, foram tratados com maior atenção os aspectos relacionados ao âmbito econômico e o social, por estarem mais diretamente ligados ao trabalho.

Não cabe mais relegar apenas aos ambientalistas a discussão a respeito de sustentabilidade, é necessário entender todo um novo cenário, no qual não devem ser aceitas práticas que não se direcionem no sentido de garantir melhor qualidade de vida e dignidade a pessoa.

E neste sentido, não se pode mais admitir que o trabalho não seja visto como uma das vertentes para a conquista deste objetivo. O trabalho deve ser tratado como

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013, pp. 143-144.

componente vital para o desenvolvimento e, portanto, deve ser garantido aos que dele fazem parte diretamente (os trabalhadores) condições decentes de existência.

Somente com uma discussão com ampla participação democrática, na qual sejam compreendidas ambas as dimensões normativas – a ecológica e a social – de forma integrada e interdependente, se logrará a eliminação das práticas econômicas contrárias à proteção da dignidade humana e do meio ambiente sustentável.

REFERÊNCIAS

- BARZOTO, Luciane Cardoso. **Trabalho decente: dignidade e sustentabilidade**. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acesso em: 07 Jun de 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 07 Jun 2015.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation**. Paris: Seuil, 2013.
- Desenvolvimento sustentável não é possível sem sustentabilidade ambiental e trabalho decente. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/desenvolvimento-sustentavel-nao-e-possivel-sem-sustentabilidade-ambiental-e-trabalho-decente>. Acesso em: 14 Jun. 2015.
- FERNANDES, Jeferson Nogueira. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, n. 50, p. 114-132, abr./jun. 2008.
- FERRARI, Irlany e outros. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1823-9. E-book.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. Vídeo. Disponível em: <http://www.altosestudos.com.br/?p=48008>. Acesso 15 Jun. 2015.
- Livro de Gêneses. Bíblia Sagrada. Traduzida da Vulgata e anotada pelo Pe. Matos Soares. ed. 7, Edições Paulinas. São Paulo, 1975.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.
- NETO, Antonio Lorenzoni e PAULICHI, Jaqueline da Silva. Educação ambiental: método para a consolidação do desenvolvimento sustentável. **Revista Internacional de Direito Ambiental – Ano IV**, n. 10 (jan/abr. 2015). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015.

- OIT Notícias: Brasil, 2007 – 2014. Organização Internacional do Trabalho, Brasília: OIT, 2015. Disponível em www.oit.org.br. Acesso em: 02 Jun. 2015.
- PAVAN, Kamilla. A inserção do paradigma da sustentabilidade como direito fundamental. **Revista Internacional de Direito Ambiental** – Ano IV, n. 10 (jan/abr. 2015). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2015, p. 137.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. Derechos humanos y políticas públicas ambientales. **Caderno Pedagógico**, UNIVATES, vol. 11, n. 2 (2014). Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/cadped/article/view/1260/653>. Acesso em 24 ago. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.
- SEN, Amartya. Mercado, justiça e liberdade. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/vasto-mundo/entrevista-imperdivel-com-o-nobel-de-economia-amartya-sen-ele-fala-sobre-china-india-brasil-e-diz-que-a-criese-na-europa-se-resolve-com-enfase-no-crescimento/> Acesso em: 12 Jun. 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS: APROXIMAÇÃO COM A REFORMA TRABALHISTA?

Gilberto Stürmer¹
Maria Cláudia Felten²

RESUMO

O conflito de trabalho deve ser evitado, pois representa perdas para os sujeitos da relação de emprego, empregado e empregador. Em razão disso, cada vez mais se fala da resolução dos conflitos, com a Reforma Trabalhista o Brasil se aproxima dos Estados Unidos na condução do tema.

Palavras-chaves: Conflito de trabalho. Solução dos conflitos. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT

The labor conflict should be avoided, since it represents losses for the subjects of the employment, employee and employer relationship. Because of this,

¹ Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho (2018/2020). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na PUCRS.

² Doutoranda em Direito pela PUCRS. Mestre em Relações do Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu do Direito da IMED/Porto Alegre. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na graduação e pós-graduação. Advogada. Autora de livros na área do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

more and more people talk about the resolution of conflicts, with the Labor Reform, Brazil approaches the United States in the conduct of the subject.

Keywords: Work conflict. Resolution of Conflicts.

INTRODUÇÃO

O conflito trabalhista, seja no âmbito individual ou coletivo, somente prejudica as relações de emprego, pois traz instabilidade na relação do empregado e do empregador, podendo prejudicar o meio ambiente de trabalho, impactando, inclusive na produção.

São meios alternativos de resolução de conflitos a autotutela, autocomposição e a heterocomposição. Sendo que a melhor forma de resolver o conflito é o acordo entre as partes.

O ideal é que o acordo ocorra sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário ou do terceiro, o árbitro. Ninguém melhor que os envolvidos para saber quais suas necessidades e condições para conciliar o conflito.

A Reforma Trabalhista traz a figura da negociação como meio alternativo de solução de conflito como nenhuma outra lei havia feito, aproximando o Brasil dos Estados Unidos, no que diz respeito à solução de conflitos. A nova Lei propõe que o “o negociado prepondera sobre o legislado”.

1 CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL

Há dois tipos de conflitos trabalhistas, o individual e o coletivo. O individual diz respeito a empregado e empregador, enquanto o coletivo diz respeito à representação desses por parte das entidades sindicais, nos três graus de associação (sindicatos, federações e confederações).

Guilherme Cabanellas leciona que a voz conflito é utilizada em direito para designar posições antagônicas³. Conflito trabalhista é o litígio entre trabalhadores e empresários ou entidades representativas de suas categorias sobre determinada pretensão jurídica de natureza trabalhista, com fundamento em norma jurídica vigente ou tendo por finalidade a estipulação de novas condições de trabalho⁴.

³ CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Política Laboral y Social*, 3. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1982, 140.

⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 226.

Conflito significa divergência em face de determinado interesse, sendo esse de natureza coletiva, quer dizer, se os sujeitos que o disputam são grupo de trabalhadores, de um lado, e empregador ou grupo de empregadores, de outro lado; se, ademais, o objeto da divergência corresponde ao interesse do próprio grupo, ou de seus membros considerados uma unidade, o conflito será coletivo⁵.

Os conflitos trabalhistas sob o enfoque processual apresentam outras diferenças. Os dissídios individuais são considerados pleitos trabalhistas que buscam a tutela de direitos particulares e específicos, de ordem jurídica, provenientes de um determinado contrato de trabalho, celebrado entre pessoa física (empregado) e física ou jurídica (empregador). Geralmente, são as reclamações trabalhistas propostas nas Varas do Trabalho, buscando pagamento de parcelas decorrentes do contrato de trabalho, assinatura da Carteira de Trabalho ou mesmo buscando o próprio reconhecimento do vínculo empregatício. Os dissídios coletivos têm como objetivo a tutela de interesses genéricos e abstratos de uma categoria de trabalhadores, buscando, na maioria das vezes, melhores condições de trabalho e remuneração⁶.

O conflito entre quem defende interesses diferentes é quase inevitável, mas o importante é saber resolver esses conflitos de forma menos prejudicial para os seus envolvidos.

1.2 Meios de Solução de Conflitos Trabalhistas no Brasil

A Lei nº 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, propôs novos meios de solução de conflitos trabalhistas, procurando aproximar mais empregado e empregador através da negociação, bem como suas respectivas entidades sindicais representativas. Sinais de novos e necessários tempos, pois a estagnação sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina.

Utiliza-se para à solução dos conflitos trabalhistas a autotutela (autodefesa), a autocomposição e a heterocomposição.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a autocomposição se dá através da negociação coletiva e a heterocomposição através da arbitragem, mediação e jurisdição, em meio às quais, eventualmente, podem ser utilizadas técnicas de autotutela, como à greve, por exemplo⁷.

⁵ LIMA, Leonardo Tito Barbosa. *Teoria do conflito: rumo a um novo direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 62.

⁶ FLENIK, Giordani. *Arbitragem nos Litígios Trabalhistas Individuais*. Florianópolis, Insular, 2009, p. 34-35.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*, 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 38.

1.2.1 Autotutela

A autotutela é vista com cautela pela doutrina como forma de resolução de conflitos trabalhistas, pois permite o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. A autotutela representa um meio primitivo de se compor, que já se fez muito uso no Brasil, mas com a regulamentação do Direito do Trabalho e a democratização dos direitos trabalhistas na Constituição Federal de 1988 perdeu sua força.

Nesse contexto, vislumbra-se como exemplo de autotutela, a greve. O direito de greve está disposto no artigo 9º da Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei nº 7.783/1989. O artigo 2º conceitua a greve como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Gilberto Stürmer diz que pelo artigo 2º a greve é um direito individual manifestado de forma coletiva e limitado à paralisação coletiva da prestação de serviços, ou seja, limitou o que a Constituição não fez, ao referir que compete aos trabalhadores decidir sobre os interesses que devam por meio dela defender. Para o autor, com base na Lei, somente pode haver reivindicação sobre o trabalho e por conta de condições de trabalho⁸.

A paralisação coletiva das atividades dos trabalhadores tem como objetivo exercer pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos, mas sempre tendo como referência questões relacionadas ao trabalho.

1.2.2 Autocomposição

A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. São modalidades de autocomposição a renúncia, a aceitação e a transação⁹. José Carlos Arouca acresce a conciliação, as modalidades¹⁰.

Para compor uma das partes sempre terá que renunciar parte de seus interesses; isso significa aceitar em parte a vontade do outro e, assim, chega-se a transação.

⁸ STÜRMER, Gilberto. *Direito constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 181.

¹⁰ AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: editora LTr, 2006, p. 264. No mesmo sentido: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Op. Cit.*, p. 231.

A conciliação trabalhista extrajudicial não era medida aceita no Brasil até a edição da Reforma Trabalhista, que trouxe o acordo extrajudicial que pressupõe conciliação entre empregado e empregador. Portanto, a conciliação passa a ser uma das formas de autocomposição, sendo que antes a única possibilidade era através de negociação coletiva.

O artigo 855-B até a letra “E”¹¹ dispõe sobre o Processo de Jurisdição Voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Adriano Santos Wilhelms entende que isso reduzirá o número de reclamações trabalhistas, pois a previsão legal do acordo extrajudicial traz segurança jurídica as partes em relação aos efeitos do acordo entabulado. O que antes não existia porque eventual acordo extrajudicial seria sempre passível de revisão judicial, seja por força do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, seja pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional¹².

Mauro Schiavi pondera que há muito tempo se discute sobre a possibilidade de homologação de transação (autocomposição) extrajudicial envolvendo matéria trabalhista na Justiça do Trabalho, inclusive já há número significativo de ações dessa natureza nas Varas do Trabalho, diante do que dispõe o artigo 515 do CPC. O Juiz do Trabalho deve tomar algumas cautelas para homologar eventual transação extrajudicial. Deve designar audiência, inteirar-se dos limites do litígio e ouvir sempre o trabalhador. Acredita-se que somente em casos excepcionais deve o juiz homologar o acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral¹³.

Manoel Antonio Teixeira Filho defende que a autocomposição é muito mais benéfica ao trabalhador que a heterocomposição. É produto de manifesto equívoco a ideia de que o maior interessado na conciliação é o juiz, pois, com isso, ele teria um processo a menor para julgar. A conciliação como forma de solução do conflito na autocomposição é a mais adequada¹⁴.

¹¹ Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. § 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum. § 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação. Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença. Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados. Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

¹² WILHELMS, Adriano Santos, p. 643. SOUZA, Rodrigo Trindade de (Org.). **CLT Comentada pelos juízes do trabalho da 4ª Região**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

¹³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: de acordo com o novo CPC**. 12ª edição. São Paulo: editora LTr, 2017, p. 45.

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves comentários à reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: editora LTr, 2005, p. 124-125.

Denise Fincato vislumbra a Reforma Trabalhista com um desejo de fortalecimento das relações coletivas, uma vez que prevê a prevalência do negociado sobre o legislado em matérias específicas, tais como: parcelamento das férias em até três períodos (sendo que uma das frações não pode ser inferior a duas semanas), pactuação da forma de cumprimento da jornada de trabalho (desde que não ultrapasse as atuais 220 horas mensais); parcelamento da Participação nos Lucros e Resultados nos limite dos prazos estipulados em lei para balanços patrimoniais e balancetes legalmente exigidos (a partir de duas parcelas); forma de compensação do tempo de deslocamento entre casa e trabalho em caso de ausência de transporte público (horas in itinere); duração do intervalo intrajornada, com duração mínima de 30 minutos; validade de norma coletiva da categoria quando expirado seu prazo (ultratividade), entre outros¹⁵.

Ninguém melhor que os envolvidos no conflito para conciliar, sem a interferência de ninguém, pois cada um sabe de sua pretensão e qual o limite de renúncia que pode ser considerada.

Já a negociação coletiva é a que se celebra entre empregadores e trabalhadores ou seus respectivos representantes, de forma individual ou coletiva, com ou sem a intervenção do Estado, para procurar definir condições de trabalho ou regulamentar as relações laborais entre as partes. Não é necessário se chegar a um acordo, para que se caracterize a negociação coletiva, a qual, destarte, independe do seu resultado, ou de suas consequências para que assim seja denominada¹⁶.

A negociação coletiva é recomendação da Organização Internacional do Trabalho também, tanto é que o Brasil ratificou as duas Convenções da OIT que defendem a importância e incentivam a negociação coletiva para a solução dos conflitos coletivos (Convenções n° 98 (promulgada através do Decreto n° 33.196/1952) e 154 (promulgada através do Decreto 1.256/1994).

1.2.3 Heterocomposição: Arbitragem, Mediação, Conciliação e Jurisdição

Caso não seja solucionado o conflito através da autocomposição, as partes devem se socorrer da heterocomposição que ocorre quando a solução do conflito é determinada por um terceiro, podendo ocorrer através da arbitragem, mediação e jurisdição.

¹⁵ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-30/denise-fincato-espanha-2008-2010-momento-decisao>. Acesso em 28082018.

¹⁶ RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Revisão técnica Irlany Ferrari. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 265.

A intervenção do Poder Judiciário deve ser a última alternativa para as partes, pois ninguém melhor que as próprias partes para saber qual a realidade do ambiente de trabalho e quais as melhores soluções para o impasse, deixar que o magistrado decida o conflito não é a melhor opção. Nos conflitos individuais do trabalho, é mais fácil o julgamento pelo juiz, pois aplica a lei e decide a matéria de fato com base na prova colhida. Contudo, nos conflitos coletivos de trabalho percebe-se que há um distanciamento entre o julgador e as partes, pois se tratam de coletividades que, ainda de regra, domiciliadas longe da sede do Tribunal Regional do Trabalho¹⁷.

A primeira solução buscada na heterocomposição é a arbitragem, como determina o artigo 114, §§ 1º, da CF¹⁸. A arbitragem vem disposta na Lei nº 9.307/1996 e nela o árbitro detém poder decisório e seu decreto obrigará as partes que o elegem.

Antes da Reforma Trabalhista, a arbitragem somente era aceita nos dissídios coletivos, agora passa a ser possível, nos termos do artigo 507-A, que dispõe que 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 9.307/1996. Ou seja, a arbitragem passa a ser possível extrajudicialmente, no Direito do Trabalho.

A arbitragem tem como objeto o direito patrimonial disponível, efetivando-se através de um terceiro, imparcial ao litígio, denominado árbitro. Este deverá ser escolhido pelas partes, ou sugerido pelas Câmaras ou Tribunais Arbitrais ou pelo próprio Judiciário, podendo ser considerado qualquer pessoa maior e capaz, de confiança das partes¹⁹. Outro conceito interessante veio através do voto da Relatora Ministra Maria Doralice Novaes que ementou que o juízo arbitral – órgão contratual de jurisdição restrita que tem por finalidade submeter às controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento

¹⁷ A competência originária das ações de dissídio coletivo é dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho.

¹⁸ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...)§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

¹⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da Arbitragem no Brasil e no Mundo**, p. 327. ARANA, Josycler (Coord.). **Direito Internacional: seus Tribunais e Meios de Solução de Conflitos**. Curitiba, Juruá, 2007.

eskorreito de direito e de equidade – tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho²⁰.

A segunda forma de solução na heterocomposição é a mediação, a qual pode ser conceituada como a intervenção de terceiro, tendendo à solução do conflito, através da realização de um negócio jurídico. Juan Carlos Vezzulla conceitua como a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor²¹.

Para discussões na doutrina quanto à diferença entre mediação e a conciliação²². A distinção deve ser feita pelo critério relacionado ao nível de atuação do terceiro neutro que atua para buscar o acordo. Fazendo propostas, estamos diante de conciliador. Se não faz propostas e somente procura estimular o diálogo, trata-se de mediação. Portanto, adota-se o critério que leva em consideração o nível de atuação do terceiro facilitador. Nesse sentido, tal distinção vale inclusive para o Juiz do Trabalho. Ou seja, se este faz proposta, será conciliador e estará fazendo conciliação. Se apenas estimula o diálogo e não faz proposta, será mediador e estará fazendo mediação.

O mecanismo da audiência de conciliação ou de mediação consiste em previsão que visa a estimular à solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Além de representar uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial hipótese secundária de composição de litígios²³.

Ou seja, ainda que tenha uma ação judicial ajuizada, em se tratando de dissídio coletivo de natureza econômica, as partes podem firmar um acordo coletivo

²⁰ Recurso de Revista nº 1650/1999-003-15-00.3, Relatora Ministra Maria Doralice Novaes, da 4ª Turma do TST, DJU 30/09/2005.

²¹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 15-16

²² VASCONCELOS, Antônio Gomes de. GALDINO, Dirceu. Op. Cit., p. 204-207; COOPER, Flavio Allegretti de Campos. **Negociação. Conciliação. Mediação**, p. 105-107. PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; Lockmann, Ana Paula Pellegrina (Org.). **Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216.

ou convenção coletiva, não precisando ser um acordo judicial nos autos da ação judicial. É a prova da desburocratização do Poder Judiciário trabalhista e o incentivo a conciliação, através da mediação.

Por fim, a doutrina cita a jurisdição, que vem a ser a decisão judicial acerca do conflito. É uma forma de pôr fim ao conflito trabalhista, mas nem sempre consegue alcançar a expectativa das partes, sobretudo nos conflitos coletivos. Em razão disso, a legislação das duas últimas décadas tem oferecido mecanismos para evitar o processo judicial (comissões de conciliação prévia; comum acordo para ajuizamento do dissídio coletivo; termo de quitação anual; acordo extrajudicial; negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista etc).

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS TRABALHISTAS NOS ESTADOS UNIDOS

Eugênio Facchini Neto traz um importante relato que denota que o problema no Brasil, na solução dos conflitos, já foi problema na Europa. Em 2003, a Universidade de Florença promoveu um seminário internacional sobre meios alternativos de resolução de conflitos. Dos relatórios nacionais apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma “crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade devida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta e, talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides”²⁴.

Em decorrência disso, um fenômeno de interesse crescente nas últimas décadas é representado pela busca alternativa ao modelo judicial tradicional. Se isso ocorre em todo o mundo ocidental, trata-se de algo muito mais nítido e perceptível no cenário norte-americano. Lá, mais do que em qualquer outro país, é acentuada a tendência de se implementar meios alternativos de resolução de litígios, denominados genericamente de A.D.R – *Alternativa Dispute Resolution*, que traduzido significa meios alternativos de resolução de conflitos²⁵.

²⁴ VARANO, Vincenzo. *L'Altra Giustizia*. Milano: Giuffrè, 2007, p.XI/XX, apud FACCHINI NETO, Eugênio. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 5, n° 17, out/dez 2011, p. 119.

²⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. FACCHINI NETO, Eugênio. ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 5, n° 17, out/dez 2011, p. 119.

2.1 O Conflito Trabalhista nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América dispensam tratamento diferente às relações de emprego, havendo menos intervenção estatal, seja em relação à legislação que é reduzida e esparsa²⁶.

Nos EUA, tanto o governo federal como os Estados federados podem editar normas sobre relações de trabalho. E todos o fazem, conforme demonstra fartamente a jurisprudência da Suprema Corte, em cujo rol de decisões históricas se encontram vários casos de apreciação de constitucionalidade de leis trabalhistas estaduais, como os célebres julgamentos *Lochner v. New York*, *Muller v. Oregon*, *West Coast Hotel v. Parrish*, entre tantos outros. Ou seja, empresas de âmbito nacional como a IBM, Wal-Mart ou a Hertz, que estão instaladas em todos os estados do país, precisam observar a legislação trabalhista federal e a legislação trabalhista diferente de 50 estados²⁷.

A principal legislação que trata de matéria trabalhista é a Federal Labor Standards Act - FLSA, criada em 1938, que estabelece aos trabalhadores um salário mínimo baseado nas horas laboradas; jornada de 40 horas semanais com limite de 04 horas extras semanais; fixa as modalidades de trabalho que os menores são autorizados a exercerem e veda o trabalho infantil.

O número de ações trabalhistas é menor que no Brasil, uma vez que a ação trabalhista típica é uma *class action* (ação coletiva). Ou seja, o trabalhador, ao ajuizar uma ação, pode representar todos os demais empregados e ex-empregados que estão ou estavam em idêntica situação de fato e de direito (e os trabalhadores representados sequer precisam anuir com o ajuizamento da ação, pois eles automaticamente são considerados como parte no processo). Assim, em uma única ação litigam de fato centenas ou milhares de trabalhadores, o que faz com que as ações atinjam valores estratosféricos²⁸.

Afora as *class action*, existem as ações ajuizadas nas justiças dos Estados ou em juízo arbitral. Portanto, os conflitos individuais são em menor número. Além disso, os EUA adota uma política diferente no valor das suas condenações, fixando

²⁶ Na *common law* não se favorece a adoção de leis gerais codificadas e temáticas mas, sim, leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte do direito

²⁷ Disponível em <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2017/06/a-reforma-trabalhista-e-o-201csonho-americano201d-1>, acesso em 05nov2017.

²⁸ Disponível em <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2017/06/a-reforma-trabalhista-e-o-201csonho-americano201d-1>, acesso em 05nov2017.

valores altos com a finalidade pedagógica e atento a capacidade financeira da empresa, o que faz com que os empregadores zelem pelo cumprimento de suas obrigações.

Quanto à estrutura sindical dos EUA é composta de quatro instâncias: a Central Nacional;²⁹ os Conselhos estaduais/municipais, os Sindicatos nacionais e os Sindicatos locais³⁰. Nos EUA, a prevalência é a do sindicato local, por empresa, ligada ao sindicato nacional ou internacional. O sindicato local tem uma filiação formal na estrutura da divisão de cotas com o sindicato nacional, e é frequentemente organizado no nível de fábrica³¹. Os conflitos coletivos de trabalho são resolvidos, na maioria dos casos, em nível de empresa, com a presença do sindicato local.

Existe o *National Labor Relations Board (NLRB)* – Conselho Nacional das Relações de Trabalho que é uma agência independente dos EUA, de natureza administrativa, com responsabilidade para a aplicação do Direito do Trabalho em relação à negociação coletiva e práticas trabalhistas ilegais, bem como fiscalizar as eleições nos sindicatos. O NLRB tem escritórios por todo os EUA e sua sede é em Washington. As suas decisões não são suscetível de execução forçada, caso não sejam cumpridas, é necessário requerer perante os tribunais a ordem de cumprimento³².

2.2 Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

Os meios alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos da América são a negociação a nível individual e coletivo, e a arbitragem, que atua de forma obrigatória quando ocorrer conflito na negociação³³. A esses instrumentos pode ser acrescida a jurisdição que nos EUA é exercida pelas cortes judiciais³⁴.

²⁹ A *American Federation of Labor (AFL)* foi criada em 1881, com o objetivo de constituir um organismo central e nacional dos sindicatos já existentes e organizados a partir das artes e ofícios. Em 1955, houve a fusão com a CIO (*Congress of Industrial Organizations*) e no mesmo ano surgiu a AFL-CIO (*American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations*) que é hoje a maior central operária dos EUA e Canadá (SCHUTTE, Giorgio Romano. CASTRO, Maria Sílvia Portella de. JACOBSEN, Kjeld Aagaard. **O Sindicalismo na Europa, Mercosul e Nafta**. São Paulo: LTr, 2000, 141-163).

³⁰ SCHUTTE, Giorgio Romano. CASTRO, Maria Sílvia Portella de. JACOBSEN, Kjeld Aagaard. Op. Cit., p. 163.

³¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho: nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a Experiência Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25.

³² GOULD, William B. *A primer on American Labor Law*. Cambridge, 1982, p. 63 e 64.

³³ ARIAS, Olga Castillejo de. *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 95.

³⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. Cit., p. 9.

2.2.1 Negociação Individual

A negociação individual entre empregado e empregador é adotada nos EUA, uma vez que boa parte dos direitos inerentes a um contrato de trabalho é possível de ser negociado diretamente. A própria legislação assegura certa autonomia para as partes. A legislação é flexível para ser adaptada aos interesses das partes. Por exemplo, as férias não são remuneradas, com exceção de alguns Estados, mas o empregador pode convencionar que será; as horas extras podem ser realizadas sem limite quanto ao máximo etc.

2.2.2 Negociação Coletiva

É o sistema de negociação coletiva, que constitui o núcleo de todo o sistema laboral norte-americano, a maior parte dos direitos dos trabalhadores é previsto em norma coletiva oriunda da negociação. O sistema foi desenhado e construído predominantemente pelos trabalhadores, por meios de seus sindicatos e as empresas, e não pelo Estado e pelas cortes de justiça americanas³⁵. Prevalece, assim, a negociação coletiva ao nível da empresa ou de setores da mesma. O sistema negocial trabalhista se caracteriza por sua ampla descentralização. A negociação é biparte, ou seja, entre os representantes ou prepostos da empresa e os seus empregados ou o sindicato deles, através dos vários níveis hierárquicos³⁶.

Pode-se dizer que o direito norte-americano caracteriza-se por ater-se mais ao processo negocial do que à fixação, por lei, dos direitos individuais dos empregados. Importa o procedimento, o remédio, e não aquilo que resulta da negociação, ou seja, o acordo. Parte-se da premissa de que a organização coletiva dos trabalhadores seria suficiente para contrabalançar o poder de que se acha naturalmente investido o empregador, equilibrando a negociação e permitindo menor interferência legislativa no campo das relações de trabalho³⁷.

O meio de resolução de conflito trabalhista mais adotado nos EUA é o da negociação coletiva, havendo legislação que obriga a adoção. Sendo que, em vários estados há legislação que assegura a presença da boa-fé nas negociações e

³⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. Cit., p. 2.

³⁶ PAIVA, Paulo Gustavo de Araújo. *A negociação coletiva e o futuro do direito do trabalho no Brasil*. Recife: Bagaço, 2005, p. 84.

³⁷ MALLET, Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*, p. 388-389. VIDOTTI, Tércio José. GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). *Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial. Estudos em Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003.

o dever de prestar informações claras e transparentes ao negociar. A obrigação de negociar de boa-fé não se estende a toda e qualquer tipo de negociação, apenas aquela que é intitulada como obrigatória, sendo que o critério que define é o tipo de matéria.

A obrigação de negociar de boa-fé encontra-se imposta no *United States Code*, no chamado *Labor Management Relations Act*, em sua seção nº 158, letra “d”, que, dispõe que negociar coletivamente é o cumprimento da obrigação mútua do empregador e o representante dos funcionários se reunir em horários razoáveis e confiar boa-fé nas negociações a respeito de salários, horários e outros termos de condições de trabalho³⁸.

A previsão já foi alvo de críticas, sob alegação de ser impossível e mesmo fútil exigir, de quem quer que seja determinado estado de espírito, como negociar com boa-fé. Contudo, a previsão normativa já foi referendada pelo Comitê de Liberdade Sindical, da Organização Internacional do Trabalho, e encontrada igualmente em outros sistemas jurídicos (Portugal, Espanha)³⁹.

É citada como falta de boa-fé nas negociações: I) adiamentos sucessivos das tratativas ou injustificados atrasos em manifestar-se sobre propostas feitas; II) enviar negociadores para as negociações que não tenham poderes de representação, que apenas podem ouvir as discussões, ou quando mudam constantemente de posição, apresentando exigências novas e diversas das anteriormente formuladas ou, ainda, quando se recusam a apresentar qualquer contraproposta; III) retirar proposta anteriormente apresentada; IV) concessão de aumento salarial superior ao máximo anteriormente oferecido, quando houve dificuldades nas negociações e sem consulta prévia ao sindicato de empregados; V) a obstinada recusa do empregador, após longa negociação, em modificar proposta original, buscando, ao mesmo tempo, por meio de vigoroso programa de publicidade, convencer os empregados das vantagens da proposta que fez etc⁴⁰.

A legislação americana além de obrigar a negociação coletiva em se tratando de salários, horários e condições de trabalho tem o cuidado de assegurar que ela ocorra com lisura, de forma transparente e honesta. Isso faz com que problemas sejam evitados ou, no mínimo, minimizados, pois as partes negociantes tem noção de que serão punidos se não estiverem evitados de boa-fé.

³⁸ MALLET, Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*, p. 390.

³⁹ MALLET, Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*, p. 390.

⁴⁰ COX, Archibald. *The duty to bargain in good faith. Harvard Law Review*, vol. 71, June 1985, nº 8, p. 1413-1414.

Nos assuntos que a negociação é facultativa, a recusa em negociar não se configura má-fé. Por exemplo, se há uma convenção coletiva vigorando, as partes não são obrigadas a negociar. Na facultativa, ocorrendo negociação coletiva, as partes não têm a obrigação taxativa da boa-fé⁴¹.

Já tem outras matérias que é *closed shop*, como obrigar empregado a ser vinculado no sindicato para poder ser admitido na empresa; ou proibir que o sindicato dos empregados entregue material de propaganda na empresa, aos empregados, fora do horário de trabalho⁴².

Outra característica das negociações coletivas americanas é o dever de prestar informação, seja para justificar a pretensão apresentada, seja para legitimar a recusa à oferta feita. Os empregadores, públicos ou privados, devem fornecer informações sobre a situação econômica e social da unidade de negociação e da empresa em seu conjunto. Do mesmo modo, dos poderes públicos espera-se o fornecimento das informações necessárias sobre a situação econômica e social global do país e do ramo de atividade em causa. Já teve a Suprema Corte dos Estados Unidos ocasião de debater a extensão da obrigação de prestar informação. Durante negociação coletiva, o empregador alegou incapacidade econômica para pagar os salários pretendidos e recusou-se a apresentar a demonstração financeira que justificasse a assertiva. A recusa foi parar na Corte de Justiça que determinou que apresentasse administrativamente, a qual foi cassada pela Corte de Apelação de Terceiros Circuito. Incumbiu a Suprema Corte restabelecer a decisão administrativa, onde asseverou a obrigação da prestação de informações⁴³.

Caso através das negociações não ocorra um acordo poderá ser eleito um árbitro privado para a solução do conflito.

2.2.3 Arbitragem

Quanto à resolução dos conflitos coletivos do trabalho nos EUA, o mais importante instrumento é o sistema privado de arbitragem, o qual opera diferentemente das formas do sistema legal das cortes de justiça e das agências administrativas. Não obstante, os sindicatos norte-americanos sempre estiverem ansiosos para utilizar a lei como instrumento útil para seu crescimento, conquista do reco-

⁴¹ LESLIE, Douglas L. *Labor Law*. Minnesota, West publishing, 1986, p. 207.

⁴² LESLIE, Douglas L. Op. Cit., p. 214.

⁴³ MALLET, Estêvão. *A negociação coletiva nos Estados Unidos da América*, p. 393-394.

nhecimento e legitimidade, e obter a anuência da coletividade para a utilização da negociação coletiva com os empregadores⁴⁴.

O *Due Process Protocol* para os procedimentos de mediação e arbitragem foi estabelecido em 1995, por uma comissão integrada de representantes das empresas e dos trabalhadores, organizações de direito civil, agências privadas de administração e o governo da Associação Americana de Arbitragem. O Protocolo fomenta a resolução de conflitos em todos os locais de trabalho e assegurado o devido processo legal⁴⁵.

Em primeiro lugar, vale destacar que a arbitragem nos Estados Unidos não é um modo alternativo de solução de conflitos individuais ou coletivos de trabalho, é o modo único e obrigatório quando o conflito decorre da interpretação e aplicação de direitos inscritos em convenções coletivas ou de problemas na negociação coletiva. Como visto, o Direito do Trabalho nos EUA é regulado por convenções coletivas, não há uma tradição legislativa no que se refere às relações de trabalho, e os conflitos de trabalho são oriundos, sobretudo, da interpretação dessas normas⁴⁶.

A arbitragem em decorrência de negociação coletiva é criada contratualmente, em procedimento cujas partes resolvem suas diferenças através de um sistema privado de resolução de disputa. As partes são livres para determinar o caráter do acordo sobre a arbitragem, ampliando ou restringindo as cláusulas sobre a matéria.

A arbitragem tem um procedimento que compreende a oitiva dos argumentos das partes e análise dos documentos, decidindo em seguida à lide no mérito. A decisão do árbitro é obrigatória para as partes e constitui-se em peça escrita, acompanhada por uma justificativa explicando as razões da opção dada.

Assim, os meios alternativos de resolução de conflitos nos EUA é a negociação, especialmente a coletiva, e a arbitragem, caso ocorra algum problema nas negociações.

CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho acompanhando a evolução da sociedade e dos sujeitos dos contratos de trabalho precisou reformular suas leis e regras, a fim de preservar as relações de trabalho. As crises prejudicam as empresas que deixam de lucrar

⁴⁴ GOULD IV, William B. *A primer on American Labor Law*. 3. ed. Massachusetts: The MIT Press, 1997, p. 1.

⁴⁵ ARIAS, Olga Castillejo de. Op. Cit., p. 96.

⁴⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: a experiência mundial. *Revista do TST*. Brasília, volume 68, n.º 1, jan/mar 2002, p. 183.

porque a economia brasileira estagnou, por consequência deixam de empregar e ainda precisam demitir empregados.

Nesse contexto, surgem os meios alternativos de resolução de conflitos. Utilizando-se o direito comparado como parâmetro, especialmente os Estados Unidos, percebe-se que o método mais usado e eficaz é a negociação coletiva, por ser a que mais se aproxima das necessidades das partes.

Na negociação coletiva o Estado não intervém e os próprios sujeitos dos contratos de trabalhos, representados por suas respectivas entidades sindicais, é que debatem as cláusulas que comporão os contratos de trabalho. Bem diferente da lei que é feita para todos, sem considerar as características de cada empregador e empregado. Lembrando que é de competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho, portanto é a União legislando sobre os contratos de trabalho de todo o Brasil.

A negociação coletiva é próxima, é construída a partir das falas de cada um dos partícipes da relação de emprego, sendo, talvez, a forma ideal de construção das regras dos contratos de trabalho.

A PROTEÇÃO SOCIAL PARA AS MULHERES: EM BUSCA DA CIDADANIA

Jane Lucia Wilhelm Berwanger¹

Esse texto objetiva estudar as diferenças na proteção social entre homens e mulheres, para então tratar da isonomia enquanto valor social fundamental na sociedade. Inicialmente, é importante tratar das diferenças de gênero no mundo do trabalho em aspectos como na remuneração, nos cargos, e nas oportunidades. Essa realidade discriminatória trabalhista produz reflexos na Previdência, e esses serão, por sua vez, o foco principal desse estudo. A partir do princípio da isonomia se buscará identificar o que motiva a permanência de regras diferenciadas que buscam proporcionar a equiparação, amparadas pela Constituição Federal e regulamentadas pela legislação previdenciária. Além da literatura específica sobre igualdade de gênero, buscar-se-á apoio na bibliografia em matéria previdenciária e constitucional.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Engana-se quem sustenta que o tratamento dado a homens e mulheres no mundo do trabalho seja muito próximo. Embora tenha se percebido uma evolução, ainda há grandes disparidades tanto nos salários como no acesso aos postos de trabalho. Essas condições se refletem na previdência social. Buscar-se-á nesse texto trabalhar a situação da mulher no aspecto laboral, bem como os reflexos previdenciários.

¹ Doutora em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Professora de Direito Previdenciário em curso de graduação e pós-graduação. Autora de várias obras de Direito Previdenciário. Integrante do Conselho Editorial da Revista de Direito Prática Previdenciária da Paixão Editores.

É importante verificar como as questões de gênero no trabalho e na previdência social são tratadas no âmbito internacional. Assim, serão brevemente abordadas as convenções internacionais que tratam do tema, tanto as realizadas pela Organização Internacional do Trabalho como pela Organização Iberoamericana de Seguridade Social.

Serão analisadas normas legais que buscam reduzir os impactos da desigualdade e levar em consideração as diferenças naturais existentes, especialmente a maternidade. A abordagem buscará avaliar se a discriminação prevista legalmente é positiva ou negativa, tendo por base o princípio da isonomia.

Além da literatura específica sobre gênero e trabalho, será utilizada como fonte bibliográfica importante a obra de Robert Alexy sobre a isonomia. O método utilizado será o indutivo.

2. GÊNERO E TRABALHO: DIFERENÇAS

Do ponto de vista do Direito Internacional, ~~desde a sua criação,~~ a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já nas primeiras convenções tratou da proteção nos períodos anterior e posterior ao parto (Convenção 3, aprovada em Washington em 29 de outubro de 1919).² A Convenção n. 3 previa um período de afastamento das mulheres nos períodos anterior e posterior ao parto, além de assistência médica, permissão para afastamento para amamentação.³

A Convenção n. 4, também de 1919, versa sobre a proteção do trabalho noturno das mulheres. As condições dessa Convenção foram, posteriormente, atenuada pelas Convenções n. 89 e 171. Durante o período de gravidez, deve ser oferecida à mulher oportunidade de alterar o turno de trabalho, para evitar o trabalho à noite, considerado mais penoso.⁴

A Recomendação n. 4, de 1919 trata da proteção de mulheres e crianças contra doenças ocupacionais decorrentes da exposição do trabalhador aos fluídos metálicos de chumbo sem a proteção adequada. Conforme explica Horvath, em

² BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção Internacional n. 3, de 29 de outubro de 1919. Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade> > Acesso em 21 set 2016.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção Internacional n. 3, de 29 de outubro de 1919. Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-trabalho-noturno-das-mulheres> > Acesso em 21 set 2016.

razão dos perigos que oferecem para as mulheres grávidas, certas operações industriais descritas nesta Recomendação - tais como trabalho em fornos com refino de minerais, tratamento de cinzas, fabricação de solda, dentre outros processos que envolvem o produto chumbo - devem ser proibidos.⁵

O impedimento do trabalho das mulheres nos trabalhos subterrâneos de todos os tipos de minas foi instituído pela Convenção n. 45, de 1935. As exceções a essa regra são mulheres que trabalham em cargos de direção, empregadas em serviços de saúde e serviços sociais, que estejam em atividades práticas de estudo, que tenham que entrar em mina subterrânea no exercício de uma profissão que não seja de caráter manual.⁶

A Convenção n. 103, de 1952 ampliou o alcance da Convenção n. 3, estendendo-se para as mulheres que trabalham em empresas industriais e agrícolas, alcançando também as mulheres assalariadas que trabalham em domicílio. Também ampliou para doze semanas a licença-maternidade, passando para o sistema de seguro social o custeio desse período, assistência médica gratuita, a garantia da possibilidade de amamentação e estabilidade pelo período da licença.⁷

A Convenção n. 183, de 2000, estabelece a licença-maternidade de pelo menos quatorze semanas e mantém outros direitos como interrupção para amamentação, estabilidade, sistema de seguro social para o benefício previdenciário, acrescentando um aspecto essencial que é a obrigação de adotar medidas para garantir que a maternidade não seja causa de discriminação no emprego. Como salienta Horvath, uma das principais inovações foi a previsão da licença parental, que faculta a possibilidade do pai ou mãe se afastar de suas atividades para criação educação dos filhos, assegurada a reintegração ao emprego.⁸

Verifica-se, portanto, uma preocupação constante da Organização Internacional do Trabalho, há quase um século, em torno da proteção da mulher no trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, tratou de regras de não discriminação por motivo de sexo. A Convenção da ONU sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que integra as normas brasileiras, também objetivou impedir a discriminação contra a mulher por

⁵ HORVATH JR., Miguel. *Salário-Maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. P. 57.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009. P. 78.

⁷ GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Convenção Internacional n.183, de 07 de fevereiro de 2002. Disponível em < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_4_A.htm > Acesso em 21 set 2016.

⁸ HORVATH JR., Miguel. *Salário-Maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. P. 61.

razões de casamento ou maternidade. A proibição de discriminação alcança a remuneração, que deve ser igual entre homem e mulher para trabalho de igual valor.

Um relatório divulgado pela ONU (Organização das Nações Unidas) Mulheres, em 2016, revela que as mulheres ocupam os empregos com menores remunerações e baixa qualidade. Além disso, vivem em condições mais precárias de saúde, de acesso à água e saneamento. O estudo revela ainda que as mulheres são responsáveis, predominantemente, pelo cuidado com os filhos e com os idosos.⁹

A Organização Iberoamericana de Seguridade Social também manifesta a preocupação com as desigualdades laborais entre homens e mulheres. Destaca, além das já apontadas pelo estudo da ONU: os principais setores de emprego para as mulheres na América Latina são o serviço doméstico, fabricação de tecidos e a agricultura sazonal; maior incidência de contratos a prazo determinado; interrupção maior na carreira, devido ao cuidado com familiares (filhos e idosos); as mulheres são as primeiras a perderem seus empregos;¹⁰

Estudos revelam que as mulheres brasileiras, na década de 1970 eram excluídas do mercado de trabalho formal, limitadas à condição de dona-de-casa, agora estão inseridas nas atividades laborativas. Portanto, o problema não é mais a exclusão. Em cargos de direção, quase 40% das mulheres recebem até três salários mínimos. Entre os homens, esse percentual é de 27%. Já quando se trata de salários maiores 41% dos homens ganham mais de 15 salários, enquanto entre as mulheres apenas 15%.¹¹ A postura das mulheres no mundo corporativo foi, inicialmente, semelhante à dos homens, iniciando pelos aspectos físicos (cabelo, vestimenta,...) e passando também pela forma mais dura de administrar.¹²

Maluf explica que uma das razões das desigualdades está relacionada à maternidade, ou seja, as mulheres enfrentam o impasse entre adiar a maternidade ou ter filhos e entrega-los para outros cuidarem, uma decisão muito difícil. Também são consideradas opções a diminuição do tempo de trabalho (emprego de meio período) e o recuo do ingresso na carreira profissional.¹³

⁹ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El Progreso De Las Mujeres En El Mundo 2015-2016*. Disponível em < http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport_es_10_12.pdf > Acesso em 21 set 2016.

¹⁰ OISS – ORGANIZAÇÃO IBEROAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL. Por qué incluir la perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social?. Disponível em > <http://www.oiss.org/Por-que-incluir-la-perspectiva-de.html> > Acesso em 21 set 2016.

¹¹ MALUF, Vera. *Mulher, Trabalho e Maternidade*. São Paulo: Atheneu, 2012. P. 35

¹² SINA, Amália. *Mulher e Trabalho. O desafio de conciliar diferentes papéis na sociedade*. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 136

¹³ MALUF, Vera. *Mulher, Trabalho e Maternidade*. São Paulo: Atheneu, 2012. P. 45

Um estudo desenvolvido por professores canadenses traz uma nova perspectiva para a persistência dessa diferença. O estudo mostra que não importa apenas o gênero do trabalhador, mas também o gênero da pessoa que paga o salário. A diferença salarial é consideravelmente maior quando os homens são chefes das mulheres. E os homens seguem dominando a hierarquia corporativa, onde a definição dos salários pode ser mais importante.¹⁴

Ainda permanece grande desigualdade de gênero no mercado de trabalho brasileiro, visto as mulheres terem remuneração média 17% inferior à dos homens e assim fica reduzida a capacidade contributiva das mulheres para a Previdência Social. Além dos elementos já trazidos, o Dieese traz algumas conclusões importantes, tais como: a população economicamente ativa feminina é menor que dos homens; a permanência das mulheres no mercado de trabalho formal é menor; ficam em média 37 meses no mesmo trabalho, período inferior ao dos homens, que é de 41,7 meses (RAIS 2014). Isso se relaciona, entre outros fatores, à ausência de equipamentos públicos como creches e instituições para cuidados com idosos e enfermos; as mulheres têm ocupações mais vulneráveis, com baixos rendimentos, maior rotatividade e menor qualificação; a chamada “dupla jornada” limita as possibilidades de ascensão profissional das mulheres e, com isso, limita a elevação da sua remuneração;¹⁵

Assim, demonstra-se a evolução, não sem enormes desafios que ainda remanescem, da inserção feminina no mercado de trabalho. No próximo item serão analisadas as consequências dessa realidade na área previdenciária.

3. REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

Historicamente, as trabalhadoras urbanas passaram a ser protegidas pela legislação previdenciária à medida que se inseriram no mercado de trabalho. Nessa condição, foram amparadas como seguradas da previdência. Antigamente, o mercado de trabalho era ocupado quase exclusivamente pelos homens. Em consequência, a previdência social tinha mais contribuintes do sexo masculino do que do feminino. As mulheres tinham mais proteção como dependentes do que como seguradas. O homem só poderia ser dependente da segurada se fosse inválido.¹⁶

¹⁴ ESTADÃO. Por que as mulheres ganham menos quando subordinadas a homens. Disponível em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-as-mulheres-ganham-menos-quando-subordinadas-a-homens,1595651> > Acesso em 21 set 2016.

¹⁵ DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. A Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho da Região Metropolitana de Porto Alegre. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/analiseped/2016/2015pedmulherpoa.pdf> >. Acesso em 23 set 2016.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. São Paulo: Atlas, 2010. Ed. P 603.

Os principais benefícios previdenciários oferecidos pelos sistemas previdenciários não são temporários. Ao contrário, têm caráter definitivo (embora possam ser revistos em caso de irregularidade). Trata-se do resultado de uma vida de trabalho. Se a vida laborativa foi menor, se o salário foi baixo, isso vai refletir no momento da concessão e no valor do benefício a ser pago.

Conforme dados divulgados pelo Ministério da Previdência Social, em fevereiro de 2016, a maioria das beneficiárias em 2005 recebia pensão por morte. Já em 2015, a aposentadoria por idade liderava o ranking dos benefícios concedidos às mulheres. Os dados gerais mostram que:

[...] as mulheres representam um total de 56,7% do total de beneficiários do RGPS, enquanto os homens somam 41,7%. No entanto, apesar de ser maioria, o valor total dos benefícios destinados ao público feminino é menor do que o total pago aos homens. Isso acompanha a realidade do mercado de trabalho, onde a mulher ganha menos.¹⁷

De acordo com dados do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), em 2013 havia, no Grande ABC (estado de São Paulo), 110.203 mulheres aposentadas e recebendo, em média, benefícios de R\$ 989,69. Enquanto os homens, em maior número (174.661 do total de 284.864 aposentados), ganham valor mensal de R\$ 1.691,12. Elas recebem 41,47% a menos do que os do sexo masculino, ou R\$ 701,43.¹⁸

Mais alguns dados são reproduzidos por Ana Lucia Guimarães Rosa:

[...] embora sejam concedidos mais benefício previdenciários para mulheres (2,9 milhões em 2014) do que para homens (2,3 milhões, em 2014), devido ao impacto de benefícios como salário maternidade e pensão por morte, as mulheres recebem uma parcela menor do valor total de benefícios pagos pelo INSS;

As mulheres eram 56,1% das beneficiárias da Previdência, mas o valor somado dos benefícios recebidos pelas mulheres representou

¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CNPS: Crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho tem reflexo nos benefícios previdenciários. Disponível em < <http://www.previdencia.gov.br/2016/02/cnps-crescente-inclusao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho-tem-reflexo-nos-beneficios-previdenciarios/> > Acesso em 22 set 2016.

¹⁸ DIÁRIO DO GRANDE ABC. Aposentadoria da Mulher é 41% menor que do homem. Disponível em < <http://www.dgabc.com.br/Noticia/515087/aposentadoria-da-mulher-e-41-menor-que-a-do-homem> > Acesso em 21 set 2016.

somente 51,2% do valor total pago, ou seja, o valor médio de benefício das mulheres é menor que o valor médio pago aos homens.¹⁹

Esses dados demonstram o reflexo da remuneração nos benefícios previdenciários. O cálculo da aposentadoria atualmente leva em conta as contribuições efetuadas desde julho de 1994, de acordo com a regra de transição do art. 3º da Lei 9.876/99.²⁰ Na regra permanente que consta na Lei 8.213/91, o Período Básico de Cálculo é toda vida contributiva. Em qualquer dos casos, a média vai refletir o histórico de contribuições. Estas, por sua vez, incidem sobre a remuneração dos segurados - que, no caso das mulheres é menor.

4. MEDIDAS DE MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A legislação previdenciária contém alguns mecanismos de compensação das diferenças laborais entre homens e mulheres. Passaremos a tratar dessas regras distintas:

4.1. *Aposentadoria por idade com idade reduzida*

As mulheres se aposentam com cinco anos a menos de idade que os homens. A Lei 8.213/91 prevê:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Por sua vez, no meio rural, também se observa essa diferença:

Art. 48. § 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

¹⁹ SILVA, Ana Lucia Guimarães. Diferenças de Regras entre Homens e Mulheres. IN: LOPES, Decio Bruno; MARRANHÃO, Maria Inez Rezende dos Santos. ANFIP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Previdência Social – Contribuição para o Debate. Brasília : Fundação ANFIP, 2016. P. 60-80.

²⁰ Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

Assim, tanto no meio rural como no urbano o legislador optou por reconhecer a necessidade de estabelecer uma regra diferenciada para os homens e mulheres. No caso das trabalhadoras urbanas, já constava na Lei Orgânica da Previdência Social, que, em 1960, unificou os trabalhadores urbanos no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).²¹

No meio rural, a inclusão das mulheres somente se deu a partir da Constituição de 1988 e – efetivamente – das Leis 8.212 e 8.213/91. Ou seja, se às trabalhadoras urbanas era garantida a aposentadoria com idade reduzida, para as rurais nem mesmo se previa qualquer benefício.

Conforme já se tratou em outro momento:

O avanço jurídico que esse reconhecimento representou caminha junto com um avanço no aspecto da cidadania, ao “elevá-las” a um patamar de contribuintes para o progresso social e econômico. Esse quadro, por sua vez, possibilita um maior reconhecimento social e até mesmo subjetivo da mulher no campo.²²

O trabalho da mulher no meio rural tem chamado a atenção da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura. Um estudo publicado em 2011 informa que as mulheres exercem papel fundamental para o desenvolvimento agrícola, contribuindo para a renda das famílias:

Las mujeres aportan contribuciones esenciales a la agricultura en los países en desarrollo, pero sus funciones difieren considerablemente según la región y están cambiando rápidamente en algunas áreas. Las mujeres representan, en promedio, el 43 % de la fuerza laboral agrícola en los países en desarrollo (desde el 20 % en América Latina hasta el 50 % en Asia oriental y África subsahariana).²³

Em estudo específico realizado com trabalhadoras rurais sobre a forma de trabalho, constatou-se que:

²¹ Vide Lei 3.807/60. Art. 30. A aposentadoria por velhice será concedida ao segurado que, após haver realizado 60 (sessenta) contribuições mensais, completar 65 (sessenta e cinco) ou mais anos de idade, quando do sexo masculino, e 60 (sessenta) anos de idade, quando do feminino e consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27.

²² BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN. Las mujeres em la agricultura Cerrar la brecha de género en aras del desarrollo Disponível em < <http://www.fao.org/docrep/013/i2050s/i2050s01.pdf> >. Acesso em 19. Out. 2014

Na região estudada é senso comum, que capinar terreno com enxada para preparar os canteiros constitui-se trabalho pesado. No entanto, de acordo com as mulheres entrevistadas existem outras tarefas igualmente pesadas, e na prática não há uma divisão rígida, os trabalhos são divididos de acordo com a situação econômica de cada família, e também de acordo com outros fatores que orientam a lógica da produção familiar entre eles a disponibilidade de mão-de-obra, de terra, o uso de máquinas e implementos agrícolas. Por exemplo, quando a propriedade dispõe de trator facilitando o trabalho e disponibilizando maior renda o mesmo continua sendo executado pelos homens como declara as agricultoras.²⁴

A aposentadoria por idade é benefício fundamental para as mulheres. Neste benefício, a participação feminina representa a maioria, com 62% do total de 9,5 milhões de beneficiários, segundo dados do Ministério da Previdência Social. Assim, a diferença de cinco anos na concessão desse benefício é muito importante para que se garanta o acesso à cidadania plena na idade avançada.

4.2. Aposentadoria por tempo de contribuição

Nesse benefício, outrora chamado de aposentadoria por tempo de serviço, exige-se a comprovação de 30 anos de contribuição para as mulheres e 35 anos de contribuição para os homens.

Em 2014 foram concedidas 197.636 aposentadorias por tempo de contribuição para segurados do sexo masculino e 95.279 para do sexo feminino.²⁵ Isso demonstra que, mesmo com exigência menor de tempo de contribuição, as mulheres ainda têm menos acesso a esse benefício. Resulta, mais uma vez, da condição de trabalho irregular, não contínua.

Um estudo técnico desenvolvido pelo Senado defende que essa diferença de tempo de contribuição, bem como a diferença de idade não mais se justificam.

Este último ponto é importante porque as regras especiais normalmente são justificadas em parte por conta do cuidado com filhos. À medida que as famílias passam a ter menos filhos e que mui-

²⁴ MELO, Ana Paula Gomes de; OLIVEIRA, Maria de Lourdes Souza. PAULA, Maria das Graças. MOURA, Joana Tereza Vaz de. A PRESENÇA DA MULHER RURAL NA PRODUÇÃO E NA VIDA: UMA CONQUISTA QUALITATIVA. Disponível em < <http://www.ichs.ufop.br/conifes/anais/OGT/ogt1302.htm> > Acesso em 23 set 2016.

²⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Dados Abertos – Previdência Social e INSS. Disponível em < <http://www3.dataprev.gov.br/scripts10/dardoweb.cgi> >

tas mulheres escolhem não ter filho algum, considera-se as regras poderiam ser repactuadas. Segundo o IBGE, a taxa de fecundidade caiu de 4,1 filhos por mulher em 1980 para 1,7 em 2015 – um nível abaixo do necessário para repor a população –, e chegaria a 1,5 em 2034. No entanto, apesar da “epidemia de baixa fecundidade”, as diferenças na Previdência permaneceram idênticas nas últimas décadas.²⁶

Se por um lado é possível que as mulheres se aposentem com menos tempo de contribuição do que os homens, por outro, o fator previdenciário poderá penalizar as seguradas. O fator previdenciário é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição. O art. 29. § 9º prevê que para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição da segurada devem ser acrescidos cinco anos, quando se tratar de mulher. Todavia, como no elemento “idade” a lei não determina que sejam acrescidos os mesmos cinco anos, a mulher é prejudicada. Pode-se citar como exemplo: um homem com 55 anos de idade e 35 de contribuição tem uma perda de 30% sobre a média, com a aplicação do fator previdenciário - já a mulher perde 38% sobre a média.

Com a fórmula 85/95, instituída pela Medida Provisória 676/15, convertida na Lei 13.183/15, novamente se recupera a diferenciação. Essa regra prevê que na aposentadoria de uma mulher que soma 85 pontos, entre idade e tempo de contribuição, e na aposentadoria de um homem que soma 95 pontos, o fator previdenciário é opcional, ou seja, só vai ser aplicado se for vantajoso para o segurado.

4.3. *Salário-Maternidade*

Até 2013 a legislação previdenciária brasileira somente previa a concessão do salário-maternidade para as seguradas. A partir da nova redação dada pela Lei 12.873/13, inserindo novos dispositivos na Lei 8.213/91 também se estendeu este benefício aos homens. O art. 71 trata do benefício devido à mulher gestante:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste,

²⁶ BRASIL. SENADO FEDERAL. Textos para Discussão – 190. NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518439/Textos_para_discussao_190.pdf?sequence=1 > Acesso em 25 set 2016.

observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Neste caso, por óbvio é a mulher a beneficiária do salário-maternidade, pois foi ela quem gestou. De outro lado, a adoção de criança como fato gerador do benefício é fundamental para permitir o afastamento temporário para possibilitar a adaptação do adotado à nova família. Nesse sentido, hoje prevê a lei:

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

É importante referir que a possibilidade de concessão de salário-maternidade à mãe adotiva já estava prevista desde 2002, mas o benefício só era de 120 dias quando a criança adotada tivesse até um ano de idade.²⁷

Atualmente, a Lei 8.213/91 também prevê que:

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

A previsão legal para que também o homem, nestes casos, possa se afastar do trabalho não afeta em nada a proteção da mulher. Primeiro, porque a preferência de concessão do benefício é da mãe, quer seja biológica, quer seja adotiva. Segundo, porque quando o cuidado com o filho recai sobre o pai, em nome da ampla proteção do menor, impõe-se a possibilidade de afastamento e concessão do salário-maternidade.

Assim, as principais diferenças nos benefícios previdenciários entre homens e mulheres se verificam nas aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e no salário-maternidade.

No próximo item será analisada a discriminação positiva presente nas regras acima abordadas, na perspectiva do princípio da isonomia.

²⁷ Assim dispunha a lei: Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.-

5. A DISCRIMINAÇÃO É POSITIVA OU NEGATIVA? UM OLHAR A PARTIR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da isonomia, também conhecido por alguns doutrinadores e por enorme parte da população como o princípio da igualdade, está inserido na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, onde afirma-se que todos são iguais perante a lei, independente de características físicas, intelectuais, ou de qualquer outra natureza. Há referência específica à igualdade de sexo:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Não obstante, o princípio da igualdade não é absoluto, porque as situações da vida não são sempre iguais. Rui Barbosa, na famosa “Oração aos Moços” diz que:

A regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real²⁸.

No mesmo sentido, esse é o meio termo entre dois extremos: o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que devem ser iguais em todos os aspectos. Para ter o mínimo de conteúdo, não pode permitir toda e qualquer diferenciação ou distinção²⁹.

Dessa forma, deve haver uma razão que justifique a diferenciação, o que é um problema de valoração. Se não há essa razão, impõe-se o tratamento igual. Ou seja, o enunciado geral da igualdade impõe um ônus argumentativo para o tratamento desigual. No entanto, ainda que haja um argumento, o tratamento desigual

²⁸ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Ed. Popular anotada por Adriano da Gama Kurg. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985. p. 21.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 397.

não é obrigatório, incidindo aqui a discricionariedade do legislador, que não deve ser substituída pelo Judiciário³⁰.

Alexy diferencia a igualdade jurídica da fática, sendo que a primeira corresponde à não realização de um tratamento desigual e a segunda a uma ação positiva do Estado³¹.

Justamente, em termos de Previdência Social, seria como determinar que duas pessoas do mesmo sexo, com a mesma idade, trabalhando pelo mesmo tempo de contribuição, nas mesmas condições, tenham direito ao mesmo benefício. Porém, se algum desses elementos justificar, na análise do legislador, um tratamento diferenciado, impõe-se a aplicação do princípio da igualdade fática.

Em relação à discrepância entre as idades mínimas para aposentadoria para homens e mulheres, Barbisan reflete:

Essa discrepância de requisitos, por óbvio, reflete a opção de um sistema em promover a igualdade material, ou real, entre trabalhadores de ambos os sexos, através de regras de elegibilidade de benefícios díspares.

Conforme a autora, os motivos para tanto são, de um lado, a lógica de compensação pelo tempo de afastamento do mercado de trabalho a que são submetidas as mulheres em função da reprodução e responsabilidades familiares, o que também está correlacionado com a conhecida dupla jornada de trabalho a que são submetidas (conciliando o trabalho remunerado com tarefas domésticas não remuneradas); e, de outro, ao conhecido fato de que ocupam postos de trabalho de qualidade inferior ou, quando idênticos, aos dos homens, com piores remunerações.³²

De modo geral, como sintetiza Barros ao se referir especificamente as diferenças na concessão da aposentadoria:

A mulher se aposenta com uma diferença de cinco anos em relação ao homem, tanto na aposentadoria por idade, quanto na aposentadoria por tempo de serviço. O legislador levou em conta: a maternidade e o cuidado da família; a mulher é fisicamente mais frágil do

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 411-414.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 432.

³² FORTES, Simone Barbisan; A Mulher Trabalhadora Rural e a Previdência Social. *IV*: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FORTES, Simone Barbisan. *Previdência do Trabalhador Rural em Debate*. Curitiba: Juruá, 2008. 289-317.

que homem; no mercado de trabalho, a mulher ocupa cargos de pouca expressão; o fato de trabalhar fora somado a jornada extra ao chegar a casa, pois é responsável para a manutenção do lar.³³

Essa realidade é, portanto, a que sustenta, em nome do princípio da igualdade real, as regras diferenciadas em favor das mulheres.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que a sonhada igualdade entre homens e mulheres ainda é distante. Muitas são as diferenças de tratamento laboral, com salários diferentes e menores oportunidades para as trabalhadoras. Na previdência social, podem ser observados os reflexos dessas diferenças na medida em que remunerações mais baixas implicam em benefícios de menor valor. Também o afastamento para a maternidade e a precariedade do trabalho feminino (quem primeiro perde o emprego é a mulher), levam a um tempo de contribuição reduzido. Diversas convenções internacionais e ações afirmativas vêm sendo adotadas para minimizar o impacto negativo da discriminação contra a mulher.

Na legislação previdenciária destacam-se:

- a) Salário-maternidade concedido às mulheres, em regra. O benefício é pago ao homem somente quando a mulher morre no parto ou no período de pagamento (120 dias) ou quando ele adota uma criança.
- b) A aposentadoria por tempo de contribuição exige menos tempo para as mulheres do que para os homens. Enquanto os segurados precisam provar 35 anos de contribuição, as seguradas precisam provar 30 anos.
- c) Na aposentadoria por idade, a diferença também é de 5 anos. O benefício é concedido aos homens aos 65 anos de idade e às mulheres aos 60 anos. No meio rural, respectivamente, a idade é de 60 e 55 anos.

As condições específicas para as mulheres atendem ao princípio da isonomia, porque procuram, ao desigualar, aproximar os desiguais. A ação positiva do Estado é fundamental para reduzir os impactos da desigualdade laboral e em consequência a previdenciária. Sem essas regras diferenciadas, o acesso das mulheres aos benefícios seria ainda mais difícil.

³³ Barros, Elimar de. O princípio da isonomia de gênero e aposentadoria. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. P. 117.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Ed. Popular anotada por Adriano da Gama Kurg. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.
- Barros, Elimar de. O princípio da isonomia de gênero e aposentadoria. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.
- BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Dados Abertos – Previdência Social e INSS. Disponível em < <http://www3.dataprev.gov.br/scripts10/dardoweb.cgi> >
- BRASIL. SENADO FEDERAL. Textos para Discussão – 190. NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518439/Textos_para_discussao_190.pdf?sequence=1 > Acesso em 25 set 2016.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CNPS: Crescente inclusão da mulher no mercado de trabalho tem reflexo nos benefícios previdenciários. Disponível em < <http://www.previdencia.gov.br/2016/02/cnps-crescente-inclusao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho-tem-reflexo-nos-beneficios-previdenciarios/> > Acesso em 22 set 2016.
- DIÁRIO DO GRANDE ABC. Aposentadoria da Mulher é 41% menor que do homem. Disponível em < <http://www.dgabc.com.br/Noticia/515087/aposentadoria-da-mulher-e-41-menor-que-a-do-homem> > Acesso em 21 set 2016.
- DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. A Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho da Região Metropolitana de Porto Alegre. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/analise/2016/2015pedmulherpoa.pdf> >. Acesso em 23 set 2016.
- ESTADÃO. Por que as mulheres ganham menos quando subordinadas a homens. Disponível em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-as-mulheres-ganham-menos-quando-subordinadas-a-homens,1595651> > Acesso em 21 set 2016
- FORTES, Simone Barbisan; A Mulher Trabalhadora Rural e a Previdência Social. *IV*: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FORTES, Simone Barbisan. Previdência do Trabalhador Rural em Debate. Curitiba: Juruá, 2008. 289-317. HORVATH JR., Miguel. *Salário-Maternidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Convenção Internacional n.183, de 07 de fevereiro de 2002. Disponível em < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPA-G3_4_4_A.htm > Acesso em 21 set 2016.
- MALUF, Vera. *Mulher, Trabalho e Maternidade*. São Paulo: Atheneu, 2012.
- MARTINS, Sergio Pinto *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. São Paulo: Atlas, 2010.

- MELO, Ana Paula Gomes de; OLIVEIRA, Maria de Lourdes Souza. PAULA, Maria das Graças. MOURA, Joana Tereza Vaz de. A PRESENÇA DA MULHER RURAL NA PRODUÇÃO E NA VIDA: UMA CONQUISTA QUALITATIVA. Disponível em < <http://www.ichs.ufop.br/conifex/anais/OGT/ogt1302.htm> > Acesso em 23 set 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção Internacional n. 3, de 29 de outubro de 1919. Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade> > Acesso em 21 set 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção Internacional n. 3, de 29 de outubro de 1919. Disponível em < <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-trabalho-noturno-das-mulheres> > Acesso em 21 set 2016.
- OISS – ORGANIZAÇÃO IBEROAMERICANA DE SEGURIDADE SOCIAL. Por qué incluir la perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social?. Disponível em > <http://www.oiss.org/Por-que-incluir-la-perspectiva-de.html> > Acesso em 21 set 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN. Las mujeres em la agricultura Cerrar la brecha de género en aras del desarrollo Disponível em < <http://www.fao.org/docrep/013/i2050s/i2050s01.pdf> > . Acesso em 19. Out. 2014
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El Progreso De Las Mujeres En El Mundo 2015-2016*. Disponível em < http://progress.unwomen.org/en/2015/pdf/UNW_progressreport_es_10_12.pdf > Acesso em 21 set 2016.
- SILVA, Ana Lucia Guimarães. Diferenças de Regras entre Homens e Mulheres. IN: LOPES, Decio Bruno; MARANHÃO, Maria Inez Rezende dos Santos. ANFIP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Previdência Social – Contribuição para o Debate. Brasília : Fundação ANFIP, 2016. P. 60-80.
- SINA, Amalia. *Mulher e Trabalho. O desafio de conciliar diferentes papéis na sociedade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

A APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/15) AO PROCESSO DO TRABALHO

Jaqueline Mielke Silva¹

José Tadeu Neves Xavier²

RESUMO

A tutela provisória classifica-se em tutela de urgência e tutela da evidência. A tutela de urgência por sua vez, poderá se dar em caráter cautelar ou antecipada. Tendo em vista a omissão da Consolidação da Leis do Trabalho a respeito da tutela provisória, e considerando o princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental, entendemos compatíveis as disposições do Código de Processo Civil, referentes à tutela provisória, com o processo do trabalho.

Palavras-chave: Código de Processo Civil - Tutela provisória – Processo do Trabalho

ABSTRACT

Interim injunctions are classified in two, injunction of urgency and injunction of evidence. Duo to the omission of Labor Laws regarding this provisional protec-

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professora do PPGD da Faculdade Meridional – IMED e de diversas outras instituições de ensino superior.

² Pós- Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade Meridional - IMED. Advogado da União

tion, and considering the principle of the duration of the process within a reasonable time as a fundamental right, we understand compatible the provisions of the Code of Civil Procedure, regarding interim injunctions, with the Labor Procedure Code.

Keywords: The Civil Procedure Code - interim injunction – Labor Process

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A tutela provisória está prevista no Livro V do CPC (Lei 13.105/15), sendo subdividida em duas modalidades: tutela de urgência e tutela da evidência³. A tutela de urgência, por sua vez, é classificada em tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada. Observa-se, mais uma vez, no novo diploma legal, uma forte influência do doutrinador italiano Piero CALAMANDREI, a começar pelo título do Livro V, nominado de “Tutela Provisória”.

O presente artigo se propõe analisar as distinções, a partir de uma perspectiva crítica, entre as tutelas de urgência cautelar e antecipatória e sua aplicabilidade no processo do trabalho, dividindo-se em três capítulos. O primeiro deles tratará da técnica processual da antecipação de tutela no Direito Italiano. O segundo, abordará as principais características da tutela provisória cautelar e antecipada. E no último capítulo será feita a análise da compatibilidade das disposições sobre a tutela provisória previstas no Código de Processo Civil, com o Processo do Trabalho.

2. A TÉCNICA PROCESSUAL DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ADOTADA PELO DIREITO ITALIANO⁴

A reforma ocorrida no Direito Processual Civil italiano, no ano de 2005, abandonou o padrão acessório que tradicionalmente caracterizava⁵ a tutela de

³ Artigo 294 do Código de Processo Civil.

⁴ Sobre o tema, vide também: Elena MARINUCCI (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jan.-fev. 2007. La Stabilità dei Provvedimenti Cautelari in Materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale alla Luce del D.LGS N. 140/2006); Hildegard MASSARI (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, abr. - junh. 1996. La stabilità del Provvedimento Cautelare nel Processo Civile Tedesco); Ulisse COREA (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, out-dez 2006. Autonomia Funzionale della Tutela Cautelare Anticipatoria); Clarice Delle DONNE (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar. 2006. Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino); Maria Francesca GHIRGA (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Jul-Set. 2005. Le nuove norme sui procedimenti cautelari); Dino BUONCRISTIANI (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Jun. 2006. Sistema dei referes: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pré-giudizio); Sergio MENCHINI (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Jun-Set. 2006. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessita dell'acertamento com autorità di giudicato).

⁵ Neste sentido, o sistema italiano, que adotou a “instrumentalidade atenuada” nas medidas cautelares, não fazendo distinção entre as mesmas e os provimentos antecipatórios. Ao abordar a tutela de urgência no Direito

urgência nesse respectivo sistema⁶, para adotar um sistema similar ao do *référé*

italiano, refere Alberto José Lafuente TORRALBA (In: *Revista de Processo* n. 156, p. 78): “El art. 669-octies del Codice di Procedura Civile (en adelante, CPC), incluido entre las normas generales de los procedimientos cautelares, establece en su párrafo 1º que, en caso de la tutela cautelar ante causam – es decir, la concedida antes del comienzo del proceso –, el juez debe fijar un término perentorio no superior a sessenta días para el inicio del juicio de fondo. Si no se le da comienzo tempestivamente, en tal caso la medida adoptada pierde su eficacia, y lo mismo sucederá si el proceso principal se extingue una vez entablado (art. 669-novies, párrafo 1º). Estas reglas responden el clásico principio de instrumentalidad de las medidas cautelares, que ligan su suerte a la del proceso declarativo cuyo resultado tienden a asegurar. El proceso de cognición marca el horizonte de la tutela cautelar; mas allá de sus límites, la medida no puede subsistir, está condenada a una muerte segura. Las cautelas se encuentran a servicio del proceso principal, están pensadas en función de ese proceso, precisamente para evitar que la sentencia que lo culmine se convierta en una declaración retórica, vacía de contenido, sin posible proyección en la realidad. Por ello, la incoación y desarrollo del juicio de fondo es condición necesaria para la vigencia de la medida; sin dicho juicio, las medidas cautelares no tienen razón de ser. No obstante, en los últimos años se ha venido produciendo en Italia una revisión de estos plantamientos, bajo la presión insoslayable de una administración de justicia cada vez más desbordada y de la creciente dilatación de los procesos. Esta apremiante coyuntura la impulsado una nueva evolución de la tutela cautelar, tan radical que conmueve los mismos principios que la inspiran. En efecto, se ha buscado en las medidas cautelares un revulsivo para aliviar el atasco de los tribunales y agilizar la actividad jurisdiccional: han dejado de ser meros instrumentos del proceso declarativo, para emanciparse de él y convertirse en una alternativa al mismo, más rápida y de resultados más inmediatos”. A ideia de instrumentalidade das medidas urgentes foi atenuada no âmbito do processo societário, através do Decreto Lei 5, de 17.01.2003. E, pouco depois, generalizada para todo o processo civil através do chamado “Decreto competitività” (D.L. 35 de 2005), convertido na Lei 80 de 14.05.2.005. Conforme refere Alberto José Lafuente TORRALBA (In: *Ob. cit.*, p. 80), comentando essas alterações legislativas, “en su nueva redacción, el art. 669-octies, párrafo 6º, libera el nexo de instrumentalidad a las ‘medidas de urgencia emitidas conforme al art. 700 y las otras medidas cautelares idóneas para anticipar los efectos de la sentencia de fondo, previstas por el código civil u otras leyes especiales, así como las medidas emitidas como consecuencia de denuncia de obra nueva o dano temido conforme al art. 688. Estas medidas cautelares anticipatorias – es decir, que no se limitan a conservar la situación existente en el momento de plantearse el litigio, sino que adelantan la eficacia de la sentencia – pueden adquirir una vida autónoma: pueden resolver, en el momento y por el momento, el conflicto entre las partes, sin precisar de una ulterior actividad de cognición. Cuando se conceda este tipo de cautela, el juez ya no deberá fijar término alguno para el inicio del juicio de fondo: la medida puede prolongar su eficacia indefinidamente, sin necesidad de promover y mantener con vida un proceso declarativo. De este modo, las medidas cautelares anticipatorias, dentro del sistema italiano, se configuran no solo como medios instrumentales respecto de la tutela declarativa, sino que, al mismo tiempo, cuando concurren las condiciones necesarias y las partes presten su aquiescencia, pueden sustituir a la sentencia y cumplir una función equivalente a ella. Una vez adoptada la medida cautelar, cada parte deberá realizar sus propias valoraciones y decidir si le interesa o no, iniciar un proceso declarativo, con los gastos de energía, tiempo y dinero que este comporta. En particular, el beneficiario de la medida apreciará si le conviene darse por satisfecho con el resultado obtenido en vía cautelar y renunciar a la verificación plena de su derecho mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada. Y la parte vencida apreciará si le interesa arriesgarse a entablar un juicio y esforzarse por desvirtuar las valoraciones sumarias hechas por el juez al conceder la cautelar”.

⁶ Sérgio CHIARLONI (In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, p. 672-673. “Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile”), critica a legislação que introduziu o procedimento cautelar uniforme no Código de Processo Civil italiano, pois não distingue os provimentos cautelares dos provimentos antecipatórios. Alberto José Lafuente TORRALBA (*Ob. cit.*, p. 78), ao comentar o posicionamento de CHIARLONI, refere: “El autor consideraba un error que dicha reforma hubiera sometido a las mismas reglas todas las cautelas, sin distinguir entre medidas conservativas, cuya relación de instrumentalidad con el proceso de cognición descende ‘de la naturaleza de las cosas’, y las denominadas anticipatorias, en las que el nexo de instrumentalidad no es más que el resultado de una elección de política legislativa. A juicio del autor, se había perdido una buena ocasión para separar la disciplina de ambos tipos de cautelas, en el sentido de ‘disolver en nudo de correlación necesaria entre medida anticipatoria y juicio de fondo’, de modo que la no incoación de este no fuera sancionada con la ineficacia de la medida.”

francês⁷, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas⁸.

Embora qualificando-as como modalidade do poder geral de cautela, o direito italiano retira das medidas antecipatórias o papel de instrumentalizar ou preparar ulterior prestação definitiva em processo principal⁹. Trata-se, evidentemente, de um caminho bastante diferente daquele trilhado no Código brasileiro, onde tutela cautelar e tutela antecipada são traçadas como fenômenos distintos, sendo submetido, por essa razão a regime processual diverso. Para o Código Italiano, a antecipação de tutela surge como ampliação do poder geral de cautela,

⁷ Enquanto o direito italiano se esforçava para incluir no poder geral de cautela a possibilidade de medidas de caráter satisfativo, o direito francês aperfeiçoava seu antigo instituto do *référé* para acelerar a prestação jurisdicional (NCPC francês, arts. 808 a 810; 848 a 850; 872 e 873). Atuava, portanto, no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), para realizar a tutela de urgência satisfativa. Uma das características básicas que torna o instituto processual francês do *refere* é sua autonomia frente ao processo principal. Ao contrário da nossa ação cautelar que está sempre subordinada ao processo principal, não passando de um acessório, cujo destino fica sempre vinculado ao acerto a ser feito obrigatoriamente em outro processo, no direito francês o procedimento do *refere* é completamente autônomo em relação ao processo de fundo. A tutela de urgência na França ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior processo principal para confirmação do procedimento emergencial. A autonomia em questão faz com que o juiz do *refere* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode ser considerado como preliminar do outro. O fim principal e específico não é a composição definitiva do conflito: é, isto sim, a ‘estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso’. O procedimento se encerra no plano da emergência, com provimento próprio e independente de qualquer outro processo. Mas a sentença é desprovida de autoridade de coisa julgada. Em relação a futuro e eventual processo principal ou de fundo, em torno da mesma controvérsia, o provimento do *refere* é apenas provisório (embora não temporário nem acessório). Cabe às partes decidir sobre a instauração, ou não, do processo principal. Encerrado o *refere* a solução judicial perdurará, sem limite temporal e sem depender de ulterior confirmação em processo definitivo. Em síntese: O procedimento do *refere*, no processo civil francês, cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo. Sobre o tema, vide: Jacques VUITTON e Xavier VUITTON. (In: *Lés Referes*. Paris: Litec, 2003, n. 1.054 a 1.057, p. 204) Também: Humberto THEODORO JÚNIOR. (In: *Revista de Processo* n. 157, p. 136. Tutela antecipada. Evolução Comparatista. Direito brasileiro e direito europeu)

⁸ Sobre o tema, vide Humberto THEODORO JÚNIOR. *Revista de Processo* n. 157, p. 143 e ss. Tutela antecipada. Evolução Comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.

⁹ Para Giuseppe TARZIA (In: *Il processo cautelare*. 2 ed. . Padova: Cedam, 2004, p. 227), os pontos importantes da reforma são: “[...] viene escluso l’ onere di iniziare il provvedimenti d’ urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di mérito; b) conseguentemente è stabilito che l’ eventuale estinzione del processo di mérito non determina l’ inefficacia della misura cautelare già concessa [...] e) è espressamente specificato che ‘in nessun caso l’ autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo’.”

continuando sob o rótulo de medida cautelar, mas com papel distinto a cumprir no âmbito da jurisdição¹⁰.

A tutela antecipada perde na Itália a principal característica das medidas genuinamente cautelares: deixa de ser um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal; deixa de ser um acessório de outro processo, para buscar, a própria ação cautelar, uma completa definição do conflito jurídico (litígio). O que a distingue da ação ordinária é apenas a sumariedade do acerto e a rapidez com que se alcança o provimento a tutelar. Afasta-se, portanto, do regime clássico da tutela cautelar típica para enveredar por um procedimento autônomo, que, posto se desenvolva plenamente em contraditório, se apresenta como célere e sumário, não produzindo coisa julgada.

Nos termos do novo art. 669-*octies*, do Código de Processo Civil italiano, não mais se assinala um prazo para que a ação principal seja proposta, em seguida ao deferimento de medida cautelar satisfativa, de antecipação de efeitos de sentença de mérito. A falta de sua propositura não conduz mais à ineficácia do provimento.

Ao invés de preparar o futuro provimento de um processo principal, a ação cautelar antecipatória, por não produzir *res iudicata* material, não gera preclusão em torno de seu provimento, nem adquire autoridade de coisa julgada. Em razão dessa circunstância, a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio.

Segundo Franco CIPRIANI¹¹, os provimentos cautelares antecipatórios acabaram por ser cautelares apenas no modo de dizer. Isto porque, doravante, no direito italiano, mostram-se claramente distintos dos provimentos cautelares. Em contrapartida, Girolamo MONTELEONE¹² sustenta que na atual perspectiva, as medidas antecipatórias no Código Italiano *“deriva una conseguenza della massima importanza, vale a dire che le misure anticipatorie costituiscono una forma generalizzata, rapida e sommaria di tutela giurisdizionale dei diritti che si pone accanto ed in alternativa all’ordinario processo dicognizione”*.

¹⁰ Segundo LeQUERZOLA (In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Tutela cautelare e dintorni: contributo all’idea di ‘provvedimento anticipatorio’. Set. 2006, p. 795), *“per la dottrina maggioritaria, la riforma riguarderebbe i provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di rito; non si estenderebbe dunque automaticamente a tutti i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. (quest’ultima norma si applicherebbe onde ‘assicurare’ gli effetti della decisione di merito, il che è concetto diverso da ‘anticipare’.*”

¹¹ In: *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie. Il giusto processo civile*. Bari, n. 1/2006, p. 26-27

¹² In: *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Padova: Cedam, 2007, Vol. 2, p. 357

3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA PARA Ovídio ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA

2.1. *A ação que veicula a tutela cautelar como modalidade de tutela preventiva*

Embora a doutrina aceite de um modo geral o entendimento de que a tutela cautelar insere-se no gênero tutela preventiva¹³, tal questão tornou-se polêmica, em virtude de certos pontos de vista sustentados por Francesco CARNELUTTI e Piero CALAMANDREI. Não se pode confundir preventividade, que é o gênero, com cautelaridade, que é espécie. Em determinado momento de sua construção doutrinária, Francesco CARNELUTTI dividiu os processos cautelares em inibitórios, antecipatórios e restituitórios¹⁴. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA,

esta concepção sugerida por CARNELUTTI contribuiu decisivamente para que outros dois conceitos extremamente polêmicos e ambíguos se inserissem na teoria da ação cautelar, quais sejam o conceito de tutela cautelar restituitória e o de tutela cautelar antecipatória. Esta última, sem dúvida a mais importante e comprometida com determinados pressupostos ideológicos da nossa teoria geral, já fora tratada como cautelar por CALAMANDREI (Introduzione allo Studio Sistematico del Provvedimenti Cautelari, 1936, n. 14). As consequências dessa imprecisão conceitual refletem-se, hoje, de modo extraordinário, particularmente na Itália, onde uma parcela considerável da doutrina defende o ponto de vista de que a essência da tutela cautelar é sua índole de tutela antecipatória.

Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA insere a tutela cautelar no âmbito da tutela de simples segurança. Todavia, distingue a mesma de outras formas jurisdicionais satisfativas (o que não foi feito pela doutrina clássica italiana), que sempre inseriu no âmbito da tutela cautelar também as medidas satisfativas, consoante será melhor analisado no itens subsequentes.

A expressão “cautela” deriva do verbo “cavere”, que significa tomar cautela, acautelar-se, precaver-se. Assim, a tutela cautelar caracteriza-se como uma tutela de simples segurança, no sentido de que sua função principal é a de assegurar

¹³ Na lição de João Batista LOPES (In: *Medidas Cautelares Inominadas*. Revista dos Tribunais n. 605, p. 14), “não se pode afirmar que a preventividade constitua característica do processo cautelar, uma vez que esse traço, de certo modo, se faz presente também na ação declaratória, que, à evidência, não é cautelar”.

¹⁴ In: *Derecho y Proceso*, § 235

direitos, sem jamais satisfazer. No mesmo sentido, o posicionamento de Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA¹⁵, *verbis*:

Além de pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutzanpruch), à cognição completa (à sentença em sentido estrito) e da pretensão à tutela jurídica à execução – a pretensão à tutela jurídica à segurança, que é ou segurança quanto ao fato ou à segurança de pretensão (Anspruchssicherung). A exibição de livro, as vistorias e inquirições ad perpetuam rei memoriam são asseguradoras do fato, aí, mais estritamente, da prova; o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, asseguradoras da pretensão, talvez só da prestação, o que é comum a todas elas é que não se libera, por elas, o devedor da obrigação, nem se satisfaz o credor. Não se profere decisão que tenha efeitos diretos de liberação ou de satisfação. Só se assegura. Ou se assegura a prova do fato, ou se assegura a pretensão, portanto, à prestação a ser exigida, de futuro. Não se alude à execução forçada. O que importa é a distinção entre “executar” e “assegurar”.

Pelas razões expostas, não há que se falar em antecipação de efeitos da sentença em sede de tutela cautelar. Em havendo antecipação de efeitos da sentença final já não estaremos mais diante de simples segurança, mas sim de antecipação de tutela, com satisfação. Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA retira do âmbito da tutela cautelar – o que jamais fez a doutrina italiana clássica – as medidas satisfativas, tratando-as como antecipação de efeitos da sentença final. A construção de sua teoria será melhor explicitada nos próximos itens.

2.2. A situação cautelanda como pressuposto da tutela cautelar

Segundo Ovídio BAPTISTA DA SILVA¹⁶, um dos elementos a compor o conceito de tutela cautelar é a exigência de que exista uma situação cautelanda, objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula. A inclusão deste pressuposto coloca o doutrinador em divergência com a doutrina dominante, que confunde tutela cautelar com tutela do processo e apenas indiretamente e por via reflexa podendo proteger o direito da parte. Segundo ele¹⁷, “temos constantemente insistido em que

¹⁵ In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 293.

¹⁶ In: *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 83.

¹⁷ In: *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 83.

o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da parte, ou uma pretensão ou ação, [...].”

Assim, para o doutrinador, a função da tutela cautelar é a de proteger o direito da parte – sem jamais satisfazê-lo – e não a de proteger o processo, assegurando-lhe um resultado útil.

2.3. A temporariedade¹⁸ como característica essencial da tutela cautelar

A tutela cautelar é temporária porque deve durar enquanto durar a situação de perigo a que está exposto o interesse tutelado. Ao tratar do tema, afirma Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA¹⁹ que o *“provimento cautelar igualmente deve ser temporário no sentido de que a sentença que o contém jamais poderá adquirir a indiscutibilidade que torna permanente a coisa julgada material”*.

A distinção entre provisoriedade e temporariedade também se revela essencial para Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA²⁰. A partir do momento em que concebermos a tutela cautelar como temporária e não provisória, podemos nos livrar da confusão existente no âmbito da doutrina e da jurisprudência entre tutela cautelar e tutela antecipatória²¹. O CPC (Lei 13.105/15) mantém “viva” essa confusão, a começar pelo título do Livro V (“Tutela Provisória”).

¹⁸ Neste sentido, o entendimento de Fredie DIDIER JR. et alii (In: *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivam, 2015, p. 562), *verbis*: “a tutela cautelar distingue-se da tutela satisfativa não apenas por terem elas objetos distintos (respectivamente, assecuração e certificação/efetivação), mas também porque a tutela cautelar tem duas características peculiares: a referibilidade e a temporariedade. A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela e o direito que se acautela. O direito à cautelar é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre o qual recai à tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial. Um exemplo: o arresto de dinheiro do devedor inadimplente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor. O direito de crédito é o direito acautelado: o direito à cautela é o direito à utilização de um instrumento processual que assegure o direito de crédito. A tutela cautelar, é, ainda, temporária, por ter sua eficácia limitada no tempo. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumpre sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado. Por exemplo: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente”.

¹⁹ In: *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78

²⁰ Como também para Piero CALAMANDREI.

²¹ In: *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 78.

2.4. A iminência de dano irreparável

Para Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA²², o *periculum in mora* não seria um requisito necessário à concessão da tutela cautelar, mas sim o risco de dano iminente²³. É a emergência de dano iminente que condiciona os demais pressupostos da tutela cautelar. Segundo ele, o conceito de *periculum in mora* está atrelado a concepções de natureza satisfativa. Ou seja, sempre que houver risco da demora, antecipa-se, e, conseqüentemente, haverá satisfação. Assim, a ideia de *periculum in mora* está muito mais adequada à tutela antecipada do que à tutela cautelar.

2.5. Sumariedade da cognição

A demanda que veicula a lide cautelar é dotada de cognição sumária²⁴ não apenas no ponto de vista material (conhecimento perfunctório das matérias), como também exige uma forma sumária de procedimento por via do qual ela haverá de se realizar. Obviamente que não se pode pensar uma tutela de simples segurança através de um procedimento demorado, pois a urgência é uma premissa constante e inarredável de todo o provimento cautelar.

2.6. Segurança da execução e execução para segurança

A tutela cautelar tem por objetivo assegurar a realização de direitos, o que implica em afirmar-se a existência da segurança de uma execução. Em contrapartida, a tutela antecipada implica na execução para segurança, na exata medida em que há a antecipação de efeitos, com satisfação, de modo a evitar-se o perecimento de direitos. Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA²⁵, para

²² Segundo o autor (In: *Curso de Processo Civil*, p. 42), “a locução *periculum in mora* não é correta, mas ambígua. Na verdade, a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, se não suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente. [...] Se, no entanto, estivermos a imaginar um remédio contra a demora (*periculum in mora*), provavelmente seremos levados a conceber algum meio de antecipar a proteção jurisdicional, outorgando, desde logo, a tutela que somente seria outorgada no final do procedimento ordinário”.

²³ Pontes de MIRANDA (In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 301), ao tratar do tema, leciona: “a urgência só por si não caracteriza as medidas cautelares, pois nada é mais urgente que os preceitos cominatórios [...]. Por isso mesmo, se há *periculum in mora*, iminente, há pedido da caução de dano infecto [...]; o perigo justifica a urgência; o perigo iminente, a cautela.”

²⁴ Sobre cognição vide: Kazuo WATANABE. *Da Cognição do Processo Civil*, 3ª edição, 2005.

²⁵ In: *Curso de Processo Civil*, p. 43.

compreender melhor a natureza da tutela de simples segurança (cautelar, é necessário distingui-la das formas de execução provisória, segundo produza a atividade jurisdicional como resultado de uma simples “segurança-da-execução” ou, ao contrário, seu resultado seja uma “execução-para-segurança”. Quem executa para segurança antes de mais nada executa, ao contrário de quem apenas assegura uma futura execução. Quem, ante uma situação de urgência que faça periclitar a incolumidade do direito, desde logo, o realiza, obtendo do juiz antecipadamente o mesmo resultado que somente a sentença final lhe poderia dar, se a demanda fosse procedente, não se teria limitado a obter segurança do direito litigioso, mas sua satisfação imediata, embora provisória e sujeita ser confirmada pela sentença final.²⁶

Feitas estas breves, mas necessárias considerações, o próximo capítulo tratará da aplicação subsidiária das regras sobre a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

3. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA TUTELA PROVISÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO.

A Consolidação das Leis do Trabalho é omissa acerca do tema tutela provisória. Em razão desta omissão, o artigo 769 deste respectivo diploma legal determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Do mesmo modo, o artigo 15 do Código de Processo Civil, menciona a aplicação supletiva e subsidiária deste referido diploma legal, ao Processo do Trabalho. Evidentemente, que não basta a omissão legislativa para que se aplique supletivamente a tutela provisória de urgência ao processo do trabalho, devendo também ser averiguada a respectiva compatibilidade.

Neste aspecto, em que pese a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias no âmbito do direito processual do trabalho, entendemos que a tutela provisória de urgência - tanto a cautelar quanto a antecipada – são compatíveis

²⁶ Pontes de MIRANDA (In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 295), ao tratar do tema, refere que “na principiologia das medidas cautelares ou preventivas fora da lide, o que importa é a pretensão à segurança, segundo a síntese que superou dois princípios (tese e antítese): o de que só se executa ou só se restringe poder de outrem, depois da cognição (princípio da inexecutabilidade antes de completa cognição); o de que os direitos devem ser protegidos antes e depois de violados, isto é, o princípio da tutela preventiva, que o vulgo exprime no provérbio não jurídico ‘mais vale prevenir que remediar’. A síntese compõe a pretensão à tutela jurídica preventiva, nos casos de perigo da demora (art. 675). A segurança basta-se a si mesma, se é conteúdo de ação”.

com o processo do trabalho. E isto por que um dos princípios que rege o processo do trabalho é o princípio da duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental, positivado no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal. A tutela provisória de urgência vai justamente ao encontro com este princípio respectivo, revelando-se a mesma – por esta razão – compatível com a legislação processual em matéria trabalhista. Neste sentido, o entendimento de Carlos Eduardo Oliveira DIAS²⁷, *verbis*:

O novo trato normativo das Tutelas Provisórias vem a suprir importante lacuna, disciplinando tema que era tratado na norma anterior com um regramento distinto. A eliminação da autonomia da ação cautelar e sua conjugação com a disciplina da tutela antecipada vão ao encontro das diretrizes desformalizantes e instrumentalistas que se espera no atual contexto metodológico.

Esse panorama vai ao encontro das estruturas fundantes do processo do trabalho, de modo que, feitas algumas adequações conceituais e realizadas adaptações procedimentais, os dispositivos relacionados ao tema são compatíveis com o processo laboral e devem a ele ser aplicados.

A respeito do tema, inclusive, a Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, determinou a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da tutela provisória prevista no CPC/15.

Não é demasiado referir, que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem já demonstrava há mais de 50 anos, a importância de que o julgamento das causas judiciais fosse dotado de mecanismos que permitissem uma demora que não ultrapassasse aquela estritamente necessária, nos exatos termos do art. 6º § 1º, *verbis*: “*Diritto ad un processo equo. 1. Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole*”. O art. 34 desse mesmo texto legal prevê a possibilidade de recurso de qualquer cidadão, organização não governamental ou empresa privada, em decorrência de infração de qualquer direito nele reconhecida, bem como estabelece que os Estados não devem obstaculizar o exercício dessa opção. Esses dispositivos legais, combinados com o artigo 41, abriram a possibilidade de os cidadãos pleitearem diretamente junto à Corte Europeia indenização decorrente dos prejuízos advindos da duração exagerada do processo na Itália²⁸.

²⁷ In: As tutelas provisórias no processo do Trabalho. *Revista TST*, Brasília, Vol. 82, n. 2, abr/jun/2016, p. 83-11.

²⁸ Neste sentido: Andréa SACCUCCI, “In tema di durata ragionevole dei processi”. *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 215.

Ademais, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias no âmbito do processo do trabalho não é obstáculo para a aplicação da tutela provisória de urgência – antecipada ou cautelar, em caráter antecedente ou incidente -, tendo em vista a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra ato judicial. Neste sentido, o entendimento de Maria Cláudia FELTEN²⁹:

Em se tratando do deferimento da tutela antecipada antecedente que a não interposição de agravo de instrumento, ou qualquer outro recurso cabível, ensejaria a estabilização da tutela, como ficaria no Processo do Trabalho? A jurisprudência criou a figura do mandado de segurança, que não é recurso, e sim, remédio processual (Súmula 414, inciso II do TST) para o caso de concessão da tutela antecipada antes da sentença. Portanto, o réu teria que impetrar mandado de segurança para não ver a tutela estabilizada?

.....
Não obstante os posicionamentos citados, a impugnação do deferimento da tutela antecedente via mandado de segurança é a forma mais apropriada, uma vez que é impetrado quando o prejuízo é muito grave, em que não há como aguardar a decisão definitiva para recorrer. A estabilização da tutela é um prejuízo irreversível, que somente o protesto não resolveria, pois ela se manteria.

Pelas razões expostas, entendemos que a tutela provisória de urgência, prevista no Código de Processo Civil de 2.015 é compatível com o processo do trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao adotar a concepção de Piero CALAMANDREI de provisoriedade de qualquer provimento prolatado em sede de tutela de urgência, repete os equívocos do legislador, já existentes no CPC/73. Ou seja, a velha discussão sobre a existência (ou não) das denominadas cautelares satisfativas persiste, considerando que a expressão “provisoriedade” tem incluída no seu interior a ideia de antecipação e, consequentemente, satisfação.

Por outro lado, a inexistência de autonomia procedimental da lide cautelar no CPC (Lei 13.105/15) e, consequentemente, o não reconhecimento de uma situação cautelanda, é outro dos grandes problemas da nova legislação, considerando a

²⁹ In: Revista de Direito do Trabalho, ano 53, Vol. 177, maio/2017, p. 39-56.

inexistência de previsão legal para direitos onde a tutela cautelar prescinde de um pedido principal ou ainda para direitos cujo pedido principal não será processado de acordo com o procedimento comum, estabelecido como regra para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Tendo em vista que um dos princípios basilares do direito processual do trabalho é a duração do processo dentro de um prazo razoável como direito fundamental, entendemos ser a tutela provisória de urgência, prevista no Código de Processo Civil compatível com o processo do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIETA, Giovanni. *I Provvedimenti d 'urgenza*. Cedam-Padova, 1985.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva*. Revista AJURIS n. 72.
- _____. *Curso de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Curso de Processo Civil*. Vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Curso de Processo Civil*. Vol 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- BUONCRISTIANI, Dino. *Sistema dei referes: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pré-giudizio*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Jun. 2006.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- _____. *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Milão: Cedam, 1936.
- _____. *Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil*. *Estudios de derecho procesal civil*.
- CARPI, Federico. *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 2, p. 471-91, giugno. 1989.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Traduzido por S. Sentis Melendo, 1971
- _____. *Diritto e Processo*. N. 241. Morano, 1958.
- _____. *Sistema del diritto processuale civile*, 1936.
- CHIARLONI, Sérgio. *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del proceso civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1991.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Pulo: Ed. Saraiva, 1945.
- CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*. *Il giusto proceso civile*. Bari, n. 1/2006.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. Bologna: Il. Mulino, 2005.
- CONIGLIO, Antonino. *Il sequestro giudiziario e conservativo*. Milano: Giuffrè, 1949.
- COREA, Ulisse. *Autonomia Funzionale della Tutela Cautelare Anticipatoria*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, out-dez 2006.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. As tutelas provisórias no processo do Trabalho. *Revista TST*, Brasília, Vol. 82, n. 2, abr/jun/2016, p. 83-11.
- DONNE, Clarice Delle. *Il difficile cammino della parità delle armi e dell'effettività della tutela nel processo cautelare: il caso dei provvedimenti di ripristino*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, mar. 2006.
- FELTEN, Maria Cláudia. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 53, Vol. 177, maio/2017, p. 39-56.
- GHIRGA, Maria Francesca. *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Jul-Set. 2005.
- GRECO, Leonardo. *Desvendando o Novo CPC*. In: RIBEIRO, Darci Guimarães e JOBIM, Marco Félix (org). *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 111 a 137.
- LOPES, João Batista. *Medidas Cautelares Inominadas*. *Revista dos Tribunais* n. 605.
- MARINUCCI, Elena. *La Stabilità dei Provvedimenti Cautelari in Materia di Proprietà Intellettuale ed Industriale allá Luce del D.LGS N. 140/2006*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, jan.-fev. 2007.
- MASSARI, Hildegard. *La stabilità del Provvedimento Cautelare nel Processo Civile Tedesco*. *Rivista*
- MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. 2. 4 ed. Padova: Cedam, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- QUERZOLA, Leo. Tutela cautelare e dintorni: contributo allá nozione di 'provvedimento anticipatorio'. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Set. 2006
- TARZIA, Giuseppe. *Il processo cautelare*. 2 ed. Padova: Cedam, 2004.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. *Revista do Tribunal Regional Federal – 4a Região*. Porto Alegre, a. 17, n. 62, 2006.

LA REFORMA LABORAL DE LAS CONTRATAS EN ESPAÑA

Jesús Lahera Forteza¹

ABSTRAC

Se está planteando en la actualidad una importante reforma laboral de las contratas en España. Este análisis explica el contexto y las claves de este planteamiento de reforma, y valora su contenido con posibles alternativas. El estudio puede ser útil para la aproximación de cambios en la terciarización de Brasil

1. CONTEXTO Y CONTENIDO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL ART.42 ET

La Proposición de Ley de modificación del régimen jurídico laboral de las contratas del art.42 ET, presentada por el PSOE y publicada en el Boletín Oficial Congreso 9 Septiembre 2016 (en adelante PLCT), hay que contextualizarla en un marco muy parecido a lo sucedido con las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante ETT) en los años noventa.

En la reforma laboral de 1994 (Ley 14/1994, LETT) se legalizaron las ETT sin ninguna equiparación de salarios y condiciones laborales entre trabajadores de la empresa usuaria y trabajadores de la ETT. Ello motivó en su día enormes desigual-

¹ Profesor Titular Derecho Trabajo, Universidad Complutense Madrid. jesuslahera@cps.ucm.es.

dades y abusos en el uso de las ETT, con diferencias salariales abultadas entre trabajadores de plantilla de empresa usuaria y trabajadores en misión en los mismos puestos de trabajo.

En 1999 (Ley 29/1999) se corrige, en parte, esta situación, porque la LETT equipara los salarios de trabajador ETT y empresa usuaria aplicando a los trabajadores en misión el convenio colectivo aplicable en empresa usuaria (art.11 LETT). En 2010 (Ley 35/2010), que desarrolla la directiva europea 2008/14, esta equiparación se extiende a las denominadas condiciones laborales esenciales, siendo aplicable en ellas, en los trabajadores en misión, el convenio colectivo aplicado en empresa usuaria (art.11 LETT).

El debate actual de las contratas y empresas multiservicios parte de esta experiencia de las ETT. Se han detectado en los últimos años desigualdades enormes entre salarios y condiciones laborales de trabajadores propios y de empresas contratistas y subcontratistas. Las diferencias laborales entre trabajadores internos y externos – provenientes sobre todo de empresas multiservicios – han terminado por originar un debate muy similar al planteado en su día en las ETT².

A ello se une la alta precariedad de las empresas contratistas y de servicios que conectan, como permite desde hace dos décadas la jurisprudencia, contrato temporal por obra con cada contrata y la ausencia práctica de responsabilidades de las empresas principales en el art.42 ET, salvo la interpretada por la jurisprudencia de manera restrictiva, “*propia actividad*”, ceñida a salarios y seguridad social.

El problema se agrava, desde 2012 (Ley 3/2012), con la prioridad imperativa del convenio colectivo de empresa, sobre el sectorial, en salarios y condiciones laborales esenciales establecida en el art.84.2 ET. Las empresas contratistas, en especial las multiservicios, han pactado desde la reforma laboral 2012, en ocasiones, convenios colectivos de empresa de baja calidad que devalúa los salarios de los trabajadores. La externalización de actividad origina, por ello, a veces, que trabajadores internos pasen a ser externos cobrando mucho menos salario.

La suma de temporalidad contractual, desigualdad laboral, falta de responsabilidad de la empresa principal y salarios bajos explica el tratamiento doctrinal y debate sobre esta precarización en el empleo³. Asuntos mediáticos, como las cama-

² LOPEZ BALAGUER,M, “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral* 2016, nº110

³ VICENTE PALACIO,A, *Empresas multiservicios y precarización en el empleo*, Atelir, 2016; ESTEVE SEGARRA,A, *Externalización laboral de empresas y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

reras de piso en hoteles – con el movimiento reivindicativo de “las Kellys” - o los vigilantes de seguridad de aeropuertos – que protagonizaron huelgas de gran impacto social-, reflejan esta realidad. Todo ello ha potenciado el debate sindical, político y social⁴, hasta desembocar en esta iniciativa legislativa en tramitación parlamentaria.

2. EL CONTENIDO INICIAL DE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL ART.42 *et*

La PLCT, en su versión inicial presentada por el PSOE, gira en torno a dos cuestiones.

La primera, la propia definición de la noción de **propia actividad** del vigente art.42 ET en contratas que implica responsabilidad solidaria salarial y seguridad social: *“cuando se corresponda con todas o algunas de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga por parte del contratista la aportación de mano de obra que desarrolle funciones profesionales que tienen relación directa con estas actividades principales y nucleares”*

La segunda, el logro de la **equiparación salarial y laboral en estas contratas de propia actividad** : *“las empresas contratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados durante la contrata durante el tiempo que presten servicios las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio que fuese de aplicación en empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal ... se considerarán condiciones laborales esenciales la remuneración, cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo, descanso, igualdad, maternidad, lactancia y paternidad, riesgos laborales”*

Del lado del concepto de propia actividad, la PLCT es continuista en la utilización de esta delimitación entre contratas, aunque intenta ampliar su radiación con una definición bastante imprecisa. Las actividades principales o nucleares de un ciclo productivo, absorbiendo todas las funciones profesionales con relación directa, pueden conectarse con las actividades inherentes o indispensables manejadas por la jurisprudencia. Pero esta opción abre un campo, incluso, de mayor imprecisión e inseguridad jurídica, desplazando el debate a lo nuclear y lo accesorio en una empresa. La responsabilidad solidaria en contratas de propia actividad, por el contrario, no es ampliada respecto a la regulación vigente del

⁴ Ver el influyente informe de UGT sobre empresas multiservicios, 2016, disponible en su web

art.42 ET, como tampoco es alterado el régimen jurídico de responsabilidades de contratas fuera de la propia actividad.

Del lado de la equiparación salarial y laboral, la técnica inicial es muy similar a la empleada en las ETT, lo que confirmaría la contextualización antes presentada. La remisión de los salarios y condiciones laborales esenciales de los trabajadores de contratas de propia actividad al convenio colectivo aplicable en empresa principal es muy similar a la técnica utilizada en las ETT con una terminología idéntica. Pero el empleo de esta remisión no es tan sencillo como en las ETT, donde personal externo en misión ocupa puestos de trabajo normalmente previstos en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria. Faltan matices técnicos en la anhelada equiparación laboral. Además, la restricción de la equiparación a contratas de propia actividad tiene un alcance muy limitado, que no soluciona, precisamente, los problemas en actividades accesorias y empresas de servicios normalmente dedicadas a tareas que no pertenecen al núcleo del ciclo productivo.

3. PUNTOS CLAVE DE LAS ENMIENDAS EN EL TRÁMITE PARLAMENTARIO

La PLCT fue admitida a trámite parlamentario y ha recibido, hasta ahora, importantes enmiendas de los grupos parlamentarios (Boletín Oficial Congreso 3 Mayo 2017).

La definición común de contrata, al margen de ser o no de propia actividad, es una novedad, de inicio, en las enmiendas. Los elementos exigidos en las empresas contratistas aparecen en la enmienda 21 del grupo parlamentario CIUDADANOS, recopilando los indicadores jurisprudenciales clásicos de organización productiva propia de la empresa, medios, riesgos empresariales y ejercicio de poderes frente al personal. De igual modo, la enmienda 2 de PODEMOS y 27 del PSOE contraponen las contratas legales con las prohibidas cesiones ilegales del art.43 ET, al afirmar que *“el objeto del contrato de obra o servicio entre las empresas no puede tener como elemento esencial la aportación de mano de obra”*.

Pero la enmienda más significativa (enmienda 27) la hace el propio PSOE que prácticamente cambia su iniciativa legislativa inicial, dividiendo las contratas en propia actividad y fuera de la misma, con una definición distinta a la presentada en el PLCT.

En esta versión, **propia actividad de una empresa** son *“todas aquellas actividades inherentes al objeto social de la empresa, así como aquellas necesarias*

para la organización y realización del trabajo en función de los criterios que se establezcan en la negociación colectiva” y ... “cuando la empresa realiza encargo para Administración Pública, todas aquellas actividades inherentes a las competencias que ejerzan y servicios que deban prestar, así como aquellas actividades complementarias que la negociación colectiva determine”. Se maneja un concepto de mayor aproximación jurisprudencial, actividad inherente, y se otorga a la negociación colectiva, prácticamente, la configuración jurídica en sectores y empresa de la noción de propia actividad entroncada en el art.42 ET. Quedan **fuera de las contrata de propia actividad** todas aquellas que presten actividades no inherentes a la empresa y extramuros de la delimitación de la negociación colectiva.

Con esta división, se procede a atender ambas realidades de contrata en un renovado art.42 ET, con la misma línea que inspiraba el PLCT de equiparación laboral entre trabajadores de la empresa principal y de la empresa contratista y subcontratista.

Así, en las **contratas de propia actividad**, *“a los trabajadores que prestan servicio en la contrata o subcontrata les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa principal, salvo que las condiciones laborales del propio convenio fueran equivalentes... sin perjuicio de la aplicación, del convenio de empresa si lo hubiera, más favorable o en ausencia de los convenios señalados”*. La equiparación en estas contrata es total – ya no se mencionan ni salario ni condiciones laborales esenciales- con la referencia del convenio colectivo de la empresa principal, con la salvedad de aplicar convenio propio si existe equivalencia. Los trabajadores de las contratistas y subcontratistas que prestan propia actividad se integrarían en el régimen convencional de la empresa principal sin excepciones. Y sólo la negociación colectiva en su empresa podría mejorar las condiciones laborales de las empresas principales. En tal caso, resultará aplicable el convenio colectivo de empresa más favorable para el trabajador.

Mientras que, en **contratas fuera de propia actividad**, *“el convenio colectivo será el de sector de la actividad ejecutada en la contrata, sin perjuicio de la aplicación del convenio de empresa si lo hubiera, más favorable o en ausencia de los convenios señalados”*. La remisión en estos supuestos es al convenio colectivo sectorial de la actividad ejecutada en la contrata, lo que crea un suelo total laboral sectorial, salvo que el convenio de empresa mejore las condiciones laborales. En tal caso, resultará aplicable el convenio colectivo de empresa más favorable para el trabajador.

El salto de la propuesta inicial a esta versión es evidente. La equiparación laboral es total, sin matices, y se aplica en contratas de propia actividad, con la referencia del convenio aplicado en la empresa principal, y en el resto, con la referencia del convenio colectivo sectorial.

Pero el cambio del propio PSOE en su propuesta no se detiene allí. Porque se intensifica un sistema de responsabilidades laborales inédito en las contratas del art.42 ET. Sobre la misma división antes analizada se propone lo siguiente.

En **contratas de propia actividad**, *“el empresario principal responde solidariamente de todas las obligaciones laborales y de seguridad social ... en obligaciones nacidas durante la vigencia de los respectivos contratos, respecto de los trabajadores afectos a la contrata, y se mantiene mientras persista la obligación”*. La extensión de solidaridad de salarios y seguridad social a todas las obligaciones laborales originadas durante la vigencia de la contrata, supone un claro endurecimiento del sistema de responsabilidades de la empresa principal en este tipo de contratas.

En **contratas fuera de propia actividad**, *“estas responsabilidades tendrán carácter de subsidiarias”*. En el resto de contratas, aparece, también con carácter general laboral y sin distinción, una responsabilidad subsidiaria.

La iniciativa genera, en definitiva, dos escenarios:

- **Contratas de propia actividad** (recoge la tesis jurisprudencial de inherencia a ciclo productivo pero amplía a necesarias por vía negociación colectiva): equiparación total laboral a convenio colectivo aplicable a la empresa principal, ya de empresa o sectorial, y responsabilidad solidaria total laboral de ambas empresas principal y contratista.
- **Contratas fuera propia actividad** (en contraposición con definición anterior): equiparación total laboral a convenio colectivo sectorial aplicable en la actividad ejecutada y responsabilidad subsidiaria total laboral.

En ambos escenarios, la negociación colectiva de empresa queda limitada establecer condiciones más favorables y por encima de estos convenios colectivos aplicables.

Ambos escenarios se complementan con la enmienda 2 de PODEMOS, que amplía el espectro de las contratas de propia actividad, introduciendo no sólo las indispensables sino también las necesarias para la empresa. Esta ampliación de definición contrasta, sin embargo, con la utilización de la técnica de condiciones

esenciales laborales frente a una equiparación total en las enmiendas 2 y 3 de este grupo parlamentario. Con este matiz, las técnicas son idénticas a las empleadas en la enmienda 27 del PSOE, tanto en equiparación convencional como en endurecimiento de las responsabilidades.

4. VALORACIÓN

El escenario político de la PLCT es esencialmente éste, en estos momentos, en espera de la presentación de la ponencia, las posibles enmiendas pactadas entre grupos parlamentarios y votación en pleno, para que transcurra su camino parlamentario hasta una posible Ley final. El cambio planteado es de un enorme calado laboral.

De una práctica diferencia salarial y laboral entre trabajadores de empresa principal y contratistas se pasa a una equiparación total, tanto en propia actividad, con la referencia de la principal, como en el resto de contratas, con el suelo sectorial de la actividad.

De un sistema muy delimitado de responsabilidades de las empresas principales se pasa a una solidaridad total en contratas de propia actividad y a una subsidiariedad total en el resto de contratas.

La PLCT implica un cambio de concepción jurídica de la contrata y da un salto cualitativo inédito hasta ahora⁵. Porque la mera contrata mercantil implica una extensión de responsabilidades y una igualdad de condiciones laborales que, por mandato legal, configuraría su contenido. Si la iniciativa prosperara, las condiciones de todas las contratas cambiarían sustancialmente porque los costes de deberían adaptar a una equiparación laboral total y a una responsabilidad solidaria absoluta, o, si no es propia actividad, subsidiaria, de todas las condiciones salariales y laborales.

Esta opción tan radical suscita serias dudas técnicas y económicas.

Técnicamente, tiene una enorme dificultad asumir que firmar una contrata mercantil con una empresa implica estas consecuencias sin pacto entre las partes. La negociación colectiva de empresas principales establece condiciones laborales de terceras empresas, que no participan en la negociación; representantes de trabajadores determinan condiciones de terceros, ajenos a su ámbito

⁵ GOMEZ ABELLEIRA, J., "El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial", *Derecho de Relaciones Laborales* 2017, nº11, p1071-1072.

de representación. Queda cuestionado todo el sistema de legitimación negocial y de fuentes de regulación del trabajo. Por su parte, la extensión tan amplia de responsabilidades deja en entredicho las existentes en las cesiones ilegales del art.43 ET. Al devaluarse la cesión ilegal, porque los mecanismos sancionadores de extensión de responsabilidades se diluyen, se termina incentivando esta práctica prohibida.

En segundo lugar, teniendo en cuenta, que buena parte del tejido productivo está externalizado y que miles de empresas desarrollan sus trabajos en el mercado a través de contratas y subcontratas las consecuencias económicas, y en términos de empleo, serían imprevisibles. Es normal preguntarse qué incentivos tendría una empresa principal para subcontratar cuando tendría que partir de los mismos costes laborales – convenio aplicable en principal, convenio sectorial – que si no externalizará la actividad y cuando su responsabilidad sería equiparable, con matices, en contratas fuera de propia actividad, a las existentes con un trabajador propio. De igual modo, es normal preguntarse qué márgenes económicos tendrían las contratistas y subcontratistas con estas equiparaciones convencionales totales, por no mencionar las dificultades de gestión del personal aplicando convenios colectivos extraños a su unidad convencional. Si las repuestas son, con cierta lógica, que los incentivos para subcontratar son nulos y los márgenes económicos de las empresas contratistas son muy escasos, se podría afirmar, en hipótesis, que esta PLCT implicaría la práctica desaparición de sectores sostenidos por las externalizaciones de actividad y de todo el sector multiservicios.

En fin, la iniciativa de la PLCT tiene el mérito de ofrecer soluciones al problema, real, de ciertos desequilibrios salariales y laborales entre trabajadores de empresas principales y contratistas y subcontratistas, pero está, con su radicalidad, poco meditada en sus efectos, que podrían ser contraproducentes, tanto jurídicamente, como en la penalización de sectores esenciales de nuestra economía y en el empleo.

5. ALTERNATIVAS

Por ello, asumiendo que existe este problema real, que atiende la PLCT, cabe plantear alternativas más moderadas en su solución, que pudieran, por ello, ser consensuadas entre amplias mayorías parlamentarias capaces de conjugar la protección del trabajador con el incentivo económico y el impulso al empleo.

5.1 Reforma del art.42 ET desde la referencia de la Ley 9/2017 de contratos públicos y de la Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal

La primera opción es acoger en la equiparación salarial el modelo de la reciente Ley 9/2017 de contratos públicos (en adelante LCP) en las equiparaciones convencionales y en responsabilidades empresariales la referencia de la LETT.

En las contrataciones públicas, los arts.101.2, 102.3 y 122.2 LCP obligan a las empresas contratistas o concesionarias a pagar los salarios de los convenios colectivos sectoriales aplicables. El art.122.2 CP afirma, así, claramente que los pliegos administrativos en licitaciones de contratos públicos obligarán *“al adjudicatario a cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”*. El contrato público, que se debe ajustar al contenido del pliego administrativo (art.112.4 LCP), incorpora esta obligación laboral, que matiza, en las cuantías salariales, la prioridad aplicativa del convenio de empresa del art.84.2 ET. Pues bien, esta técnica se puede utilizar en la reforma de las contrataciones del art.42 ET. No haría falta, creo, diferenciar entre propia actividad y fuera de propia actividad, a efectos de aplicar convenio de principal o sectorial, siendo más directo y sencillo declarar lo siguiente : *“en cualquier contrata el contratista se obliga a cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”*. De este modo se asegura, en cualquier externalización de actividad, el suelo salarial sectorial, evitando los desajustes detectados por la prioridad del convenio de empresa, a la vez que se mantiene en el resto de materias la aplicación del convenio colectivo de empresa. Y esta solución clara evita provocar los problemas de organización del trabajo derivados de aplicar el convenio de la empresa principal o, en su caso, si existe negociación colectiva empresarial, sectorial.

En las ETT, el art.16 LETT establece una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria en salarios, seguridad social e indemnizaciones de los trabajadores en misión. La reforma del art.42 ETT podría incluir el mismo criterio en las empresas principales con la siguiente declaración: *“en cualquier contrata la empresa principal será responsable subsidiario de los salarios, la seguridad social y las indemnizaciones de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas”*. De este modo, en estas materias, la responsabilidad directa es de la empresa contratista y, sólo ante casos de insolvencia, se desplaza la responsabilidad a la empresa contratante. Así se asegura, en todo caso, que los trabajadores de las empresas contratistas cobren sus salarios e indemnizaciones, y sean cumplidas las obligaciones

de seguridad social. El control de las empresas principales sería mayor, para evitar costes, y el mercado favorecería a las contratistas y subcontratistas cumplidoras frente a los que no lo son. La responsabilidad solidaria sólo aparecería en cesiones ilegales, tal como está previsto en el art.43 ET, que es lo que sucede con las ETT también cuando el contrato de puesta a disposición es ilícito.

Esta propuesta de reforma del art.42 ET elimina, además, la diferencia entre contratas de propia actividad y fuera de propia actividad, que es una cuestión que genera enorme inseguridad jurídica y muchos pleitos. Todas las contratas son tratadas igual – y sus trabajadores en consecuencia también sin divisiones de primera y segunda clase – con estos dos efectos: equiparación salarial sectorial y responsabilidad subsidiaria en salarios, seguridad social e indemnizaciones. Otra opción dentro de la misma vía es mantener esta diferencia y exigir responsabilidad solidaria en contratas de propia actividad, como hasta ahora, y subsidiaria en el resto⁶.

5.2 Una ley laboral específica de empresas multiservicios

La segunda vía es elaborar una ley laboral específica de empresas multiservicios equiparable, con singularidades, a la LETT. Si los problemas reales se han detectado en las empresas multiservicios, la solución puede ser específica, sin tener que alterar por ello el régimen jurídico de las contratas del art.42 ET⁷.

Esta opción plantea, de inicio, cómo definir legalmente empresas multiservicios. Hay que partir de las diferencias que hay entre una empresa de trabajo temporal (ETT) y una empresa contratista de las empresas multiservicios. Las ETT, en el marco de su legislación específica, ceden trabajadores temporales a empresas usuarias con contratos de puesta a disposición, siendo una excepción a la prohibición de cesión ilegal de trabajadores del art.43 ET. Por tanto, en ningún caso, las empresas multiservicios pueden ceder trabajadores a otras empresas, porque si lo hacen cometen cesiones ilegales del art.43 ET; de ahí que sea importante subrayar que estas empresas tienen los rasgos esenciales de la definición de contratista presentes en la jurisprudencia y recogidos en la enmienda 21 de CIUDADANOS en la PLCT.

⁶ Propuesta que defiende FALGUERA BARO, M.A., *La externalización y sus límites*, Bomarzo, Albacete, 2015, p.99-100, bien que con una definición muy extensa de propia actividad sustentada en lo no accesorio y accesorio

⁷ Propuse esta posible vía en LAHERA FORTEZA, J., “Un nuevo marco laboral para los multiservicios”, *Cinco Días-El País economía*, 20 Septiembre 2017

Una empresa contratista tiene una actividad principal que desarrolla bajo contrata o subcontrata a empresas contratantes, tanto en sector privado como público. La singularidad de las empresas multiservicios es que no tienen una actividad principal sino que desarrollan actividades diversas que ejecutan a través de contrata y subcontrata con otras empresas, tanto en sector privado como público. Su objeto social es muy variado puesto que, como su propia denominación indica, desarrollan distintas actividades como limpieza, seguridad, mantenimiento de edificios, mensajería, fotocopias, servicios informáticos, transporte, hostelería, catering etc.... Otra característica de estas empresas es la importancia de la mano de obra en la prestación de estos servicios, siendo el objeto esencial de la contrata, normalmente, la mano de obra, como confirma la jurisprudencia europea y española de sucesión de plantillas en sucesión de contrata de servicios. Por tanto, la definición viene determinada por este objeto social variado.

La definición legal de empresas multiservicios tendría así tres aspectos:

1º Los elementos de una empresa contratista con indicadores de organización productiva propia, medios, riesgos empresariales y ejercicio de poderes empresariales frente a su personal

2º Su diferenciación con las ETT puesto que se les aplica el régimen jurídico de prohibición de cesión ilegal, de tal modo que su actividad no puede ser el mero prestamismo laboral o la cesión de mano de obra a otras empresas sin cumplir los indicadores de una empresa contratista

3º Su objeto social no es una actividad principal sino la prestación de actividades variadas a otras empresas con la celebración de contrata y subcontrata donde, normalmente, el elemento esencial es la mano de obra, sin perjuicio del cumplimiento de los indicadores de cualquier empresa contratista

La acumulación de estos tres criterios podría definir legalmente las empresas multiservicios. Puesto que se les aplicaría un régimen jurídico laboral específico sería conveniente crear un registro público de empresas multiservicios, con la obligación de registro y acreditación, en un plazo transitorio razonable, de cualquier empresa contratista que cumpliera estos tres criterios. Esta medida añadiría seguridad jurídica a la aplicación de la reforma. Sería similar a lo previsto en el art.4.2.b y 6 de la ley 32/2006 de subcontratación en construcción: un registro público de empresas acreditadas de multiservicios⁸

⁸ En este sentido, FALGUERA BARO, M.A., *La externalización y sus límites*, cit, p.108.

A partir de esta delimitación, las medidas a plantear podrían ser tres, en sintonía con la primera de las vías abiertas.

La primera, exigir en las empresas multiservicios aplicar las condiciones salariales de los convenios colectivos sectoriales aplicables, aclarando que por cada actividad realizada se aplica el convenio colectivo sectorial correspondiente del lugar de prestación de servicios.

La segunda, establecer una responsabilidad subsidiaria en salarios, indemnizaciones y seguridad social de la empresa principal que contrate con una empresa multiservicios. Hay que tener en cuenta que si existe cesión ilegal, la empresa multiservicio y contratante caen ya en el art.43 ET, que establece responsabilidad solidaria total laboral y de seguridad social. Se podría también utilizar la técnica de la ley 32/2006 de subcontratación en construcción que, en su art.7.2, establece responsabilidad solidaria si se contrata con empresas multiservicios que no cumple los requisitos legales o no está en registro público de empresas acreditadas.

La tercera, delimitar la legitimación negocial de convenios colectivos de empresas multiservicios a las secciones sindicales, con mayoría de representantes unitarios, o, directamente, a las federaciones sindicales.

Con estas tres medidas, se asegura un suelo convencional sectorial, se implica a la empresa principal en el control de obligaciones laborales de la empresa multiservicios y se sindicaliza la negociación colectiva de empresa potenciando una mejor representación de intereses de los trabajadores. El mercado favorecería a las empresas multiservicios cumplidoras y que no actúan con bajo coste salarial, sin castigar ni penalizar tampoco excesivamente por ello la externalización de servicios. El modelo, inspirado en la LETT, logró estos objetivos en el sector de las ETT, y lo podría lograr en el sector de las multiservicios.

5.3 El replanteamiento de la prioridad salarial del convenio colectivo de empresa del art.84.2 ET

Otro posible enfoque de este problema es descartar una reforma del art.42 ET y afrontar un posible replanteamiento de la prioridad salarial del convenio colectivo de empresa del art.84.2 ET, diagnosticado como causa principal de los desajustes en las empresas contratistas apuntados de inicio. La corrección del art.84.2 ET en salarios podría desactivar parte del problema, aún asumiendo una nueva medida aplicada con carácter general.

Podría ser interesante, en este sentido, recuperar la idea presente en el el pacto CIUDADANOS y Psoe de la efímera legislatura de 2016, y reformar el art.84.2 ET excepcionando la prioridad del convenio colectivo de empresa en salario base. Así, incluso, se podría establecer la prioridad del convenio colectivo de empresa en todas las materias salvo en salario base, dejando exclusivamente la retribución variable al ámbito convencional empresarial. Ello establecería un suelo de salarios base sectoriales en el que operarían todas las contratas.

O si se quiere mantener el problemático reparto de materias del art.84.2 ET cabría suprimir la cuantía del salario base y mencionar exclusivamente los complementos salariales en el apartado a, como propone la enmienda 18 del grupo parlamentario mixto (PDCAT)

5.4 Hay alternativas

Tanto la primera vía – una reforma de las contratas del art.42 ET en los términos planteados – como la segunda vía – una nueva ley laboral de empresas multiservicios – como la tercera variable – eliminar la prioridad del convenio de empresa del salario base - son opciones viables y, creo, equilibradas entre lo social y en lo económico.

En fin, hay alternativas a la excesivamente radical PLCT, que pueden conseguir, de otro modo, y con mayores equilibrios, con mayor moderación en definitiva, fines sociales que solucionan los problemas reales laborales detectados en las contratas.

A DISPENSA COLETIVA E A (DES) NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO PRÉVIA

*Juliano Gianecchini Fernandes¹
Mérilan de Deus Bitencourt²*

RESUMO

Diante da alteração legislativa ocorrida na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017, o presente trabalho visa analisar a modificação realizada pelo art. 477-A, o qual estabeleceu nova regra para as dispensas, inclusive quanto às coletivas. O presente estudo busca abordar o despedimento coletivo no ordenamento jurídico brasileiro a partir do posicionamento dos Tribunais, bem como da legislação aplicada. Ainda, será analisado o art. 477-A da Lei n. 13.467/2017, no que diz respeito à dispensa coletiva, em especial, a desnecessidade de negociação coletiva, bem como se o referido artigo está de acordo com os princípios constitucionais e trabalhistas e as normas internacionais. Além de ser verificado se a alteração legislativa causa prejuízos aos trabalhadores.

Palavras-chave: Lei n.13.467/2017. Dispensa coletiva. Posicionamento Jurisprudencial Brasileiro. Negociação Coletiva.

¹ Advogado, Mestre em Direito; Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho; Professor na Graduação e Pós-graduação. Membro da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho – ASRDT titular da Cadeira nº 16. Pesquisador acadêmico.

² Advogada, Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Pesquisadora Acadêmica.

ABSTRACT

This article aims to analyze the changes that labor law reform made in labor standards, particularly article 477-A of Consolidation of Labor Law. The paper aims to analyze the collective dismissal regulations. It will examine the Brazilian Courts positioning on collective dismissal as well as the applied legislation. In addition to that, the paper will analyze article 477-A of Consolidation of Labor Law by displaying the changes, especially the collective dismissal and the collective negotiation exemption. Moreover, the paper will verify whether article 477-A of Consolidation of Labor Law is in accordance with labor Brazilian standards and international norms and if the legislative modification diminishes workers' rights.

Key-words: Labor reform. Collective Dismissal. Brazilian Courts Placement. Collective Negotiation.

INTRODUÇÃO

O legislativo aprovou em 13 de julho de 2017 a Lei n. 13.467/2017 que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho. O objetivo da referida lei é a adequação da legislação trabalhista às novas relações de trabalho. Um dos novos artigos acrescentados à Consolidação das Leis do Trabalho foi o art. 477-A da Lei n. 13.467/2017. Desse modo, ante a realidade de mudanças na legislação trabalhista, o presente estudo demonstrará se o novo artigo está em consonância com os princípios constitucionais e as normas internacionais. Ainda, será abordado o posicionamento dos Tribunais do Trabalho brasileiros acerca do despedimento coletivo, sendo analisado o caso paradigma. Ao final do presente estudo, visa-se verificar se o que está proposto no art. 477-A da Lei n. 13.467/2017 é (des) necessário para o despedimento coletivo.

1 REGULAMENTAÇÃO DA DISPENSA COLETIVA

Antes da reforma trabalhista, a dispensa coletiva não era regulamentada no Brasil, apenas se tinha posicionamento jurisprudencial a respeito em razão das mais de quatro mil dispensas realizadas pela empresa Embraer em 2009.³ O *leading case*

³ MELO, Raimundo Simão de. **Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 11 de mai. 2018.

era usado como base para as demais dispensas coletivas até a elaboração da Lei n. 13.467/2017, pois essa disciplinou novas normas no tocante a dispensa coletiva.⁴

Na Consolidação das Leis do Trabalho havia apenas uma breve referência ao despedimento coletivo no art. 165 da CLT.⁵ Assim, os Tribunais Brasileiros tiveram que se posicionar sobre o despedimento coletivo a partir da provocação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região quando da dispensa em massa perpetrada pela empresa Embraer. O caso foi usado como parâmetro para o direito coletivo brasileiro, sendo então considerado um *leading case*.⁶

O *leading case* iniciou com a propositura do Dissídio Coletivo no Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região alegou na exordial que o despedimento coletivo praticado pela empresa feriu o direito à informação, pois não houve negociação coletiva com o sindicato da categoria, não sendo discutidos meios alternativos às dispensas. Assim, o sindicato apontou violação aos art. 1º, III e IV, art. 5º, XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI todos da Constituição Federal. Também asseverou que a Convenção n.98 e as Recomendações n.94 e 193 da OIT foram violadas, bem como os art. 187 e 422 do Código Civil. Ainda, postulou em sede de liminar que as demissões fossem suspensas. O Egrégio Tribunal concedeu a liminar requerida pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região suspendendo os desligamentos até a audiência de conciliação.⁷

Quanto ao mérito, o sindicato postulou a declaração de nulidade dos despedimentos coletivos efetuados sem a realização de negociação coletiva prévia. Ato contínuo, foi realizada audiência de conciliação, na qual foram apresentadas as propostas de acordo pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, quais sejam, suspensão dos contratos dos obreiros que sofreram a dispensa coletiva por um período de 12 meses, com intuito de qualificação profissional, conforme

⁴ MELO, Raimundo Simão de. **Dispensa coletiva antes e depois da reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/reflexoes-trabalhistas-dispensa-coletiva-antes-depois-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 11 de mai. 2018.

⁵ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

⁶ MARTINEZ, Luciano. **Entenda o que mudou: CLT comparada e comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 157.

⁷ SILVA, Antônio Álvares. Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário. **Revista LTr**. vol.73, n.06, jun/2009. p. 650-670.

estabelece o artigo 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, o Egrégio Tribunal apresentou, sucessivamente, o pagamento de indenização adicional, caso fossem mantidas as rescisões, além de serem mantidas as cláusulas sociais estabelecidas na Convenção Coletiva por 12 meses, sendo garantido, também, a recontração de forma preferencial dos obreiros dispensados coletivamente em até 2 anos, bem como a manutenção do plano de saúde e, para os trabalhadores que permaneceram na empresa, a garantia de estabilidade no emprego por 120 dias. Por conseguinte, a Embraer apresentou contraproposta para conciliação, a qual consistiu na manutenção do plano de saúde por 12 meses, recontração preferencial nos próximos 2 anos dos empregados despedidos, desde que preencham as qualificações exigidas pelos postos de trabalho disponíveis, bem como indenização no valor de 2 salários, limitado a sete mil reais na totalidade. Mesmo sendo apresentadas proposta e contraproposta não se obteve êxito na conciliação e, por lógica, o processo foi remetido para julgamento.⁸

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região conheceu o dissídio coletivo e declarou a dispensa operada pela empresa como abusiva, condenando-a a uma reparação financeira equivalente a duas vezes o valor do aviso prévio de cada trabalhador, respeitado o teto de sete mil reais. Entretanto, por não concordarem com a decisão, as partes interpuseram recursos ordinários. Desse modo, o processo foi remetido para o Colendo Tribunal Superior do Trabalho.⁹

Ato contínuo, no Colendo Tribunal Superior do Trabalho também fora realizada audiência com viés conciliatório entre as partes da lide. No entanto, a empresa não concordou com a proposta apresentada pelo Colendo Tribunal, qual seja, manutenção da decisão do juízo *a quo* com majoração da indenização para quatro vezes o valor do aviso prévio, com teto máximo de quatorze mil reais. Assim, os recursos interpostos seguiram para julgamento.¹⁰

⁸ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

¹⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho entendeu, ao julgar o mérito, que no que diz respeito ao direito coletivo, o ordenamento jurídico não prevê as sanções cabíveis para a dispensa injusta ou sem justa causa, não existindo dispensa meramente arbitrária de natureza coletiva. Assim, para que se possa aplicar alguma sanção ao despedimento coletivo, o judiciário deve usar como base o art. 7º, inciso I da Constituição Federal¹¹, o qual veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa.¹²

Insta destacar, como fizeram os Ministros, que apesar do referido artigo trazer a necessidade de regulamentação por lei complementar, resta claro que o constituinte delegou para o legislador apenas a imposição das sanções cabíveis quando evidenciada uma despedida arbitrária ou sem justa causa, e não a caracterização do que se entenderia por dispensa arbitrária. Afinal, a proteção contra esta já está estabelecida no texto constitucional, sendo, inclusive, direito fundamental e, assim, aplicada de forma imediata.¹³

Também utilizaram como base no julgamento os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, quais sejam, as Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, as quais não permitem que o despedimento coletivo seja realizado de forma unilateral e potestativa e, ainda, estipulam, de forma imprescindível, a participação do sindicato da categoria na dispensa. Nessa mesma linha, também foram utilizadas as regras e princípios constitucionais, sendo conferida maior ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a submissão da propriedade a sua função social e a intervenção sindical no que diz respeito aos interesses coletivos com o objetivo de que seja conferida distinção normativa para a dispensa individual e a coletiva.¹⁴

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm >. Acesso em: 17 de mai. 2018. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

¹² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar> >. Acesso em 17 de mai. 2018.

¹³ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar> >. Acesso em 17 de mai. 2018.

¹⁴ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar> >. Acesso em 17 de mai. 2018.

Outro ponto que merece ser ressaltado é o fato de que a dispensa coletiva, diferentemente da dispensa individual, fica “inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato.”¹⁵ Nessa esteira, o despedimento coletivo não é um direito potestativo do empregador e a legislação não estabelece previsão quanto à possibilidade de ser realizado de forma unilateral e arbitrária. Assim, os despedimentos coletivos não podem ser praticados pelo empregador sem a negociação com o sindicato da categoria, ou, quando inviável a negociação, o empregador deve ingressar com o dissídio coletivo.¹⁶ Desse modo, restou estabelecido pelos Ministros que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.¹⁷

Também restou estabelecido no respeitável Acórdão medidas que devem ser observadas pela empresa quando da dispensa coletiva. Primeiramente a empresa deve adotar métodos que visem à manutenção dos contratos de trabalho como o oferecimento de curso para qualificação profissional dos obreiros, nos termos do art. 476-A da CLT, e o programa de demissão voluntária. Quando inviável a manutenção, a empresa, para realizar o despedimento, terá, além de negociar com o sindicato, que considerar alguns critérios para a realização do ato. Deve ser dada preferência para os mais velhos e para os que tenham responsabilidades familiares. Ainda, mesmo em situação excepcional, a empresa não pode dispensar os trabalhadores que possuem garantia de emprego, os portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e os diretores eleitos na CIPA.¹⁸

Logo, o posicionamento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho quanto à dispensa coletiva é no sentido de que só será válido o despedimento coletivo praticado pelo empregador quando este negociar com o sindicato da categoria ou,

¹⁵ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trfTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

¹⁶ ROCHA, Cláudio Jannotti. Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.51, n.81, jan/jun. 2010 p. 219-228.

¹⁷ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trfTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

¹⁸ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do;jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trfTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

quando inviável, deve ser proposto dissídio coletivo, eis que é através deles que serão determinadas as regras para evitar a dispensa dos trabalhadores ou, ainda, impossibilitada a manutenção dos contratos de trabalho, serão estabelecidas as regras para a dispensa coletiva com medidas que amenizam as drásticas consequências desse ato. Ademais, se não respeitado os requisitos acima mencionados, o despedimento praticado será considerado nulo e, por consequência lógica, os trabalhadores serão reintegrados.¹⁹

No entanto, mesmo o entendimento ser no sentido de que é necessária a negociação para a dispensa coletiva, os Ministros acordaram que a dispensa realizada pela empresa Embraer não foi abusiva, não reintegrando os trabalhadores e afastando a prorrogação dos contratos de trabalho. Entretanto, mesmo a decisão não sendo muito favorável aos trabalhadores, os Ministros fixaram indenização para os obreiros dispensados.²⁰ Por terem assim decidido, o Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu, Federação dos Metalúrgicos de São Paulo e a Empresa Embraer interpuseram recurso extraordinário.²¹ Com a interposição do referido recurso, RE 647.651/SP, pelas partes, a controvérsia foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria, na forma do art. 102, §3º da Constituição Federal²², ante o fato de que a demanda era relevante não só para as partes, como também para a sociedade, para economia e para outros casos análogos.²³ O Ministro Marco Aurélio, relator, entendeu que “está-se diante de uma situação jurídica capaz de repetir-se em um sem-número de casos, sendo evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional”.²⁴ Desse modo, o mérito do

¹⁹ ROCHA, Cláudio Jannotti. Reflexões sobre a dispensa coletiva brasileira. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.51, n.81, jan/jun. 2010 p. 219-228.

²⁰ BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso Ordinário Coletivo: RODC 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ: 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?jsessionid=3DD2BCFD5DBD93C2B9FE5E7AA22A9439.vm652?conscsjt=&numeroTst=309&anoTst=2009&varaTst=000&trTst=15&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

²¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 647.651. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 02/05/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716113>>. Acesso em: 22 de mai. 2018.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

²³ MARTINEZ, Luciano. *Entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 159.

²⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 647.651. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 01/08/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=647651&classe=ARE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

recurso extraordinário será analisado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ante a repercussão geral que lhe fora conferida.

Entretanto, com a vigência da Lei 13.467/2017, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho modificou o entendimento a partir da vigência do art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o que será abordado na sequência.

2 O ARTIGO 477-A DA LEI 13.467/2017 E A (DES)NECESSIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

No tocante à dispensa coletiva, desde 2009, se tinha o posicionamento jurisprudencial de que seria necessária a negociação coletiva entre a empresa e o sindicato da categoria para que se perpetrassem as dispensas.²⁵ Ademais, os informativos 17²⁶ e 34²⁷ do Colendo Tribunal Superior do Trabalho disciplinavam a imprescindibilidade da negociação para a demissão.

Logo, não poderia haver despedimento coletivo sem antes ser realizada negociação coletiva. Ainda, entendeu-se que quando ocorrida a dispensa coletiva sem prévia negociação, essa seria nula, sendo cabível a reintegração dos trabalhadores desligados.²⁸ Nessa esteira, mesmo que a legislação trabalhista não disciplinasse o despedimento coletivo, o posicionamento jurisprudencial norteou o ordenamento jurídico na referida matéria a fim de que os danos causados pelas dispensas fossem minimizados ou, até mesmo, evitados, considerando que a negociação tem o viés de adotar medidas que mantenham o vínculo de emprego, para que não se tenham consequências que alcancem a economia e a vida em sociedade.²⁹

²⁵ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

²⁶ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Informativo n. 17. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95710/2012_informativo_tst_cjur_n0017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

²⁷ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Informativo n. 34. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95729/2012_informativo_tst_cjur_n0034.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

²⁸ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

²⁹ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

Contudo, o legislador acrescentou um novo dispositivo na Consolidação das Leis do Trabalho regulamentando parcamente o despedimento coletivo. O artigo introduzido foi o art. 477-A³⁰ pela Lei 13.467/2017, o qual equipara as dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas. Salienta-se que essa equiparação “destina-se para todos os fins”³¹, não havendo necessidade de participação, autorização ou homologação do sindicato da categoria para as dispensas individuais e plúrimas, bem como não sendo requisito a negociação coletiva para efetivação do despedimento coletivo.³²

Com o referido dispositivo estando em vigência, a dispensa coletiva está disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não como a ideia inicial apresentada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, mas sim no sentido de permitir que a dispensa em massa seja perpetrada pelo empregador da mesma forma que pratica a demissão individual, ou seja, de forma unilateral. O legislador brasileiro desprezou toda e qualquer diferenciação doutrinária acerca dos institutos do direito individual do trabalho e coletivo, dando tratamento igual para dispensas, que na sua base, são completamente distintas em razão dos impactos gerados e, também, pelo fato de que a dispensa coletiva trata de interesses difusos, onde estão presentes os interesses da sociedade como um todo e, por isso, não poderia ser equiparada à dispensa individual, pois essa só diz respeito aquele trabalhador desligado, não causando consequências, *prima facie*, para a sociedade.³³

Resta evidente que o art. 477-A visa distanciar o sindicato dos trabalhadores das dispensas, independente da modalidade. Ocorre que na rescisão contratual o sindicato tem papel importante e atuante, pois assegura que os direitos dos trabalhadores dispensados sejam respeitados. Além disso, quando se trata de dispensa coletiva é o órgão de classe que visa atenuar as grandes consequências socioeconômicas. Entretanto, o objetivo do legislador fora enfraquecer o ente de

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de mai. 2018. Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

³¹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 180.

³² DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 180.

³³ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

classe, distanciando-o dos trabalhadores, bem como dos graves problemas que, anteriormente, seriam por ele resolvidos.³⁴

Resta claro, então, que o novo artigo “demonstra a compulsão da Lei n. 13.467/2017 no sentido de enxergar, no mundo do trabalho, estritamente os interesses unilaterais dos empregadores”.³⁵ Depreende-se, também, que o legislador não observou a Constituição Federal e seus pilares normativos quando estabeleceu o art. 477, pois ele afronta a natureza democrática e inclusiva das normas constitucionais. Além de violar os princípios da Constituição Federal, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na ordem socioeconômica e jurídica, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, do bem-estar social e individual, da igualdade, da valorização do trabalho e emprego em paridade com a livre iniciativa, bem como a função social da propriedade. Todos esses princípios e normas constitucionais são afrontados pela literalidade do art. 477-A da CLT.³⁶

Nesse diapasão, o referido artigo além de violar normas e princípios constitucionais ao equiparar as condutas que podem ser adotadas nas diferentes dispensas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, também afronta o posicionamento jurisprudencial, anterior a Lei n. 13.467/2017, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, a reintegração não é mais aplicada e a participação sindical está enfraquecida drasticamente. Assim, o novo dispositivo não manifesta nenhum tipo de cuidado e atenção com a atenuação das consequências sociais e econômicas geradas pelo ato do empregador de dispensar coletivamente os trabalhadores.³⁷

Cuida-se de analisar que a não celebração de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho para a prática do despedimento coletivo enfraquece e precariza a relação de trabalho e sua continuidade, como também possibilita ao empregador praticar arbitrariedades, bem como vai de encontro às legislações internacionais que regulamentam a matéria. As convenções da OIT, as diretivas da União Europeia e as legislações internas dos países europeus estabelecem a negociação coletiva

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 180.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 180.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 180.

³⁷ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

como requisito básico para a validação do despedimento coletivo, pois minimiza os efeitos negativos da dispensa.³⁸

A exemplo de possibilidade de eventuais arbitrariedades se tem o art. 507-B da Lei 13.467/2017, pois o referido artigo oportuniza, em conjunto com o art. 477-A, a discricionariedade ao despedir coletivamente associado à possibilidade de realização do termo de quitação anual das obrigações trabalhistas. Desse modo, o empregador pode realizar o despedimento coletivo e, ainda, ter quitadas as suas obrigações trabalhistas pelo termo. Tal possibilidade gera grande preocupação, ante o fato de que incentiva o empregador a não cumprir às obrigações impostas pela Consolidação das Leis do Trabalho e, ainda, em ato contínuo, pode estimular a realização de acordos com renúncia de direitos pelos trabalhadores para que assegurem seus postos de trabalho. Resta evidente que a Lei 13.467/2017 oportunizou a precarização das relações de trabalho.³⁹

Logo, se está diante de um grande retrocesso social quanto às leis trabalhistas, mas, principalmente, quanto às dispensas, eis que equiparadas e possibilitada a discricionariedade no ato coletivo. É incontroverso que o despedimento coletivo gera consequências sociais negativas e que não é de interesse da sociedade, nem do sindicato e muito menos do trabalhador que seja possibilitada a dispensa sem a negociação coletiva.⁴⁰ Contudo, mesmo havendo toda essa tentativa de afastamento do sindicato do despedimento em massa, é imperioso destacar que para a efetivação da dispensa coletiva é necessária a participação do sindicato da categoria em razão do art. 8º, III da Constituição Federal⁴¹, o qual estabelece a defesa dos direitos coletivos ao ente de classe, inclusive no que diz respeito a questão judicial e também administrativa.⁴²

O dispositivo introduzido à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/2017, art. 477-A, está em total desconformidade com os sistemas mais

³⁸ CARVALHO, Sandro Sacchet. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_vis%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

³⁹ CARVALHO, Sandro Sacchet. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_vis%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 de mai. 2018.

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. **Entenda o que mudou: CLT comparada e comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 157.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de mai. 2018. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

⁴² MARTINEZ, Luciano. **Entenda o que mudou: CLT comparada e comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 157.

atualizados de proteção e segurança ao emprego, posicionando-se totalmente contrário àquilo que se é praticado em âmbito internacional, primeiro pelo fato de que igualou institutos jurídicos díspares e, segundo, por não proteger o trabalhador dos graves impactos do despedimento coletivo. Salienta-se, incansavelmente, que a discricionariedade oportunizada na dispensa coletiva pelo art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho poderá acarretar sérios problemas econômicos e sociais para o país. O legislador não levou em consideração que muitas empresas são responsáveis por aquecer a economia de cidades inteiras, garantindo a subsistência dos cidadãos que nela habitam. Desse modo, terminar com o vínculo de emprego de inúmeros trabalhadores pode desestabilizar toda a economia de uma cidade, ou até menos de um Estado, inclusive, do País, o que dependerá do tamanho da empresa que está realizando o ato, eis que muitas empresas possuem unidades em todo o território nacional e, também, da importância da empresa para a economia. Ainda, a dispensa coletiva também causa drásticos prejuízos para as famílias dos dispensados.⁴³

Como consequências da dispensa coletiva se têm a baixa nas vendas do comércio de comidas e utensílios domésticos, automóveis, e, também, além de desaquecer a economia, há o aumento dos auxílios financiados pelo Estado, além de ocorrer o aumento da violência, vez que essa está diretamente ligada à ausência de recursos financeiros. Neste passo, nota-se que as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, principalmente no que diz respeito à manutenção do vínculo de emprego, estão precarizando e enfraquecendo as relações de trabalho, pois não veda condutas patronais arbitrárias, inclusive, possibilita que ocorram, sendo que essas são capazes de provocar grandes impactos sociais, políticos e econômicos, que não são rápidos de solucionar, levando-se anos para recuperar os prejuízos causados.⁴⁴

A propósito, as alterações trazidas pela referida lei também acarretaram mudança de entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Antes da vigência da lei o posicionamento jurisprudencial era de que a negociação coletiva era necessária para o despedimento coletivo, como abordado anteriormente. Após a vigência da nova lei, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho mudou o seu posicionamento

⁴³ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

⁴⁴ RODRIGUES, Isabella Stroppa; MELO, Júlia Carla Duarte. Reforma trabalhista: precarização das relações de trabalho diante da perspectiva instaurada pelas novas regras celetistas através da lei 13.467/2017. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. v.8, n.2, jul/dez, 2017. p. 288-310.

ao julgar a correição parcial com pedido liminar proposta pela instituição de ensino que dispensou coletivamente seus empregados.⁴⁵

A Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá apresentou correição parcial contra a decisão proferida pelo Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, a qual afastou a aplicabilidade do art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho nos autos da Ação Civil Pública nº 0001656-73.2017.5.12.0054, declarando a nulidade da dispensa coletiva perpetrada pela instituição de ensino, pois não houve participação do sindicato da categoria. Determinou, ainda, que os trabalhadores fossem reintegrados e fossem cancelados os atos rescisórios.⁴⁶ Ao julgar a correição, o Ministro entendeu que havia “situação extrema de abuso e inexistência de recurso apto a impedir o dano irreparável”⁴⁷, nos termos do art. 13, *caput* e parágrafo único do RICGJT. Quanto ao mérito, o relator asseverou que a decisão do Desembargador impediu o exercício do direito potestativo de dispensa do empregador, quando consignou como necessária a negociação coletiva anterior ao despedimento coletivo com o sindicato da categoria, eis que tal entendimento encontra-se superado pela lei quanto pela jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. O Ministro Ives Gandra afirmou que “a hipótese é de nítido ativismo judiciário, contrário ao pilar básico de uma democracia, da separação entre os Poderes do Estado”.⁴⁸ E, assim, afastou a necessidade de negociação coletiva prévia com o sindicato antes do despedimento coletivo, aplicando o art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁹

⁴⁵ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Presidente do TST aplica nova norma da CLT em liminar sobre dispensa coletiva da Estácio de Sá. Notícias. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24503767>. Acesso em: 30 de mai. 2018.

⁴⁶ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Correição Parcial: CorPar 1000011-60.2018.5.00.000. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=oFCDLP4MOgg%3D&p_idpje=W4%2BZyR55h3s%3D&p_num=W4%2BZyR55h3s%3D&p_npag=x>. Acesso em: 30 de mai. 2018.

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Correição Parcial: CorPar 1000011-60.2018.5.00.000. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=oFCDLP4MOgg%3D&p_idpje=W4%2BZyR55h3s%3D&p_num=W4%2BZyR55h3s%3D&p_npag=x>. Acesso em: 30 de mai. 2018.

⁴⁸ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Correição Parcial: CorPar 1000011-60.2018.5.00.000. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=oFCDLP4MOgg%3D&p_idpje=W4%2BZyR55h3s%3D&p_num=W4%2BZyR55h3s%3D&p_npag=x>. Acesso em: 30 de mai. 2018.

⁴⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Correição Parcial: CorPar 1000011-60.2018.5.00.000. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=oFCDLP4MOgg%3D&p_idpje=W4%2BZyR55h3s%3D&p_num=W4%2BZyR55h3s%3D&p_npag=x>. Acesso em: 30 de mai. 2018.

Também houve outros dois casos em que o Ministro aplicou o mesmo entendimento, de modo que resta evidente que o Colendo Tribunal Superior do Trabalho não mais se posiciona no sentido de que a negociação coletiva prévia com o sindicato da categoria é requisito para a validade da dispensa coletiva, sob pena de torna-la nula e reintegrar os trabalhadores dispensados. O art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho está sendo aplicado em sua literalidade, o que, como mencionado anteriormente, viola princípios constitucionais e vai de encontro as mais modernas normas internacionais acerca da matéria.

3 CONCLUSÃO

À vista do exposto, conclui-se que, o legislador brasileiro não observou a diferença latente que há entre as dispensas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como não considerou o posicionamento adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho no *leading case*, nos informativos 17 e 34 e, também não se baseou nas legislações internacionais que regulamentam a matéria ao redigir o texto do art. 477-A da Lei n. 13.467/2017, pois equiparar as dispensas para todos os fins acarreta diversos prejuízos para o trabalhador, além de ser um retrocesso social, o que é vedado constitucionalmente. Antes da vigência da Lei 13.467/2017 as dispensas eram regulamentadas em artigos separados por possuírem natureza e consequências distintas e, a dispensa coletiva era guiada pelo posicionamento jurisprudencial, o qual tinha o intuito de proteger o trabalhador dos graves impactos por ela causados quando praticada de forma discricionária e arbitrária.

No entanto, mesmo a legislação trabalhista tendo como base, dentre outros, os princípios da proteção ao trabalhador e da continuidade da relação de emprego para que seja assegurada a efetividade ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ante o fato de que o cidadão se dignifica pelo seu trabalho. O legislador não observou tais máximas, possibilitando ao empregador dispensar discricionariamente e arbitrariamente, violando o princípio da continuidade da relação no emprego e, mais, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além de violar o art. 7º, I da Constituição Federal, o qual proíbe a dispensa arbitrária.

O Brasil estava caminhando no sentido de conferir maior atenção as dispensas, protegendo o trabalhador das arbitrariedades praticadas pelo empregador quando do término contratual. Contudo, o legislador foi de encontro ao posicionamento que o ordenamento jurídico vinha adotando, inclusive, foi contrário à própria Constituição Federal ao afastar o sindicato da categoria das dispensas, vez que o

art. 8º, III da Carta Magna dispõe que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores. Assim, ao afastar o sindicato do término da relação de trabalho, o legislador violou tal dispositivo, pois o ente de classe ao participar da dispensa assegura que os direitos e interesses dos trabalhadores da categoria sejam respeitados.

Não se pode permitir que o empregador pratique um ato como a dispensa coletiva sem que haja participação do sindicato e negociação prévia, pois é uma afronta total aos direitos dos trabalhadores. Ainda, a não realização de negociação coletiva oportuniza ao empregador que dispense seus funcionários sem que seja constatada verdadeira dificuldade econômica, o que é uma arbitrariedade e, se assim realizada, não será considerada nula, quando deveria, pois, a negociação não é mais requisito para tanto. É através da negociação que o empregador consegue demonstrar a sua situação financeira, apresentando propostas para manutenção dos postos de trabalho e, quando, inviável a manutenção, se consegue que as dispensas ocorram de forma menos gravosa. Além disso, a empresa tem que cumprir com a sua função social e a livre iniciativa não pode se sobrepor a isso. Ainda, os trabalhadores, em sua maioria, optam por negociar através do sindicato com a empresa a sua permanência no emprego, flexibilizando direitos para que seja possível a retomada financeira, pois preferem ter a certeza que conseguirão prover a sua subsistência do que ficarem desamparados sem trabalho. A exemplo, os trabalhadores aceitam reduzir a carga horária e o salário em prol da continuidade da relação de emprego.

Nota-se que a desnecessidade de negociação coletiva não traz nenhum benefício para o trabalhador, nem para a sociedade. Aliás, só traz prejuízos. O trabalhador sofrerá com a discricionariedade e arbitrariedade do despedimento coletivo, que prejudicará a sua subsistência e o de sua família; a sociedade sofrerá com o aumento da violência, em razão da baixa na economia; o governo sofrerá com o pagamento de mais auxílios sociais e; o judiciário terá aumento na propositura de dissídios coletivos, como ocorrera, principalmente, no que diz respeito ao despedimento coletivo, pois este é o único meio viável, ainda, de o ente de classe tentar salvaguardar os direitos dos trabalhadores, tanto constitucionais como infraconstitucionais.

Além dos prejuízos evidenciados, o art. 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho viola diretamente os princípios da proteção ao trabalho, do valor social do trabalho, da continuidade da relação de emprego e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, evidenciando um retrocesso social.

Resta claro, portanto, que a negociação prévia ao despedimento coletivo deve ser requisito básico necessário à validação do ato, pois sem ela os efeitos da dispensa são completamente negativos e não podem ser mensurados, eis que as consequências apenas serão percebidas meses após o ato unilateral de vontade do empregador. Além disso, sem que se determine algum requisito básico para a dispensa coletiva, fica praticamente inviável torna-la nula e, por conseguinte, reintegrar os trabalhadores, incentivando, então, a dispensa arbitrária, que é vedada constitucionalmente. Desse modo, o despedimento coletivo no Brasil encontra-se mais precarizado quando da sua normatização do que quando era regulamentado pelo posicionamento jurisprudencial, o qual seguia as normas internacionais e os princípios constitucionais, não violando nenhum direito dos trabalhadores, bem como dos empregadores.

CADEIAS PRODUTIVAS DO SETOR TÊXTIL: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DE TODOS OS NÍVEIS DA CADEIA NA OCORRÊNCIA DE TRABALHO ESCRAVO¹

Leiliane Piovesani Vidaletti²

RESUMO

A pesquisa analisa a problemática da responsabilização trabalhista de todos os níveis da cadeia produtiva do setor têxtil, no intuito de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Conclui, a partir das Teorias da Cegueira Deliberada e da Subordinação Estrutural, que é possível e mais eficaz a responsabilização do Primeiro nível da cadeia, atingindo um número mais elevado de trabalhadores que se encontram em condições de trabalho análogas a de escravo.

Palavras-chave: cadeias produtivas; Setor têxtil; Responsabilidade Trabalhista.

ABSTRACT

The research analyzes the problem of labor accountability at all levels of the productive chain of the textile sector, in order to give greater effectiveness to workers' fundamental rights. It concludes from the Theories of "Cegueira Deliberada"

¹ Artigo apresentado no I Colóquio Hispano-brasileiro de Direito do Trabalho e Reformas, em Madrid, no dia 13/01/2017, sob a coordenação dos Professores Doutores Denise Pires Fincato, Jesus Lahera Forteza e Elizabet Leal da Silva.

² Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho – CNPQ. Advogada. Endereço eletrônico: leilividaletti@yahoo.com.br.

and “Subordinação Estrutural” that it is possible and more effective to take responsibility for the First level of the chain, reaching a higher number of workers who are in similar working conditions as the slave.

Keywords: Productive Chain; Textile Sector; Labor Responsibility.

INTRODUÇÃO

O setor têxtil passou por uma readaptação do seu modo de produção, reduzindo sua estrutura – *Downsizing* – e centralizando esforços na administração da marca, com consequente terceirização das demais etapas produtivas. Basicamente, a Grife – que está no topo da cadeia – contrata uma confecção, que ficará incumbida do fornecimento das peças. Esta confecção, por sua vez, passou pelo mesmo processo de “enxugamento”, mantendo em seus quadros poucos profissionais, denominados “piloteiros”, que têm o encargo de produzir a chamada “peça-piloto” que, uma vez aprovada pela Grife, passa a ser produzida pelo nível mais inferior da cadeia, onde estão as oficinas.

Os trabalhadores contratados pelas oficinas, especialmente no estado de São Paulo, são, em sua grande parte, imigrantes bolivianos, peruanos ou paraguaios. Tais trabalhadores são submetidos a condições desumanas de trabalho, alocados em pequenos alojamentos, sem ventilação e higiene, em ofensa frontal ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Invariavelmente, no mundo capitalista globalizado, parte do que é consumido pela sociedade, e não apenas as roupas vendidas pelas grifes, foi produzido com o aproveitamento, em algum momento da cadeia de produção, do trabalho escravo. A explicação para a superexploração do trabalho nas cadeias produtivas está na redução e contenção de custos e, por consequência, aumento de lucros, em um contexto em que a dignidade humana é menos importante do que o resultado econômico.

Com efeito, o tema “cadeias produtivas” é novo, mas traz como pano de fundo um tema antigo, que é o trabalho escravo. Trata-se, portanto, de uma nova faceta do trabalho escravo, isto é, de mais uma das tantas formas de superexploração que a Humanidade criou e que o Direito visa combater.

Assim, a presente pesquisa objetiva discutir teorias que viabilizem a responsabilização trabalhista de todos os níveis da cadeia produtiva, como forma de inibição à superexploração do trabalho, tendo por finalidade garantir a maior efetividade

aos direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos na Constituição e que representam, em última análise, o contrato mínimo de trabalho, sem o qual não se pode falar em trabalho decente.

O tema em debate clama por atenção, tanto no Direito doméstico quanto no Direito internacional. No primeiro, em face do compromisso assumido pelo Brasil, na década de 1990, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de combate ao trabalho escravo e que fomentou a criação de uma avançada legislação para sua erradicação; no segundo, por ser objeto central de discussão da Conferência Internacional do Trabalho do ano de 2016, tamanha a relevância do tema para a comunidade internacional.

Neste estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, a consistir, conforme lição de Marina Andrade Marcondes e Eva Maria Lakatos, na feitura de conjecturas a serem falseadas a fim de se alcançar novas conjecturas. Desse modo, foram elaboradas conjecturas relativamente às práticas exploratórias trabalhistas, no contexto das cadeias produtivas da indústria da moda, a serem testadas por meio de falseamento, pela hipotética aplicação das Teorias da Cegueira Deliberada e da Subordinação Integrativa, fitando à obtenção de respostas quanto ao combate ao trabalho degradante, consideradas estas como novas conjecturas.

Notadamente, foram utilizados os métodos histórico e funcionalista, haja vista consistirem, respectivamente, no estudo do contexto histórico dos objetos em análise e de suas funções na sociedade em que se desenvolvem. Sendo assim, analisou-se as cadeias produtivas do setor têxtil, bem como o fenômeno da superexploração da mão de obra na base dessas cadeias, refletindo-se sobre as alterações sociais havidas com a adoção das teorias supracitadas para fins de responsabilização trabalhista.

Por fim, a técnica de pesquisa bibliográfica foi amplamente utilizada. Ademais, a técnica da pesquisa documental a ser realizada em leis e jurisprudência fez-se presente a fim de se compreender a relação entre o trabalho degradante no contexto da indústria da moda e as teorias de responsabilização trabalhista.

1 CADEIAS PRODUTIVAS DO SETOR TÊXTIL: TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Atualmente, a superexploração de mão de obra apresenta-se sob novas roupagens. Por óbvio, a figura do antigo escravo, acorrentado e mantido nas sen-

zalas, é apenas estereótipo que ainda ocupa o imaginário das pessoas, mas que, infelizmente, influencia na atuação dos próprios agentes públicos. (MELO, 2013, p. 698). É dizer, o trabalho “escravo” modernizou-se, ganhando outras feições, sendo denominado de “trabalho em condições análogas a de escravo”³ ou de “trabalho forçado ou trabalho obrigatório”⁴. Consenso é, todavia, que se trata de trabalho que fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana⁵, fundamento da República Federativa do Brasil⁶ e qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacada (SARLET, 2002, p. 41).

³ Essa é a nomenclatura utilizada pelo art. 149 do Código Penal ao definir o tipo penal “Redução à condição análoga a de escravo”. Confira-se:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07/07/2017.

⁴ Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, art. 2º: Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em 07/07/2017.

⁵ No contexto da pós-modernidade, quando a comunidade jurídica verifica que a feição extremada do direito positivo não foi capaz de evitar a descartabilidade da vida humana representada pelos horrores de Auschwitz, surge, na Alemanha, a Teoria Crítica ou Escola de Frankfurt, que reintroduz o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico. Essa escola vai exercer grande influência no direito ocidental, apoiada da ideia de dignidade em Kant. Dentro dessa linha, o Neopositivismo, momento histórico vivenciado atualmente, faz a releitura do Direito positivo através da lente da Dignidade da Pessoa Humana, na perspectiva de Kant, que diz: “No reino das coisas tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Portugal. Ed. 70, 2003, p. 77.

⁶ 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; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07/07/2017.

O trabalho escravo contemporâneo surge no contexto da política neoliberal do mundo globalizado. Com o avanço das comunicações e da informática, as distâncias foram encurtadas, proliferando-se, pelo mundo, empresas multinacionais, que representam verdadeira extraterritorialidade do poder dos Estados e que promovem exploração de mão de obra barata nos países de periferia do capitalismo, sendo possível verificar com grande expressão esse fenômeno na indústria da moda. Não é demais referir que o sistema de produção pulverizado e extraterritorial gerou ainda maior polarização da riqueza, desigualdade social e nações desnacionalizadas, dependentes economicamente das empresas que as exploram, numa espécie de parasitismo que se mostra como única opção de milhares de famílias que vivem em plena miserabilidade⁷.

Neste ambiente favorável à superexploração, identifica-se, a partir do ano 2000 um fluxo migratório intenso nos países de periferia do capitalismo. No Brasil, haverá uma onda migratória, especialmente de bolivianos, peruanos e paraguaios, que irão se ativar na indústria têxtil. No setor de confecções de São Paulo, pode-se identificar, até os anos 1950, alta atividade judaica, que veio a ser substituída pela mão de obra de sul-coreanos, incentivada por tratados de imigração firmados entre Brasil e Coreia do Sul⁸. Progressivamente, os sul-coreanos começaram a adquirir teares, máquinas de costura e overloques, passando da condição de empregados a donos de oficinas, nas quais todos os membros da família trabalhavam, dia e noite. Já na década de 1970, dominavam o mercado têxtil de São Paulo, expandindo a produção e gerando a necessidade de novas contratações, que passaram a ser, predominantemente, de bolivianos (FABRE, 2012, p. 45). Insta referir que o setor têxtil sempre exerceu grande atração sobre os pequenos empresários, em razão dos baixos custos para a montagem da confecção, bem como pela mão de obra barata, composta especialmente de imigrantes.

⁷ O setor de vestuário é vital para inúmeros países de periferia do capitalismo, que se tornaram grandes exportadores deste produto, incentivados pela ausência de barreiras alfandegárias para os mercados ocidentais. Todavia, tornar-se um grande exportador implica em admitir salários cada vez mais baixos e submeter-se a condições desumanas de trabalho, com vistas à redução cada vez mais de custos exigida pelas Marcas importadoras. Cite-se, como exemplo, o terrível incêndio havido em fábrica de roupas em Bangladesh, no ano de 2013, com notícia de mais de 1.100 pessoas mortas, provocando um alerta global sobre os baixos padrões de segurança na indústria vestuária que movimentou bilhões de dólares. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,enorme-incendio-destroi-fabrica-de-roupas-em-bangladesh,1102168>>. Acesso em 07/07/2017.

⁸ Entre os anos de 1950-1960, o Governo da Coreia do Sul estabeleceu programas de imigração para diversos países da América do Sul, dando início a chegada de sul-coreanos em São Paulo, onde se instalaram nos Bairros da Liberdade, Brás e Bom Retiro e passaram a trabalhar no setor têxtil, que prescinde de maiores qualificações e tem baixo custo de investimento. (FABRE, 2012, p. 45).

As cadeias produtivas do setor têxtil formam-se basicamente de grifes (1º escalão), confecções (2º escalão) e oficinas (3º escalão). As grifes, no modelo econômico atual, não confeccionam as peças de roupas, mas trabalham com o gerenciamento de marca, em um modelo conhecido como *façonismo*⁹. A partir dessa concepção de produção, passaram também as confecções a perceber a vantagem de não contar com empregados, mantendo apenas um número reduzido de costureiros, denominados “piloteiros”, que desenvolvem os modelos das peças a serem reproduzidos nas oficinas.

Observa-se, assim, que a cadeia produtiva do setor de costura é marcada por intensa pulverização, em vários níveis. No 3º escalão, ou seja, nas oficinas, de pequeno e médio porte, observa-se a superexploração da mão de obra imigrante, por vezes, pelos próprios contrerrâneos, bem como a ocorrência do tráfico de pessoas. Neste nível, a pulverização se reflete em dezenas de milhares de pequenas oficinas, o que dificulta a atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho e dos Procuradores do Trabalho, sendo as operações tuteladas caso a caso e, na maior parte das vezes, deflagradas a partir de denúncias dos próprios trabalhadores envolvidos. No nível acima, 2º escalão, estão situadas as empresas de médio e grande porte que desenvolvem modelos e fornecem peças sob encomenda para as grifes, com presença expressiva de sul-coreanos. Neste ponto da cadeia, a atuação encontra obstáculos contingenciais, pois ainda não se conseguiu mapear a produção de cada empresa, de modo que as operações ocorrem de forma reflexa às diligências realizadas em face do 3º escalão. Finalmente, no 1º escalão, estão as empresas titulares de grandes marcas. Aqui, a atuação do Ministério Público do Trabalho tem se mostrado mais efetiva, pois planejada a partir da análise de dados técnicos fornecidos pela Receita Federal, de modo que foi possível mapear a cadeia produtiva das grifes, na busca de responsabilização pela ocorrência de trabalho escravo ao longo de toda a cadeia, tema que será desenvolvido em tópico próprio (FABRE, 2012, pp. 56-57).

Nessa linha, sobreleva-se que a atuação nos níveis mais baixos da cadeia, a despeito do louvável resultado – quando a ação conjunta das autoridades de fiscalização, do Ministério Público do Trabalho e do Poder Judiciário resulta satisfatória – que se configura no resgate dos trabalhadores em condições análogas a de escravo, não tem o condão de atingir um número expressivo de trabalhadores que se encontram na mesma situação em outros pontos da pulverizada cadeia produtiva, se comparado, evidentemente, aos milhares de trabalhadores explorados. Com

⁹ Modelo de produção que se caracteriza pela descentralização da cadeia produtiva.

efeito, o resgate de um só trabalhador já representa um grande ganho para toda a sociedade, porém, o resgate e a regularização de milhares mostram-se como ponto máximo a ser atingido em termos de efetividade de direitos fundamentais. Nesse compasso, à medida em que se sobe nos escalões da cadeia de produção, a tendência, em termos de número de trabalhadores resgatados e, portanto, de maior efetividade de direitos sociais cresce, de modo que a atuação em nível de grife, parece ser a melhor estratégia para as autoridades fiscalizatórias, MPT e Judiciário Trabalhista no combate a essa prática nefasta.

No que se refere ao *iter* do trabalho escravo, via de regra, o imigrante, ao chegar em território brasileiro, é encaminhado para uma oficina de costura, no sistema denominado *sweatshops* ou *sweating system*, expressão que designa a coexistência de um local de moradia com o local de trabalho e que favorece a submissão a jornadas exaustivas. Os *sweatshops* apareceram pela primeira vez na Inglaterra, na incipiente indústria da confecção, associados à produção em larga escala, frequentemente em domicílio, marcados por condições brutais de trabalho, mediante ínfima remuneração. Eram ambientes em que o trabalho estava intrinsecamente ligado a dor e ao sofrimento e que, ao invés de ficar registrado nas páginas escuras da história, reaparecem, em pleno século XXI, inclusive no Brasil (GOMES, 2012, p. 743). Não fora isso, direitos trabalhistas são sonegados, dentre os quais os direitos relacionados à segurança e medicina do trabalho, tão caros ao direito do trabalho.

Essa forma contemporânea de superexploração gera claros efeitos não apenas em nível individual – trabalhadores submetidos à condição análoga a de escravo – como também em caráter transindividual – toda a sociedade – em razão do *dumping social* resultante da vantagem econômica obtida com a superexploração. Com efeito, inegável concluir-se que a empresa que superexplora mão de obra obtém vantagem econômica relativamente às demais, que torna, no mais das vezes, insustentável às empresas cumpridoras da legislação trabalhista a permanência no mercado, de maneira que a estas últimas haverá apenas duas alternativas: encerrar suas atividades ou aderir as mesmas práticas para preservação de seus lucros, gerando o catastrófico efeito de reprodução de superexploração de mão de obra, mediante a utilização de trabalhadores em condições análogas a de escravo.

Neste cenário, buscando dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico, torna-se imperiosa a utilização de mecanismos que estendam a responsabilidade a toda a cadeia produtiva, em especial às empresas de maior poder econômico, beneficiárias diretas da superexploração.

No tópico que segue, traça-se alguns comentários acerca do trabalho decente, contraponto ao trabalho escravo e objetivo último da atuação fiscalizatória dos órgãos públicos que combatem a superexploração da mão de obra. É o trabalho decente, portanto, que possui valor social e que se desdobra como uma das faces do desenvolvimento da personalidade do homem, que se satisfaz e se realiza pelo trabalho. Todo ser humano tem direito ao trabalho decente, desagregado da dor e do sofrimento, conceito a seguir explanado, que se apresenta como pano de fundo e motivo justificador à responsabilização de toda a cadeia produtiva, em especial, no caso em exame, das grifes, como se verá adiante.

2 O TRABALHO DECENTE E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Atenta ao valor social do trabalho, a Constituição Federal de 1988, à semelhança das constituições modernas do mundo ocidental, consagra, em seu título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, dentre os quais estão elencados os direitos trabalhistas. Vê-se, pois, que a Constituição reserva aos direitos mínimos do trabalhador posição destacada de direitos fundamentais, com todas as consequências que advém deste reconhecimento, dentre as quais a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º¹⁰) e a abertura para o reconhecimento de novos direitos, em razão do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º¹¹), razão pela qual é tão importante o estudo dos tratados internacionais sobre direitos humanos e integralização em direito doméstico.

Deve-se destacar, ainda, a teor do art. 1º, IV, da Constituição, que o valor social do trabalho, assim como da livre iniciativa, são fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, as bases do próprio Estado democrático de direito brasileiro. Além dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o art. 1º da Constituição Federal elenca, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, princípio norteador de todas

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 10/07/2017.

¹¹ § 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 10/07/2017.

as relações que envolve a pessoa humana, dentre as quais e, por óbvio, elencam-se as relações trabalhistas.

Nessa toda, cumpre referir que o art. 5º, XIII, da Constituição, estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, sendo, portanto, o trabalho forçado ou em condições degradantes violador da norma constitucional. Importa sublinhar que esse tipo de trabalho é tipificado como crime no art. 149 do Código Penal, que trata da redução à condição análoga a de escravo.

No que se refere ao art. 3º da Constituição, que traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o inciso IV estabelece o de promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. Na mesma linha, o texto constitucional alude, no capítulo dos direitos sociais, dispositivos específicos contra a discriminação. São eles: XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), XXX (proibição da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil) e XXXII (proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos).

Percebe-se, ainda, que a Constituição se preocupa com o trabalho em meio ambiente saudável, garantindo ao trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), bem como o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei (art. 7º, XXIII).

Quanto à justa remuneração, a Constituição não é silente. Antes pelo contrário, ao tratar de salário, em seu art. 7º, IV, prevê que o salário deve atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Além do mais, os incisos V e VI do mesmo artigo garantem a irredutibilidade salarial e o salário profissional.

O art. 7º prevê, também, condições justas de salário, havendo normas expressas para a limitação da jornada de trabalho nos incisos XIII e XIV, e para a concessão de períodos de repouso, nos incisos XV e XVII.

Não fora isso, o trabalho infantil é proibido pelo inciso XXXIII do art. 7º, que também veda o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Não se deve olvidar de citar que a Constituição brasileira ainda prevê a proteção contra o desemprego (art. 7º, II), ao garantir como direito do trabalhador urbano e rural, além de outros que visem a melhoria da sua condição social, o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, e proteção contra demais riscos sociais, nos termos dos artigos 194 e 204, no sistema da seguridade social.

É necessário, ainda, que se faça uma incursão nos dispositivos relativos à ordem econômica e financeira, previstos no título VII da Constituição, em especial no seu capítulo I, que prevê os princípios gerais da atividade econômica, para que se perquiram se também aqui a Constituição brasileira de 1988 se afina com os objetivos de crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável.

Com efeito, o art. 170 prevê que a ordem econômica, que se funda na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, determinando a observância dos princípios, dentre outros, defesa do meio ambiente, inclusive mediante o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades regionais e sociais e no tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, além de assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Ainda, no que se refere ao meio ambiente, é indispensável a menção ao disposto no art. 225, que assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se a todos o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as futuras gerações.

Após a análise dos dispositivos constitucionais que versam sobre o trabalho, bem assim à constatação de que os direitos mínimos trabalhistas foram agraciados com a condição de direitos fundamentais pela Lei Maior de 1988, resta concluir que o trabalho decente deve, pelo menos, atender às previsões constitucionais, que lhe asseguram eficácia imediata. Em contrapartida, salta aos olhos que o trabalho em condições análogas a de escravo, encontrado em índices alarmantes na indústria da moda brasileira, choca frontalmente com o espírito que animou o Constituinte de 1988 e que orienta a atuação de toda a comunidade jurídica e da sociedade, pelo que deve ser fortemente combatido.

Neste sentido, alinhados aos dispositivos constitucionais citados, adota-se, para fins de conceituação do que venha a ser o trabalho decente, a doutrina de

José Cláudio Monteiro de Brito Filho que, amparada na Agenda do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho - OIT¹², em sintonia com a Declaração de 1988 da OIT sobre os princípios fundamentais do direito do trabalho¹³ e com a Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma globalização justa¹⁴, assim estabelece:

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: ao direito ao trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem a sua saúde e segurança à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e a proteção contra os riscos sociais.

[...]

Negar o trabalho nessas condições, dessa feita, é negar os direitos humanos do trabalhador e, portanto, atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, principalmente, o maior deles, a dignidade da pessoa humana.

Do conceito supratranscrito, constata-se a intrínseca e indissociável relação entre o trabalho decente e a dignidade da pessoa humana, entendida, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, por conseguinte, no complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra qualquer ato degradante ou desumano, bem como garantindo-lhe condições essenciais mínimas de uma vida saudável (SARLET, 2007, p. 62).

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: ao direito ao trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Negar o trabalho nessas condições, dessa feita, é negar os Direitos Humanos do Trabalhador e, portanto, atuar em oposição aos princípios básicos que os regem, principalmente o maior deles, a dignidade da pessoa humana. Como afirma-

¹² Disponível em: < http://www.oit.org.br/agenda_trabalho_decente >. Acesso em 11/07/2017.

¹³ Disponível em: < Declaração de 1988 da OIT sobre os princípios fundamentais do direito do trabalho >. Acesso em 11/07/2017.

¹⁴ Disponível em: < http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf >. Acesso em 11/07/2017.

do pela OIT, “em todas partes, y para todos, el trabajo decente es um médio para garantizar la dignidad humana”. (BRITO FILHO, 2013, p. 55).

Destarte, se o trabalhador não tiver respeitados os seus direitos mínimos, dentre os quais a liberdade de trabalho, igualdade de tratamento, proibição de trabalho infantil e liberdade sindical, esse trabalho não será decente e deverá ser combatido pelo Estado, por ferir a dignidade do homem.

A seguir, tratar-se-á da delicada questão da responsabilidade trabalhista nas cadeias produtivas do setor têxtil que, pela já mencionada pulverização, dificulta a ação dos fiscais do trabalho, do MPT e da Justiça Trabalhista, notadamente no que se refere à caracterização da responsabilidade nos níveis mais afastados do 3º escalão da cadeia, o que, todavia, em termos de eficácia dos direitos fundamentais envolvidos na superexploração de mão de obra, representa o maior avanço possível, daí porque a mudança de paradigma neste quesito mostra-se imprescindível ao combate do trabalho escravo.

3 RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA NAS CADEIAS PRODUTIVAS DO SETOR TÊXTEL

Uma vez demonstrada a ocorrência de trabalho escravo na cadeia produtiva do setor têxtil, explicada como funciona esta cadeia, uma das mais pulverizadas, porque desenvolvida a partir do sistema denominado façonismo, demonstrada a necessidade de combate a esta prática, inclusive por determinação constitucional, ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, que embasa e dá significado ao chamado trabalho decente, faz-se mister a discussão acerca da responsabilidade trabalhista das empresas participantes dessa cadeia (sem dispensar, por óbvio a responsabilidade criminal e cível, mas que não são objeto desta pesquisa), de modo que, nesta esfera, sejam os trabalhadores devidamente pagos pelos direitos trabalhistas que lhes foram sonegados, mediante o reconhecimento de vínculo empregatício e de todos os direitos daí decorrentes.

Por diversas vezes, em ação fiscalizatória, foi verificada a existência de trabalho escravo nas cadeias produtivas do setor têxtil, tendo o MPT, nestas ocasiões, firmado Termos de Ajuste de Conduta – TAC com marcas de renome, de modo que essas grandes empresas se comprometeram, com fundamento na sua responsabilidade social, a revisar suas políticas de *compliance*, inclusive para fins de rescisão de contrato com empresas exploradoras de mão de obra escrava. Neste caso, a empresa cidadã poderia usar em seu benefício o *slogan* de não contribuir com a

exploração na sua cadeia produtiva; em sentido oposto, o Ministério do Trabalho e Emprego passou a editar e publicar portarias nominando empresas que se beneficiam da exploração de mão de obra escrava, na então denominada “lista suja”, alvo de muitas discussões judiciais, especialmente no que diz com a legitimidade do MTE para a edição de tais portarias, assunto que não será explorado neste trabalho, mas que merece menção, por ser um dos grandes instrumentos de combate a esta prática, em face da visibilidade que tais listas adquiriram no meio social.

Todavia, tão somente a assinatura dos Termos de Ajuste de Conduta não parece ser a melhor solução quando se trata de responsabilidade trabalhista na cadeia produtiva da moda. Em verdade, após o resgate de trabalhadores das oficinas de produção de roupas, o empregador direto, ou seja, o dono da oficina, na maior parte das vezes, sequer tem poder aquisitivo para o pagamento de tais verbas e a regularização de todos os trabalhadores que explora; poder-se-ia dizer que, no mais das vezes, este empregador também é explorado pelo nível superior da cadeia, de modo que a sua responsabilização se mostrou, na prática, ineficaz. Era preciso, pois, estender essa responsabilidade a todos os níveis da cadeia, ideia a partir da qual muitas teorias trabalhistas passaram a ser desenvolvidas.

Neste artigo, tratar-se-á, pela importância de que se revestem, de duas dessas teorias, a saber: a Teoria da Cegueira Deliberada e a Teoria da Subordinação Integrativa.

A Teoria da Cegueira Deliberada provém do Direito Penal e, conquanto seja uma teoria que imprescinde da demonstração de culpa, presta-se à imputação de responsabilidade a beneficiário da cadeia produtiva, na hipótese de terceirização material. Essa teoria, também chamada de “Teoria do Avestruz” – no Direito norte-americano é referida como *Willful Blindness* ou *Ostrich Instructions* – é largamente utilizada na hipótese de crimes prodrômicos, ou seja, de crimes que dependem da existência de outro, como é o caso da recepção em relação ao crime de furto. Em tais situações, o réu costuma alegar ignorância ou desconhecimento em relação ao crime precedente; neste ponto, a Teoria da Cegueira Deliberada vai reconhecer a responsabilidade daquele que deliberadamente se coloca em estado de ignorância, omitindo-se quanto a um dever geral de cautela (FABRE, 2012, p. 59). Nesse ponto, transportando a Teoria da Cegueira Deliberada para a responsabilidade trabalhista nas cadeias produtivas do setor têxtil (também presta-se às demais cadeias produtivas, que não são objeto deste estudo), torna-se perfeitamente plausível e justificável a responsabilização da marca, ou seja, do primeiro escalão da cadeia produtiva que, injustificadamente, em face da sua responsabilidade social, colo-

cou-se em posição de ignorância, quando tinha obrigação de informar-se sobre a procedência dos produtos que se incorporam nível a nível da cadeia produtiva até chegar ao topo dela. Vê-se, pois, que a Teoria da Cegueira Deliberada tem importante aplicação no combate ao trabalho escravo, lidando diretamente com as condutas culposas omissivas.

Outra importante teoria a justificar a responsabilização de todos os níveis da cadeia produtiva, em especial das grifes ou empresas de 1º escalão, toma por suporte a ideia de subordinação estrutural ou integrativa, trabalhada por Maurício Godinho Delgado, segundo a qual, uma vez inserido o trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente do recebimento de ordens diretas deste empregador, encontra-se ele subordinado estruturalmente ou integralmente, pelo que deve ser reconhecido o vínculo de emprego e todas as garantias e direitos daí decorrentes (DELGADO, 2002, p. 293). Esse argumento tem sido largamente utilizado para afastar o óbice da parte final da Súmula que tratava da terceirização – Súmula 331 do TST – a fim de descaracterizar terceirizações fraudulentas ou irregulares, reconhecendo, diretamente, o liame empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços (CASSAR, 2014, p. 292).

No caso das cadeias produtivas do setor têxtil, diversas inspeções e inquéritos administrativos promovidos pelo Ministério Público do Trabalho têm demonstrado que inúmeras oficinas são criadas e sustentam-se produzindo peças para uma confecção que as repassa à Grife quase que em regime de exclusividade. Essas situações justificaram, recentemente, a condenação de grandes marcas a indenizações por danos morais e ao pagamento de verbas decorrentes de rescisões trabalhistas. É dizer, uma vez que a oficina exista e produza, quase que exclusivamente, apenas para atender à demanda de determinada Grife, resta clara a existência de uma subordinação estrutural de cada nível da cadeia à empresa de primeiro escalão, caracterizada, no caso, a terceirização fraudulenta ou irregular.

De tudo o que foi exposto, verifica-se a urgente necessidade de combate ao trabalho escravo nas cadeias produtivas do setor têxtil – e onde quer que se verifique essa prática deplorável – prestando-se as teorias apresentadas – Teoria da Cegueira Deliberada e Teoria da Subordinação Estrutural – à responsabilização de todos os níveis da cadeia, associadas à ideia de responsabilidade social da empresa e amparadas nos dispositivos constitucionais que asseguram ao trabalhador o direito ao trabalho decente, entendido como aquele que preserva e promove a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e valor imanente ao ser humano, que dele não se pode subtrair.

CONCLUSÃO

O trabalho escravo nas cadeias produtivas do setor têxtil é uma realidade alarmante, que reapareceu com força e expressão em pleno século XXI nos países de periferia do capitalismo e, dentre eles, o Brasil. Inspirado no sistema de trabalho havido na Inglaterra durante a Revolução Industrial, mediante a submissão de trabalhadores e suas famílias a jornadas exaustivas de trabalho, em locais que uniam trabalho e moradia – *sweat system* – e remuneração ínfima a ser paga por peça produzida, esta prática nefasta passou a ser utilizada como estratégia de grandes multinacionais na busca de maior lucratividade.

Ocorre, todavia, que o sistema jurídico – nacional e internacional – não tolera esse tipo de prática que, em nome de melhores resultados econômicos, ofende frontalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor intrínseco do homem, inalienável e irrenunciável, que dele não pode ser destacado, como bem esclarece Ingo Sarlet, já mencionado neste trabalho.

Por estas razões, há um compromisso do Estado brasileiro, bem delineado na Constituição Federal de 1988, que erigiu os direitos dos trabalhadores à categoria de direitos fundamentais, para que seja promovido o trabalho decente, entendido este como aquele que atende ao contrato mínimo de trabalho estabelecido pela Constituição e que, portanto, promove a dignidade humana; este, e não poderia ser outro, é o trabalho que exterioriza uma função social e que desenvolve o ser humano e sua personalidade.

Destarte, a ocorrência de trabalho escravo nas cadeias produtivas do setor têxtil deve ser combatida frontalmente, havendo, inclusive, compromissos internacionais firmados pelo Brasil neste sentido. Entende-se que uma das estratégias de combate à superexploração de mão de obra na indústria da moda é a responsabilização de todos os níveis da cadeia, em especial, do primeiro escalão, com o objetivo de atingir a um maior número de trabalhadores, conferindo, portanto, maior eficácia aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

A pesquisa concluiu, em termos de responsabilidade trabalhista que duas teorias amparam e justificam a responsabilidade em degraus ou escalonada, presutando-se ao objetivo acima transcrito, qual seja, reconhecer a responsabilidade da Grife ou empresa de 1º Escalão e, partir disso, os direitos trabalhistas daí decorrentes para todos os envolvidos em trabalho escravo nos demais níveis da cadeia. A primeira delas, é a Teoria da Cegueira Deliberada, desenvolvida no Direito Penal,

e que visa punir àquele que deliberadamente se coloca em uma situação de ignorância para furtar-se de um dever obrigatório de agir. Vê-se, pois, que esta teoria, conquanto imprescindida da comprovação de culpa, presta-se à responsabilização trabalhista da primeira escala da cadeia, notadamente nas hipóteses de conduta omissiva, face ao dever de fiscalização decorrente da função social da empresa. É inadmissível, portanto, que uma grande Marca aufera lucros exorbitantes às custas de trabalho escravo e tenha sua conduta remida ao argumento da ignorância. Na mesma linha, para salvaguardar os direitos trabalhistas do trabalhador que se encontra em condição análoga a de escravo, socorre-se da Teoria da Subordinação Integrativa ou Estrutural, mediante a qual se reconhece a responsabilidade do Empregador quando o trabalhador estiver inserido na dinâmica do tomador de serviços, ainda que dele não receba ordens diretas. No caso, uma vez constada que a produção de uma oficina se encontra praticamente destinada em sua totalidade à demanda de uma grande Marca, resta configurada a responsabilidade trabalhista desta perante os trabalhadores explorados.

Portanto, tendo em vista as disposições acerca do trabalho previstas na Constituição Federal, as normativas internacionais que disciplinam a matéria e o compromisso assumido pelo Brasil de erradicação do trabalho escravo, bem assim a necessária consagração do trabalho decente, entendido como aquele que promove a dignidade da pessoa humana, mostra-se fundamental o debate acerca da responsabilização trabalhista nas cadeias produtivas do setor têxtil, notadamente das duas teorias explanadas.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, CRFB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15/06/2016.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. 1ª Ed. São Paulo: LTR, 2002.
- _____. **Trabalho Decente: Análise Jurídica da Exploração do Trabalho: Trabalho Escravo e outras Formas de Trabalho Indigno**. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2013.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11ª Ed. São Paulo: Método, 2015.
- CHAGAS, Luís Teixeira das; Miessa, Élisson. **Legislação de Direito do Trabalho e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 3.ed. Salvador: Editora JusPodvium, p. 30.
- CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Estudos Aprofundados MPT MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**. 2ª Ed. Editora Juspodivium:2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

- FABRE, Luiz. Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: O Princípio do Non Refoulement e a Teoria da Cegueira Deliberada. In *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, n. 44, set./2012.
- FINCATO, Denise. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca**. 2ª Ed. Sapiens: 2014.
- GOMES, Rafael de Araújo. **Trabalho escravo e abuso do poder econômico: da ofensa trabalhista à lesão ao direito de concorrência**. Estudos Aprofundados do MPT, Salvador: Editora Juspodvium, 2013.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Portugal. Ed. 70, 2003.
- MELO, Luís Antônio Camargo de. **Trabalho Escravo Contemporâneo: Crime e Conceito**. Estudos Aprofundados do MPT, Salvador: Editora Juspodvium, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. Ed. Livraria do Advogado: 2015.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TELETRABALHO TRANSNACIONAL: O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

Manoela De Bitencourt¹

RESUMO

O presente trabalho apresenta a discussão acerca da lei aplicável nas relações de teletrabalho transnacional. As novas tecnologias permitiram a realização do trabalho a distância, em local remoto do estabelecimento do empregador e em outro país. Deste modo, possível o surgimento de um conflito de leis no espaço, tendo em vista a possibilidade de incidência de mais de um ordenamento jurídico sobre a relação laboral. Dentre outros elementos de conexão existentes no Direito, há a possibilidade de aplicar à relação a lei do país onde ocorre a prestação dos serviços, por meio do critério da territorialidade, que é a lei que se aplica aos demais trabalhadores da empresa. E, por outro lado, o Direito do Trabalho, o qual orienta-se pelo princípio da proteção, elege a norma que for mais favorável ao obreiro, dentre as possíveis incidentes na relação jurídica de teletrabalho transnacional. Dessa forma, o intérprete deverá realizar uma tarefa exegética e escolher uma lei para regulamentar a relação jurídica transnacional. Por um lado, o argumento original, o qual implica na escolha e aplicação de um elemento de conexão. Por outro lado, o argumento consequencial permite ao intérprete utilizar

¹ Mestra e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenadora Científica da Revista da Escola Superior da Advocacia da OAB do Rio Grande do Sul. Professora da Universidade de Passo Fundo (UPF). Coordenadora da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da UPF. Coordenadora do Curso de Direito da UPF, Campus Soledade. Advogada.

fatores externos à norma, princípios, diante das especificidades do caso concreto. A escolha de qualquer elemento de conexão (que não o da norma mais favorável) apresenta um argumento original, na medida em que simplesmente o intérprete foi fiel à norma. No entanto, a escolha da norma mais favorável ao obreiro demonstra um argumento consequencialista, enfatiza a utilização de fatores externos à norma, para a tomada de decisão, na medida em que está a garantir a efetividade dos direitos humanos trabalhistas.

Palavras-chave: Conflito de leis trabalhistas no espaço. Interpretação. Teletrabalho Transnacional.

ABSTRACT

This paper presents the discussion about the applicable law in transnational telecommuting relationships. The new technologies allowed remote work to be carried out, in a remote location of the employer's establishment and in another country. In this way, it is possible the emergence of a conflict of laws in space, in view of the possibility of having more than one legal system on the employment relationship. Among other elements of connection existing in the Law, there is the possibility of applying to the relationship the law of the country where the services occur, through the criterion of territoriality, which is the law that applies to other employees of the company. And, on the other hand, the Labor Law, which is guided by the principle of protection, elects the rule that is more favorable to the worker, among the possible incidents in the legal relationship of transnational telecommuting. In this way, the interpreter must perform an exegetical task and choose a law to regulate the transnational legal relationship. On the one hand, the original argument, which implies in the choice and application of a connecting element. On the other hand, the consequential argument allows the interpreter to use factors external to the norm, principles, given the specificities of the concrete case. The choice of any connecting element (other than that of the most favorable standard) presents an original argument, in that the interpreter simply adhered to the standard. However, the choice of the norm most favorable to the worker demonstrates a consequentialist argument, emphasizes the use of factors external to the norm, for decision making, as it is guaranteeing the effectiveness of labor human rights.

Keywords: Conflict of Labor Rules in space. Interpretation. Transnational Telework.

1 INTRODUÇÃO

O teletrabalho transnacional propiciado pelas novas tecnologias é modalidade de prestação de serviços realizados à distância e em outro país. Assim, possível é o estabelecimento de um conflito de leis no espaço, em razão da possibilidade de incidência sobre essa relação jurídica internacional de normas oriundas de soberanias distintas.

O Direito elege elementos de conexão para solucionar a questão, o que exige uma tarefa exegética do intérprete. Dentre os elementos de conexão incidentes e, a partir de uma interpretação originalista ou com princípios externos à norma, ou ainda, a partir de uma análise consequencialista, o intérprete, solucionará o caso concreto de conflitos de leis trabalhista no espaço.

2 NOVAS TECNOLOGIAS: O SURGIMENTO DO TRABALHO À DISTÂNCIA

O trabalho à distância necessita da internet para a configuração do teletrabalho. Sobre esse novo mundo:

As primeiras quatro décadas da internet nos trouxeram o e-mail, a World Wide Web (rede de alcance global), as pontocom, as mídias sociais, a internet móvel, o Big Data (indústria de grandes bancos de dados), a computação na nuvem e os primórdios da Internet das Coisas. Essas inovações têm sido ótimas para reduzir os custos de busca, a colaboração e as trocas de informações. Têm diminuído as barreiras de entrada de novas mídias e entretenimento, das novas formas de varejo e organização do trabalho, e de empreendimentos digitais sem precedentes [...]².

Num contexto de era digital, de Bitcoin, Don Tapscott e Alex Tapscott propõem uma revolução chamada Blockchain. Segundo os autores,

Com o crescimento de uma plataforma global de identidade, confiança, reputação e transações ponto a ponto, nós finalmente poderemos rearquitar as profundas estruturas das organizações para a inovação, a criação de valor compartilhado e, talvez, até mesmo para a prosperidade para a maioria, em vez de riqueza para a minoria. Isso não significa corporações menores em termos de receita ou impacto. Pelo contrário, estamos falando de construir companhias do

² TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Senai, 2016, p. 33.

século XXI, algumas que podem ser geradoras de massivas fortunas e poderosíssimas nos seus respectivos mercados. Nós acreditamos que as empresas se parecerão muito mais com redes, do que com hierarquias verticalmente integradas como na era industrial. Existe, portanto, uma oportunidade de distribuir (não redistribuir) riqueza de uma maneira mais democrática³.

Com efeito, a tecnologia e a internet possibilitam o surgimento da contratação à distância e a possibilidade de prestação de serviços de forma remota, sem ter que se deslocar até o estabelecimento da empresa.

Surge um mundo de contratos inteligentes, empresas autônomas distribuídas, onde softwares inteligentes assumem o comando, o que possibilita um novo modelo de negócio ou uma revolução dos negócios antigos⁴.

Essa nova tecnologia de negócios proposta pelos autores acima referidos, qual seja, a tecnologia Blockchain, proporciona uma proteção ao seu usuário com relação aos seus dados e informações, o que é necessário a qualquer trabalho. Trata-se de uma mudança a partir do big data para os dados privados. Eles chamam isso de little data⁵.

Sobre essa nova proposta de negócios baseada O gerenciamento de todos os negócios será feito à distância, assim como o teletrabalho. Don e Alex Tapscott propõem:

O chão de fábrica global precisa de um livro-razão global das coisas, também conhecido como Blockchain industrial. Gerentes de fábrica usarão dispositivos inteligentes para monitorar linhas de produção, inventário de almoxarifado, distribuição, qualidade e outras inspeções. Indústrias inteiras podem adotar a abordagem do livro-razão para aumentar significativamente a eficiência de processos como o gerenciamento da cadeia de abastecimento⁶.

Sobre essa nova proposta de negócios baseada na tecnologia – o Blockchain, assim como o Teletrabalho (prestação de serviços à distância por meio da tecnologia), é imperioso trazer a reflexão dos autores Don e Alex Tapscott:

Enquanto o velho mundo era hierárquico, lento, resistente à mudança, fechado, opaco e controlado por intermediários poderosos, a

³ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex, 2016, p. 53.

⁴ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex, 2016, p. 53.

⁵ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex, 2016, p. 77.

⁶ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex, 2016, p. 202.

nova ordem será mais plana, oferecendo uma solução peer-to-peer; mais segura e privada; transparente, inclusiva inovadora. Sem dúvida, haverá deslocamento e disrupção, mas há também uma oportunidade extraordinária para os líderes da indústria fazerem algo sobre isso hoje [...]’.

O teletrabalho transnacional é modalidade de trabalho realizado à distância, a partir da qual alguém presta serviços por meio das ferramentas de comunicação e informação (notoriamente *internet*), distante geograficamente de seu tomador de serviços realizado em qualquer lugar no estrangeiro.

No teletrabalho transnacional, é possível a incidência de leis oriundas de soberanias distintas, em razão de fatores como a origem do trabalhador, o país da sede da empresa, bem como o país onde o trabalhador presta serviços. As normas podem entrar em choque e, em razão disso, surge um conflito de leis no espaço.

3 O TELETRABALHO TRANSNACIONAL E O CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

Dentre outros critérios eleitos pelo Direito, como elementos de conexão a fim de solucionar o conflito de leis no espaço, tem-se principalmente o princípio da territorialidade e o princípio da norma mais favorável, sendo este último eleito pelo Direito do Trabalho.

Segundo Octávio Bueno Magano⁸, a regra a ser aplicada aos casos de conflito de leis trabalhistas no espaço é a da *lex loci laboris*, ou seja, a lei do lugar da execução do contrato de trabalho, a lei do país de prestação dos serviços pelo trabalhador, pois não se concebe a ideia de se aplicarem ordenamentos jurídicos diversos a trabalhadores de um mesmo território.

A Convenção de Roma no seu art. 6º, 2, letra a⁹ dispõe no sentido de aplicar a lei do país onde o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho.

⁷ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex, 2016, p. 122.

⁸ MAGANO, Octavio Bueno. Conflito de leis trabalhistas no espaço (lineamentos). *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 51, n. 8, ago. 1987. p. 917.

⁹ Art. 6º Contrato individual de trabalho
[...]

2- Não obstante o disposto no art. 4º, e na falta de escolha feita nos termos do art. 3º, o contrato de trabalho é regulado: a) Pela lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que tenha sido destacado temporariamente para outro país. CONVENÇÃO DE ROMA. 19 de jun. de 1980. *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*. Disponível em: <<http://elsalusiada.no.sapo.pt/Conven%E7%E3o%20de%20Roma%20-%20texto%20da%20lei.pdf>> Acesso em: 14 set. 2011.

O projeto de lei n. 4505/2008, que trata da regulamentação do teletrabalho no Brasil, prevê, no artigo 9º, a lei do local da prestação dos serviços como competente para reger a relação jurídica de teletrabalho.

Os que advogam no sentido de aplicar a lei do local da prestação dos serviços entendem que não seria admissível aplicar ordenamentos jurídicos distintos a trabalhadores que laboram em um mesmo território a um mesmo empregador e nas mesmas condições. Nesse sentido, manifesta-se Christiane Bernardes de Carvalho Mello¹⁰:

seria realmente confuso e injusto imaginar, por exemplo, no nosso país (ou em qualquer outro) uma empresa que possua trabalhadores de várias nacionalidades e, no que concerne, por exemplo, às horas extras, tenha que dar tratamento diferenciado para brasileiros, japoneses e espanhóis. Esses trabalhadores estrangeiros devem sujeitar-se às normas, aos costumes e à realidade do país em que está sendo executado o labor.

Segundo Arnaldo Sussekind, a tendência universal de se assegurar igualdade de direitos aos nacionais e estrangeiros que prestam serviços, como empregados, em determinado país e a circunstância de ser a legislação do trabalho constituída, em parte, de normas de direito público e, em parte, de normas de direito privado que, no entanto, possuem, geralmente, o caráter de ordem pública, fundamentam o generalizado apelo à lei de lugar da prestação do trabalho. O tratamento aos empregados deve ser dado de maneira igual, sem distinção nenhuma. Mesmo sendo menos benéfica a lei do país da execução do serviço do que a lei do lugar de origem do trabalhador, é a que vai ser a competente, em razão de garantir a igualdade entre todos¹¹.

Assim, de acordo com este entendimento, as relações dos teletrabalhadores que laboram em nível transnacional, isto é, em uma situação na qual o lugar da prestação de serviços está situado em país diverso do da sede da empresa com a utilização de meios informáticos, devem ser regidas pela lei do país onde se está prestando o serviço, ou seja, a mesma lei que se aplica aos naturais daquele país.

Por outro lado, o Direito do Trabalho elege como elemento de conexão o princípio da norma mais favorável, ou seja, dentre as leis soberanas que podem in-

¹⁰ MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. *Direito internacional privado e relação jurídica de trabalho: aspectos da legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

¹¹ *Apud* MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. *Direito internacional privado e relação jurídica de trabalho: aspectos da legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

cidir à relação de teletrabalho transnacional, aplica-se aquela que, no seu conjunto, maiores benefícios outorgar ao trabalhador.

Este critério de conexão encontra fundamento, no caput do art. 7º da Constituição Federal. Ao trabalhador deve ser garantido um mínimo de direitos, na medida em que o Estado Democrático de Direito ou Estado Social deve assegurar aos trabalhadores uma máxima eficácia de um direito social a prestação, razão pela qual a Constituição Federal prevê, no caput do art. 7º, a melhoria da condição social dos trabalhadores, elevando em nível constitucional, o princípio da norma mais favorável.

O Ministro Mauricio Godinho Delgado¹² afirma que o princípio da norma mais favorável encontra-se claramente assumido pela Constituição da República no Capítulo II do Título II da Carta Magna (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), isto é, no art. 7º, caput.

Na legislação infraconstitucional, tem-se o art. 3º, II, da Lei 7.064/82¹³, que trata da contratação ou transferência de trabalhadores para prestação de serviços no exterior, como fundamento legal do princípio da norma mais favorável.

No direito internacional, o inciso VIII do art. 19¹⁴ da Constituição da OIT prevê a diretriz no sentido de que não podem ser aplicadas condições menos favoráveis aos trabalhadores diante da existência de condições que sejam mais benéficas. Assim, esse instrumento servirá de fundamento para a aplicação da norma que for mais favorável ao teletrabalhador, dentre as incidentes a essa relação jurídica internacional.

Essa foi a preocupação lançada pela OIT no último Forum de Diálogo Global sobre os Desafios e Oportunidades do Teletrabalho para os Trabalhadores e Empregadores nos Serviços de Tecnologia da Informação e da Comunicação e Setores de serviços financeiros. O documento foi preparado pelo Escritório do Trabalho Internacional e, dentre outras preocupações:

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 62.

¹³ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

II a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

¹⁴ Em nenhum caso se poderá considerar que a adoção de uma convenção ou uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer Membro – refere-se às Convenções e Resoluções da OIT – prejudicará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figurem no convênio ou recomendação.

Uma questão final que os constituintes da OIT refletem sobre o fato de que hoje as ferramentas tecnológicas significam que já não é tecnicamente impossível para os empregadores em qualquer lugar, incluindo nas TIC e serviços financeiros, empregar trabalhadores qualificados como teletrabalhadores em tempo integral - isto é, fora da sua empresa de país de domicílio. Isto dá origem a questões como qual a lei trabalhista aplicável? - a do país em que o empregador está localizado ou onde o teletrabalhador está funcionando? que impacto que isso teria sobre tais pilares do trabalho decente, como a liberdade de associação, representação coletiva, regimes de segurança social e diálogo social em geral, dado o fato de que o força de trabalho seria então dispersa entre os países - e mesmo as regiões - com diferentes leis trabalhistas? Esta não é uma mera hipótese [...]¹⁵.

Nesse contexto, é possível a incidência de mais de uma norma ao contrato de trabalho - normas oriundas de soberanias distintas – cabendo ao intérprete, dentre as normas incidentes, aplicar uma ao caso concreto de modo a regulamentar a relação jurídica trabalhista. Na escolha, pelo intérprete, da norma a ser aplicada ao contrato de teletrabalho transnacional, resta analisar se a sua tomada de decisão deve ser formalista ou deve ser analisado o caso concreto em específico valorando os fatores externos à norma.

4 O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO NO TELETRABALHO TRANSNACIONAL

O intérprete, ao tentar solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço, em contexto de teletrabalho transnacional, pode ser fiel ao texto da norma (aplicando os elementos de conexão estudados acima) ou pode utilizar-se de valores externos à norma, analisando as especificidades do caso, decidindo conforme as consequências de sua tomada de decisão e avaliando o contexto do caso concreto.

A interpretação e a exegese com relação aos elementos de conexão colidentes deve permear dois caminhos: um formalista e outro não formalista, podendo, neste último, o intérprete, por meio de uma dialética, utilizar fatores externos à norma em aplicação.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Challenges and opportunities of teleworking for workers and employers in the ICTS and financial services sectors. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531111.pdf> Acesso em: mai. 2017.

É oportuno trazer o entendimento de Cass Sunstein:

Dissemos que o Direito Constitucional está permeado pela neutralidade do *status quo*, mas isso é meramente uma descrição, que não tem motivos para mudar. Para explorarmos esse problema, devemos examinar a questão do método no Direito Constitucional. [...] A exegese constitucional inevitavelmente nos obriga a usar princípios externos à Constituição. Não existe interpretação sem os princípios correspondentes, e estes não se encontram na Constituição. No entanto, isso não significa que estamos em meio a um caos, ou em um abismo, ou ainda que o direito é simplesmente política. Pelo contrário, significa tão-somente que os princípios externos devem ser identificados e defendidos¹⁶.

Robert Bork, em *The Tempting of America*, apresenta o seu argumento originalista, no sentido de que alguns magistrados são neutros, os quais seguem a letra da lei. Para o autor, evitar juízos de valor é parte fundamental da tarefa do direito, apenas a observação dos entendimentos originais se presta a essa função¹⁷.

Sobre o originalismo, Juarez Freitas, citando Robert Bork, manifesta-se:

Entre outras falhas, o originalismo exacerbado – por exemplo, de Robert Bork – ‘crê que, onde o Direito resolvesse parar, aí o juiz precisaria parar, ou seja, parte do pressuposto equivocado de que o sistema, em algum momento, poderia encontrar-se em pleno repouso’. Ora bem, o Direito está em incessante movimento ou em continuada variabilidade evolutiva, e deve ser interpretado à vista dessa evidência¹⁸.

Ainda, sobre posições formalistas, Freitas, discorrendo acerca do textualismo de Scalia, refere que:

[...] posturas como a do textualismo tornam-se insatisfatórias diante das exigências prioritárias do sistema constitucional, que implicam transcendência em relação ao texto. O textualismo de Scalia, por exemplo, merece reparos centrais (a) por não assumir a circularidade hermenêutica, com a dialética tensão entre sujeito e objeto, e (b) por não conseguir, em razão disso, dar conta de ordens constitucionais que determinam ir além do texto [...]¹⁹.

¹⁶ SUNSTEIN, Cass R. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. A Constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 120-121.

¹⁸ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 207.

¹⁹ FREITAS, Juarez, 2010, p. 207-208.

Sobre interpretação constitucional e hermenêutica, dentre outras formas, Freitas propõe:

Portanto, para além da intenção aparente (subjéctiva ou objectiva) da norma, mostra-se imperativa a defesa da vitalidade do sistema constitucional que exsurge da convergência insuprimível entre texto e intérprete (cognitiva e volitivamente considerados), interacção tipicamente dialéctica²⁰.

Neil MacCormick explica que aplicar o Direito significa sempre interpretá-lo e defende que em um sentido amplo do termo “interpretação”, a aplicação do direito exige algum ato de interpretação para formar uma compreensão sobre o que o texto diz e aplicá-lo. Esse ato de apreensão do texto consiste na interpretação. Já em um sentido mais estreito, interpretação, relevante para o estudo da argumentação jurídica, consiste em interpretar apenas quando se depara com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, resolvendo a dúvida pelo fato de existir alguma razão que dê apoio ao sentido escolhido.²¹

Ainda, resolver essa dúvida consiste em optar de forma razoável por um dos sentidos que o texto exige; isto é, interpretar o sentido mais estrito do termo. Essa interpretação, em sentido estrito, trata-se do ato de perceber alguma dúvida acerca do sentido ou aplicação correta de alguma informação e de formar uma convicção de tal maneira a ponto de resolver essa dúvida, por meio de uma decisão com relação ao sentido que se mostra mais razoável no contexto.²²

Herbert Hart utiliza a construção teórica em seu positivismo jurídico, aplicando a textura aberta da linguagem ao Direito. Dessa forma, entre o formalismo e o ceticismo, na medida em que contesta a visão formalista que supervalorizava as regras, bem como refutava o ceticismo, que as desvalorizava em absoluto, construiu sua teoria sob a consideração de que embora as leis fossem regras, decorria da textura aberta da linguagem das regras jurídicas um espaço considerável de discricionariedade dos juízes e demais autoridades na aplicação das regras ao caso concreto. Assim, considera as leis importantes e necessárias, as quais não podem ser ignoradas; contudo, reconhece a incapacidade destas em oferecer uma única resposta correcta²³.

²⁰ FREITAS, Juarez, 2010, p. 206.

²¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 161.

²² MACCORMICK, 2008, p. 162.

²³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-191.

Discorre Hart:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto. Nisso, à margem das normas e nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis [...] ²⁴.

Com efeito, percebe-se que existe uma classificação de argumentos aptos a dar apoio a conclusões interpretativas. Dentre esses argumentos, encontra-se o argumento consequencialista ou, de acordo com Neil MacCormick, ²⁵ argumento teleológico-avaliativo.

MacCormick, então, discorrendo acerca da possibilidade da tomada de decisão ser justificada ou tornada correta a partir de suas consequências, explica que não se pode adotar posições extremadas. Segundo ele, “devemos dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões” ²⁶.

Argumenta, ainda, o autor que

[...] um certo tipo de raciocínio consequencialista tem importância decisiva na justificação das decisões jurídicas. Raciocinar sobre os problemas da relevância e da interpretação, e sobre alguns aspectos da argumentação sobre os problemas de classificação e avaliação, tipicamente envolve questões relativas à linha adequada de desenvolvimento do Direito a partir do caso particular em apreço ²⁷.

²⁴ HART, Herbert L. A, 2009, p. 175-176.

²⁵ MACCORMICK, 2008, p. 175-182.

²⁶ MACCORMICK, 2008, p. 136.

²⁷ MACCORMICK, 2008, p. 136-137.

Dessa forma, a resposta aos problemas jurídicos tem que ser formulada em termos jurídicos, seja por meio da interpretação de leis, de precedentes, ou, ainda, de princípios jurídicos desenvolvidos mediante uma ordem normativa. Casos que admitem mais de uma interpretação para a sua solução surge a necessidade de saber a racionalidade da escolha entre as respostas possíveis.²⁸

Essa escolha deve ser vista pelos operadores jurídicos com relação às suas consequências no que concerne ao Direito. Ao decidir um caso e justificar a decisão, exige-se que essa decisão possa ser transcendida ao universo, pelo menos, de forma implícita, e que possa ser comparada com os méritos de outra possível proposta universal (rival), no que concerne à qualidade. Assim, fundamentações devem ser dadas à alternativa escolhida, na linha da decisão preferida num caso e em todos os que sejam semelhantes.²⁹

A análise das consequências para justificar uma decisão tem que levar em conta os resultados para além do caso particular e causal. Em um contexto de justiça formal, tratando casos iguais de maneira igual, as decisões judiciais justificadas pressupõem razões universalizáveis ou sentenças que extrapolam o caso particular em questão. Somente as sentenças justificadas podem justificar as decisões.

Nesse diapasão, ensina MacCormick que

Uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia.³⁰

Stephen Breyer converge do entendimento de MacCormick quando expõe no seu livro *Making our Democracy Work*, sugerindo que juízes devem decidir levando em consideração as consequências reais do mundo e, dessa forma, a Corte pode fazer com que a lei seja mais efetiva, criando um Governo Democrático “workable”³¹.

Breyer explica o porquê os juízes devem seguir uma interpretação baseada em abordagens com propósitos e consequências: “first, judicial consideration

²⁸ MACCORMICK, 2008, p. 137.

²⁹ MACCORMICK, 2008, p. 137.

³⁰ MACCORMICK, 2008, p. 139.

³¹ BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work*. Nova York: Vintage Books, 2011, p. 74.

of a statue's purposes helps to further the Constitution's democratic goals"³²³³. Prossegue o autor: "second, a purpose-oriented approach helps individual statues work better for those whom Congress intended to help"³⁴³⁵. E, por último, continua Breyer: "third, and most important, by emphasizing purpose the Court will help Congress better accomplish its own legislative work"³⁶³⁷.

O intérprete, na sua tomada de decisão, dentre as normas incidentes à relação trabalhista de teletrabalho transnacional e entre os elementos de conexão mais estreitos, se escolher a lei do país que, no seu conjunto, for mais favorável ao trabalhador traz como consequência uma melhoria na condição social do trabalhador e, por conseguinte, uma eficácia e efetividade dos direitos humanos trabalhistas, além de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. No caso em análise, a aplicação do princípio da norma mais favorável resulta em uma análise consequentialista.

Já a escolha por qualquer outro critério implica na valorização do texto, da norma, dos elementos de conexão previstos nos instrumentos de Direito Internacional. Nesse caso, não se efetivará a tutela máxima devida ao obreiro, na medida em que a norma a ser aplicada pode ser menos benéfica ao trabalhador.

5 CONCLUSÃO

O teletrabalho transnacional realizado, portanto, em outro país, possibilita a incidência sobre o contrato de mais de uma norma oriunda de soberanias distintas. Os elementos de conexão a fim de solucionar o conflito de leis são especialmente o critério da territorialidade e o da norma mais favorável, este último princípio do direito do trabalho.

Portanto, diante de um conflito de leis trabalhista no espaço, deve o intérprete, no caso concreto, por meio de uma hermenêutica dialética, aplicar a

³² Primeiro, a consideração judicial dos propósitos de uma estátua ajuda a promover os objetivos democráticos da Constituição (tradução livre).

³³ BREYER, Stephen, 2011, p. 94.

³⁴ Segundo, uma abordagem orientada pelo propósito ajuda as estátuas individuais a trabalharem melhor para aqueles que o Congresso pretendia ajudar (tradução livre).

³⁵ BREYER, Stephen, 2011, p. 96.

³⁶ Terceiro e mais importante, enfatizando o propósito, o Tribunal ajudará o Congresso a realizar melhor seu próprio trabalho legislativo (tradução livre).

³⁷ BREYER, Stephen, 2011, p. 96.

norma que for mais favorável ao trabalhador. O princípio da norma mais favorável trata-se de um valor fundamental da ordem jurídica, o qual decorre de uma tarefa exegética de princípios e/ou valores externos à norma, além de efetivar uma análise consequencialista do caso concreto. Essa escolha implicará em uma valorização aos princípios sociais, trabalhistas e de efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores.

ACIERTOS Y PUNTOS CRÍTICOS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA SOBRE SUBROGACIÓN CONVENCIONAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE CONTRATAS. ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS Y PROPUESTA DE REFORMA

Margarita Tarabini-Castellani Aznar¹

RESUMEN

La jurisprudencia originada por la STS de 7 de abril de 2016, R. 2269/2014, trata de racionalizar la aplicación de la jurisprudencia comunitaria que, a partir del asunto Temco, considera que la sucesión de contratas en el sector de empresas de servicios cuya actividad reside en la prestación de los empleados, es una sucesión de empresas si, con motivo de la sucesión, una parte importante del personal pasa de la contratista saliente a la entrante. La posición del Tribunal Supremo español tiene aciertos y puntos discutibles que el presente artículo analiza y que presentan la ocasión para ofrecer alternativas interpretativas de la jurisprudencia comunitaria y unas propuestas de reforma legal.

1. INTRODUCCIÓN

1. Fue, muy probablemente, el hecho de que la sucesión de contratas fuera tradicionalmente considerada como una simple sucesión de plantillas y, en consecuencia, que no le fuera aplicable los efectos de la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la que alentó la negociación de cláusulas

¹ Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de las Islas Baleares. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Cuarta. Margarita.tarabini@uib.es.

subrogatorias en aquellos sectores dedicados especialmente a servicios, en los que la actividad descansa en el factor humano. Si la subrogación legal exigía el traspaso de un conjunto organizado de medios suficiente para continuar la actividad, vinculado a unos medios materiales o inmateriales para su realización, la única vía para que operase un efecto subrogatorio en los supuestos de sucesión de contratas, era pactarlo. Las previsiones convencionales al respecto en sectores como limpieza, vigilancia y seguridad, centros de atención a la dependencia, entre otros, tenían como finalidad el mantenimiento del empleo en estos sectores de actividad volátil.

2. La sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de abril de 2016, R. 2269/2014, ha iniciado una línea jurisprudencial en esta materia cuyo análisis crítico constituye el objeto de la presente comunicación. Para ello partiré de una breve referencia a los orígenes de la misma (2), para presentar la nueva doctrina (3), tratar sus, a mi juicio, aciertos y puntos críticos (4), y concluir con una serie de alternativas interpretativas y una propuesta de reforma que permita salir al paso de las disfunciones generadas (5).

2. BREVE REFERENCIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE CONTRATAS DE SERVICIOS.

3. La jurisprudencia comunitaria en lo que se refiere a la aplicación de las Directivas 77/187/CE y 98/50/CE, actualmente refundidas en la Directiva 2001/23/CE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de centros de actividad, que no siempre había diferenciado entre sucesión de empresa y sucesión de actividad, vino a introducir en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 11 de marzo de 1997, C-13/95, Asunto *Süzen*, un elemento inquietante, en el que insistieron las SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Asuntos *Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo*, y que culminó con la STJCE de 24 de enero de 2002, C-51/00, Asunto *Temco*, a la que siguen las SSTJCE de 13 de septiembre de 2007, C-458/05, Asunto *Jouini*; de 20 de enero de 2011, C-463/2009, Asunto *Clece* y de 6 de septiembre de 2011, C-08/10, Asunto *Scattolon*.

El Tribunal de Justicia, en esta línea, considera que el artículo 1. 1. b) la Directiva 2001/23/CE, incluye a determinados supuestos de sucesión de contratas. Según dicho precepto se considerará transmisión a efectos de la mencionada Di-

rectiva la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Y el Tribunal concluye que se aplica a una situación en la que un contratista entrante se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del contratista saliente, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el contratista destinaba a la ejecución del contrato. Lo mismo cabe deducir cuando la asunción del personal se produce por la vía de hecho, o en virtud de pliego de condiciones y con independencia, en todo caso, de la naturaleza pública o privada de las entidades implicadas en la transmisión.

Esta jurisprudencia, que mereció razonables y duras críticas de la doctrina², en lo que a efectos del presente estudio interesa, no diferenciaba en virtud de qué título se producía el traspaso del personal; lo fundamental –como sucede con la transmisión de empresa– era el traspaso en sí, de manera que resultaba irrelevante si se había producido voluntariamente, por la vía de la contratación por parte del contratista entrante de esa parte esencial de la plantilla del saliente u obligatoriamente, a través de una previsión convencional, contractual o administrativa.

4. En cualquier caso, y aún con la certeza de la confusión que generaba, el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 2010, R. 2300/2009, consolida el seguimiento de dicha jurisprudencia que ya se había asumido en la STS de 27 de octubre de 2004, R. 899/2002, tras las reservas manifestadas al respecto en la STS de 20 de octubre de 2004, R. 4424/2003 y las que reiteran su doctrina (por todas STS 21 de octubre y 26 de noviembre de 2004, R. 5075/2003 y 5071/2003, respectivamente), cuyo supuesto enjuiciado evitaba su aplicación.

En principio, habría que concluir que en los casos de sucesión de contratas, en sectores en los que la actividad económica descansa fundamentalmente en

² Por todos, CAMPS RUIZ, L., “La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones” en AA. VV., CAMPS RUIZ, L., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor Ignacio Albiol Montesinos*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pág. 273; CUENCA ALARCÓN, M., “El impacto laboral de la transmisión de empresa” en AA. VV., LAHERA FORTEZA, J., y VALDÉS DAL-RE, F., (dirs.) *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Cinca, Madrid, 2010, págs. 174-175; DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, RMTAS, núm. 38, 2002, pág. 253;

LAHERA FORTEZA, J., “La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del art. 44 en las sucesiones de contratas (STS 12 de julio 2010, Rec. 2300/2009 y STJUE 20 de enero de 2011, asunto C 463/09)”, RL núm. 19, 2011, ejemplar de la Base de Datos de Laley Laboral, págs. 1 y 2. También algunas sentencias de la Sala Cuarta reflejaron la perplejidad ante la jurisprudencia comunitaria como sucede con las de 20 y 21 de octubre de 2004, R. 4424/2003 y 5075/2003 respectivamente y las que reiteran su doctrina.

la prestación que realizan los trabajadores, esto es, los sectores de servicios sin gran apoyo material, la asunción por parte de la contratista entrante de una parte esencial, en términos de cantidad y calidad, del personal de la saliente, con independencia del título por el cual se produce la misma, sería una sucesión de empresa o lo que es lo mismo, el traspaso del personal pasaría a regirse por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

5. Esta es la doctrina, seguida por toda una serie de sentencias, que concluye que una sucesión de contratos de servicios auxiliares en la que el empresario entrante contrata a numerosos trabajadores antes empleados en la saliente, constituye una sucesión de empresas, lo que convierte al primero en el responsable de los despidos de los trabajadores no contratados (Por todas, SSTs de 17 de diciembre de 2011, R. 4665/2010; 28 de febrero de 2013, R. 542/2012; 5 de marzo de 2013, R. 4984/2011; 9 de abril de 2013, R. 1435/2012 de 8, 9 y 10 de julio de 2014, R. 1741/ 2013, 1201/2013 y 1051/2013, respectivamente; 9 de diciembre de 2014, R. 109/2014; 12 de marzo de 2015, R. 1480/2014).

En algunas de estas sentencias se resume la doctrina de la sala sobre el particular y, por lo que aquí interesa, se indica que el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla por parte de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció el TJCE en su sentencia de 24 de noviembre de 2002, en el caso *Temco*, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable.

También cabe incluir en este grupo a pronunciamientos con argumentación a contrario, como la STS de 15 de julio de 2013, R. 1377/2012, que, sobre el artículo 18 del Convenio Estatal de *Contact Center*, indica que dicho precepto no impone la subrogación, que son necesarios medios materiales, además de los personales, para llevar a cabo la prestación; por lo que en la medida en el que el contratista entrante ha puesto sus propios medios, la contratación de gran parte del personal de la saliente no implica la existencia de sucesión de empresa por sucesión de plantillas. De otra forma dicho, si el convenio impusiera la subrogación y para la prestación del servicio bastara la actividad realizada por el personal, la asunción del mismo podría implicar la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

6. En paralelo, y muy probablemente como consecuencia de la pretensión deducida en los recursos, numerosas sentencias ciñen su análisis al precepto convencional que establece la subrogación, sin plantear la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que la responsabilidad de la empresa saliente o la entrante, o de ambas, frente a las demandas de los trabajadores depende

del cumplimiento o no de las previsiones convencionales. Es lo que sucede con, por ejemplo, las SSTS de 23 de mayo de 2005, R. 1674/2004; 20 de septiembre de 2006, R. 3671/2005; 10 de diciembre de 2012 de 2008, R. 3837/2007; 21 de septiembre de 2012, R. 2247/2011.

7. Podrían distinguirse, en virtud de lo anterior, dos líneas jurisprudenciales en torno a las consecuencias de la subrogación de la entrante en la posición de la saliente en los casos de sucesión de contratistas en los sectores de servicios basados en la actividad que realizan los trabajadores. Por una parte, aquella en la que la sucesión opera como consecuencia de que el contratista entrante haya asumido a una parte importante del personal de la saliente; dentro de la cual se incluyen las sentencias en las que la subrogación del personal se produce por aplicación de una cláusula al efecto en el convenio colectivo. Por otra parte, aquella jurisprudencia que se centra en el análisis de la disposición sectorial que establece la subrogación, que no se pronuncia sobre la sucesión de empresa.

3. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA SUBROGACIÓN EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE CONTRATISTAS DE ORIGEN CONVENCIONAL INAUGURADA POR LA SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2016.

8. La STS de 7 de abril de 2016 y todas las que la siguen son fruto de un extraño cruce entre estas líneas jurisprudenciales hasta entonces paralelas. El supuesto de hecho viene referido a una reclamación de cantidad que se produce en el marco de una sucesión de contratistas de limpieza o vigilancia y seguridad, según los casos. La deudora es la contratista saliente, pero la demanda se interpone contra ella y la entrante con amparo normativo en el artículo 44. 3 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la responsabilidad solidaria de las empresas que intervienen en una transmisión de empresa por las deudas anteriores a la transmisión. El recurso se interpone en la mayoría de los casos por la empresa entrante, también en algún caso ha recurrido el trabajador y, en el caso de la sentencia de 7 de abril de 2016, el recurso lo interpuso el FOGASA. Véanse por todas, SSTS de 3 y 10 de mayo de 2016, R. 3165/2014 y 2957/2014; 1 de junio de 2016, R. 2468/2014; 6 de julio de 2017, R. 1550/2014 y 1660/2016; 13 de julio de 2017, R. 2883/2016; 25 de julio de 2017, R. 2239/2016; 20 de diciembre de 2017, R. 3357/2016. Las sentencias de 7 de abril y 10 de mayo de 2016 contienen votos particulares discrepantes dos en el caso de la primera, uno en la segunda, cuyo contenido no trataré por razones de espacio, en los que se encuentran algunas de las cuestiones que se mencionan en este estudio.

La lectura de la declaración de hechos probados de todas las sentencias da cuenta de la sucesión de contratas y de las deudas de la contratista saliente reclamadas, pero en ninguna se hace referencia al número de trabajadores que la nueva contratista ha asumido. Sin embargo, debe entenderse que se ha producido el traspaso de la plantilla o una gran parte de la misma porque, al encuadrar el motivo del recurso, el fundamento jurídico primero de todas ellas señala: *“La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si en un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de contratas operada por mandato del convenio colectivo, que expresamente exonera de responsabilidad a la empresa entrante por deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, la empresa que se hace cargo de la plantilla en aplicación del convenio responde o no de aquéllas deudas salariales.”*

9. El esquema argumentativo de esta jurisprudencia es similar en todas las sentencias señaladas. Parte de la base de que no hay traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad, por lo que no se trata de un supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Y una razón de esta afirmación es que la asunción del personal no se produce voluntariamente, sino por aplicación de un convenio colectivo ya que estas cláusulas subrogatorias se pactan para supuestos de sucesión de contratas, que están excluidos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Apoya esta afirmación en una sentencia de 1993, sobre la diferencia entre una sucesión de empresa y una mera sucesión de actividad, muy anterior al cambio de la jurisprudencia comunitaria.

Por otra parte, aclara que el artículo 44. 3 del Estatuto de los Trabajadores es una previsión específica incorporada por el legislador español más allá del comunitario que, en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, establece la subrogación del cesionario en la posición del cedente y deja a los Estados miembros la facultad de establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.

A continuación, afirma que la doctrina científica y la jurisprudencia de la sala –con cita de algunos de estos ejemplos– han sido constantes en señalar que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos, la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio. Y justifica que no obsta a dicha conclusión la STJCE 29/2002, de 24 de enero –Asunto *Temco*–, que, recuer-

dese, consagró la sucesión de empresa en determinados supuestos de sucesión de plantillas. La razón es que la citada jurisprudencia se refiere al artículo 3. 1 de la Directiva 2001/23/CE y como se ha dicho, el precepto en cuestión no hace referencia a la responsabilidad solidaria. Por ello, continúa la argumentación, la cláusula subrogatoria sectorial introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el artículo 44 ET y la previsión subrogatoria en cuestión se produce en términos de suplementariedad o concurrencia no conflictiva, ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.

Considera, en la misma dirección que, aunque el dato de que la mayoría de trabajadores esté al servicio del nuevo empleador provoca una “sucesión de plantilla” y una ulterior “sucesión de empresa”, esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. Añade que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, por lo que la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). De este modo, por un lado, cohonestan las previsiones analizadas, pertenecientes a cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) y, por otro, se respetan los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario.

Termina la fundamentación jurídica con una referencia a la legalidad de la cláusula subrogatoria en cuestión, un análisis de su contenido o una referencia a su reconocida legalidad por la existencia de anteriores pronunciamientos en ese sentido, según los casos, para terminar con el fallo que implica la condena exclusiva por las deudas a la contratista saliente y, en su caso, al FOGASA.

4. ACIERTOS Y PUNTOS CRÍTICOS DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE LA SUBROGACIÓN EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE CONTRATAS DE ORIGEN CONVENCIONAL

10. Los aciertos de esta jurisprudencia no son pocos en su intento de ordenar la relación entre la sucesión de empresa y la sucesión de contratistas tras la jurisprudencia comunitaria señalada. En este sentido, traza un territorio normativo

para cada una de las mismas, de manera que la existencia de convenio colectivo en los sectores de contratas de servicios que imponga la subrogación, blindará la existencia de sucesión de empresa. De esta forma, garantiza la legalidad de estas cláusulas de empleo y evita que la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa a estas situaciones conduzca a su desaparición en el ámbito negocial.

En efecto, por una parte, si cuando, con motivo del convenio se asume a la mayor parte del personal y a consecuencia de ello se aplica el régimen jurídico de la sucesión de empresa, las eventuales limitaciones convencionales sobre el particular devendrían ilegales para dicho supuesto. Y por otra parte, si la aplicación del régimen jurídico legal implica que el entrante debe asumir a todo el personal, no únicamente al que señala el convenio, y ser responsable solidariamente de las deudas del anterior contratista, entre otras consecuencias, el futuro de estas previsiones negociales no es muy claro, ya que, contempladas, precisamente, para cubrir un escenario de inexistencia de garantía en la continuidad en el empleo, se convierten en la causa de una sucesión cuya inexistencia constituía su razón de ser.

11. Pero este bucle -la existencia de garantías de empleo en el convenio colectivo para los supuestos de sucesión de contratas es la causa de la aplicación del régimen legal de la sucesión de empresa y por tanto sus eventuales límites podrían ser ilegales- lleva también a los puntos críticos de la jurisprudencia que se analiza, porque la pretensión -loable- de dibujar fronteras entre la sucesión de empresa y la de contratas incurre en una primera petición de principio. La afirmación inaugural de que el caso no es una sucesión de empresas, que luego se justifica en la existencia de convenio y en algún momento se contradice es, a la luz de la jurisprudencia comunitaria y alguna anterior de la propia Sala Cuarta, discutible y en este sentido también se pronuncian los votos particulares que, como se ha señalado anteriormente, tienen las sentencias de 7 de abril y 10 de mayo de 2016.

Las sentencias parten de la base de que *“nos encontramos ante un supuesto -continuación sucesiva en el tiempo de empresas en la contrata de servicios de seguridad para una entidad principal-, en el que no hay una transmisión de empresa entre las dos entidades codemandadas que han venido prestando el servicio sucesivamente, puesto que no existe el traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.”* Pero no se explica por qué. No hay fundamento jurídico alguno que razone dicho punto de partida. Es más, a tenor de la argumentación seguida por el Tribunal Supremo, la justificación se encuentra en que la asunción se ha producido trámite convenio colectivo, no voluntariamente.

12. La existencia de una sucesión de empresa, en el caso de la sucesión de contratistas y de plantilla, exige examinar las circunstancias concurrentes, pues puede producirse cuando el nuevo contratista asume, incluso por así imponerlo el convenio colectivo -la sentencia *Temco* se pronuncia precisamente sobre el particular-, una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el contratista destinaba a la ejecución del contrato. De otra forma dicho, la afirmación de partida de la jurisprudencia que se analiza sólo tendría sentido una vez analizados los hechos y en concreto, el número y la competencia de trabajadores que han sido asumidos por la entrante, y únicamente si el traspaso de personal fuera irrelevante podría concluirse que, en efecto, no hay sucesión de empresa. En consecuencia, el punto de partida es apodíctico.

13. Este controvertido punto de partida, haría caer también, a mi entender, la premisa de la aplicación normativa diferenciada: Directiva/Ley para la transmisión de empresa, Convenio Colectivo para la de contratistas. Y con ello igualmente quebraría la interesante reflexión en torno a que el convenio está aplicando la Directiva 2001/23/CE a un ámbito para la que ésta no está destinada. Y es que de la jurisprudencia comunitaria se deduce que el convenio colectivo sólo regula la situación de la que se trata cuando se ha descartado la aplicación de la citada Directiva; de modo que no es la preexistencia del convenio la que la descarta, sino la previa comprobación de que el supuesto de hecho no sea una sucesión de empresa. Como el Tribunal de Luxemburgo señala y así se recoge también en la jurisprudencia interna, la existencia de la sucesión de empresa depende de las circunstancias de hecho, de modo que *a priori* la presencia de un convenio colectivo que imponga una subrogación convencional no conlleva la no aplicación de los efectos sucesorios legales.

14. Del mismo modo, resulta discutible que la jurisprudencia comunitaria no vincule a los supuestos de autos. La Sala Cuarta, sabedora de que la génesis del problema, del bucle en el que nos encontramos, es aquella, trata de limitar su aplicación al caso. Así, en la medida en que en el origen de las actuaciones se discute la responsabilidad solidaria derivada del artículo 44. 3 del Estatuto de los Trabajadores, que no está prevista en la Directiva 2001/23/CE, concluye que la jurisprudencia comunitaria no es aplicable al caso o si se quiere, que la condena en exclusiva al contratista saliente por las deudas con los trabajadores, en virtud de lo dispuesto en el convenio, no la contradice. La argumentación del Tribunal Supremo seguiría este orden: el convenio colectivo implica que no hay sucesión de empresa, porque regula un ámbito que la Directiva -y el artículo 44- no cubren, y además en el

supuesto se reclama sobre la base de una responsabilidad solidaria que la Directiva no contempla, luego la jurisprudencia sobre la misma no es aplicable al caso³.

Este razonamiento no es inequívoco y podría incluso dar pie a entender que estamos ante una *"excusatio non petita"*. Se justifica que la posición de la sala no contradice la jurisprudencia comunitaria sobre la base de que se está reclamando un derecho que la Directiva 2001/23/CE no contiene. Pero esta justificación no es necesaria con el punto de partida adoptado que, recordemos, determina que la existencia de una previsión subrogatoria en el convenio colectivo implica que el supuesto enjuiciado no es una sucesión de empresa. Por tanto, si no es una sucesión de empresa no le es de aplicación jurisprudencia alguna en torno a dicha figura jurídica, sea comunitaria o sea interna.

En puridad, la jurisprudencia comunitaria no sería aplicable -en la hipótesis mantenida por la Sala Cuarta- porque la existencia de la cláusula subrogatoria ya ha excluido la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, no porque se reclame la responsabilidad solidaria de entrante y saliente. Si no se entendiera de esta forma, el razonamiento del Tribunal Supremo podría conducir a diferenciar dos tipos de sucesión de empresa en función de la pretensión deducida, aquella a la que se aplica la Directiva 2001/23/CE -y la jurisprudencia que la interpreta- y otra a efectos de la aplicación de la norma interna. Con otras palabras, a tenor de esta tesis, a las pretensiones sustanciadas sobre la base del artículo 44. 3 del Estatuto de los Trabajadores, en el marco de una subrogación entre los contratistas que se suceden por así imponerlo un convenio colectivo, no le sería aplicable la jurisprudencia comunitaria, mientras que sí lo sería a aquellas amparadas en las previsiones en las que la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores coinciden.

15. Otro punto crítico, en parecido sentido al anterior, es la reflexión que las sentencias analizadas efectúan a continuación en torno a que *<<la realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una "sucesión de plantilla" y una ulterior "sucesión de empresa">>*, pero *<<esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo>>*. Pues en la medida en que *<<si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET)>>*.

³ Sobre la exclusión de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, véase Aragón Gómez, C., "Régimen Jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional", Trabajo y Derecho, núm. 25, 2017, págs. 80 y ss.

Además de pasar de considerar que convenio colectivo se sitúa en una relación de complementariedad con la Directiva a una relación de mejora con Directiva y Estatuto de los Trabajadores, la sala da cuenta aquí de la gran paradoja en la que incurre la jurisprudencia comunitaria y a la que ya hemos hecho referencia: que es la cláusula subrogatoria del convenio, incluida para garantizar el empleo en un sector donde no se aplica el régimen jurídico de la sucesión de empresa, la que acaba provocando que se aplique dicho régimen jurídico.

16. Pero es que esta paradoja parece insalvable porque, a pesar de los intentos de las sentencias de las que se está tratando, tras la jurisprudencia comunitaria iniciada con el Asunto *Temco* es difícil mantener que la realidad ontológica “sucesión de plantillas” pueda seguir rigiéndose por convenio colectivo, cuando en aplicación del mismo el personal de la contratista saliente ha pasado a la entrante; pues es en dicho momento en el que dicha jurisprudencia entiende que puede tener lugar una sucesión de empresa. O sea, este supuesto de hecho, con la jurisprudencia comunitaria en la mano, impediría considerar que haya una realidad ontológica que siga rigiéndose por convenio colectivo. En definitiva, los razonamientos de estas sentencias, en lo que a coherencia los distintos órdenes, comunitario, interno y convencional se refiere, aunque prácticos y consolidados, no conseguirían plenamente su objetivo.

17. A la vista de esta jurisprudencia diversos Tribunales Superiores de Justicia interpusieron cuestiones prejudiciales relativas a la aplicación de la Directiva a supuestos de sucesión de contratistas con asunción de personal derivada de convenio colectivo. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de julio de 2018, C-60/17, Asunto Somoza Hermo, ha dado respuesta a la cuestión interpuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y ha confirmado la aplicación de la Directiva a los casos en que la contratista entrante se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial en términos de número y competencias, del personal que la saliente destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas. Con ello se hace evidente la necesidad de una reformulación de esta última jurisprudencia española.

18. Llama la atención en este sentido, como también advierten los votos particulares a algunas de estas sentencias, que se obvian pronunciamientos previos, como la importante STS 12 de julio de 2010, R. 3200/2009, que asumió la doctrina comunitaria en un supuesto de sucesión de plantillas operada por convenio colectivo. Y que, al tiempo que no se expone el cambio de doctrina operado, en con-

traposición, se haga referencia a sentencias en las que se afirma que la sucesión de contratas no es sucesión de empresa, cuando algunas de ellas son anteriores a la citada jurisprudencia comunitaria y las que son posteriores contienen dichas afirmaciones en *obiter dicta*, porque debaten en torno a una pretensión articulada sobre la cláusula subrogatoria convencional, no sobre el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (véanse las SSTs de 23 de mayo de 2005, R. 1674/2004; 20 de septiembre de 2006, R. 3671/2005; 10 de diciembre de 2008, R. 3837/2007; 21 de septiembre de 2012, R. 2247/2011 y 24 de julio de 2013, R. 3228/2012). Del mismo modo, tampoco se encuentra mención alguna a la jurisprudencia que sigue la tesis comunitaria en los casos en que, sin constar previsión al efecto en convenio colectivo, el contratista entrante asume gran parte del personal del saliente y considera producida una sucesión de empresa. Acaso la confrontación con la misma hubiera permitido a la Sala Cuarta apuntalar las razones que le han llevado a afirmar que la existencia de cláusula convencional subrogatoria conduce a la conclusión contraria, a la inexistencia de sucesión de empresa.

19. Sucede, además, que en pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo las fronteras de la normativa aplicable en esta materia no siempre han estado tan claras. Así, en su sentencia de 31 de mayo de 2017, R. 234/2016, concluye que cuando la cláusula subrogatoria del convenio no regula todos los efectos sucesorios, ha de aplicarse analógicamente el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En el caso, una sucesión de contratas de vigilancia y seguridad, la contratista entrante aplica su propio convenio y abona a los trabajadores de la anterior contratista un salario inferior al percibido en aquella; lo que produce el planteamiento de un conflicto colectivo en la nueva adjudicataria sobre el particular. La sentencia parte de la jurisprudencia objeto de este estudio y que, por tanto, ha de estarse al convenio, pues no estamos ante una sucesión de empresa. Sin embargo, entiende que, en defecto de previsión convencional se aplica el artículo 44. 5 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, salvo pacto en contrario, los trabajadores afectados se rigen por el convenio colectivo de la anterior adjudicataria hasta la expiración del mismo o entrada en vigor de nuevo convenio.

Considera al respecto que la literalidad de la cláusula subrogatoria aplicable -artículo 14 del Convenio estatal de empresas de vigilancia y seguridad- hace referencia al deber de respetar los derechos laborales que los trabajadores tuvieron reconocidos y qué duda cabe, entiende la sala, que entre ellos ha de estar necesariamente los derivados del convenio. Pero a ello añade una argumentación que incurre de nuevo en cierta contradicción al tratar de dar coherencia a esta proble-

mática y es que señala que *“excluidas concretas previsiones del Convenio Colectivo en orden a particulares efectos de la subrogación «convencional», se produce una «asunción de plantilla», cuya realidad material una vez producida ha de imponer – por elemental lógica jurídica– las naturales consecuencias atribuibles a tal realidad ontológica, siquiera tan sólo ello tiene lugar en defecto de normas convencionales, que de existir resultarían de prioritaria aplicación.”* Por tanto, el razonamiento sería algo así como *“se aplica el convenio porque no es sucesión de empresa, pero como el convenio sólo hace referencia al mantenimiento de condiciones y ontológicamente el supuesto es una sucesión de empresa, se aplica el artículo 44.5 del Estatuto de los Trabajadores y se impone la aplicación del anterior convenio colectivo a los trabajadores asumidos”*.

En realidad, si partiéramos de la primera afirmación, que el supuesto no es una sucesión de empresa, no tendría por qué aplicarse el artículo 44.5 del Estatuto de los Trabajadores. Si el convenio que regula la subrogación del personal sólo impone el respeto de los derechos laborales, resulta perfectamente posible mantener una interpretación que no vincule al régimen jurídico legal de la sucesión de empresa y entender que no está contemplando el mantenimiento del convenio colectivo de origen, sino un respeto en el plano contractual de los derechos en cuestión y dicha exigencia podría haberse traducido en el mantenimiento de las condiciones de trabajo a los trabajadores asumidos como garantías *ad personam*, integradas en su patrimonio contractual.

20. Otra consecuencia de la jurisprudencia objeto de estudio son sentencias como la de 7 de junio de 2016, R. 2911/2014 en la que es posible encontrar la fusión de la jurisprudencia iniciada por la sentencia de 7 de abril de 2016 y la anterior a ella, que tiene en cuenta el número de trabajadores asumidos. En ella se produce una sucesión de contratas en un centro dedicado a la prestación de servicios a personas dependientes. La contratista entrante ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior contratista (diez de quince trabajadores), y ésta considera que aquélla debe asumir a todo el personal que antes prestaba servicios en el centro, a tenor del artículo 63 del Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal.

La sala transcribe la jurisprudencia referida a la existencia de sucesión de empresa cuando el contratista entrante contrata a la mayor parte del de la saliente, junto a la jurisprudencia que indica que cuando se trata de una asunción de personal en virtud de lo dispuesto en un convenio colectivo no hay sucesión de empresa y de

acuerdo con ambos argumentos confirma la sentencia recurrida que condenaba a la entrante por el despido improcedente de la trabajadora no asumida. Fundamentos de este tipo están vinculados, claro está, a la pretensión, que en este caso es la reacción frente a la no integración en la plantilla de la entrante y lo cierto es que la responsabilidad de esta empresa se deduce tanto del incumplimiento de lo previsto en el convenio, como del incumplimiento del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Lo que sucede es que la sentencia afirma a la vez que se aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que se aplica el convenio en lugar de aquél.

5. ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS Y PROPUESTA DE REFORMA.

21. A la vista de cuanto antecede entiendo que sería pertinente una jurisprudencia que lograra integrar los supuestos de sucesión de plantillas que son sucesión de empresa, acompañada de una reforma legal. En esta línea, en cuanto a la jurisprudencia, no parece sostenible la afirmación de que la cláusula subrogatoria del convenio colectivo lleva consigo la inexistencia de transmisión de empresa y la aplicación del mismo y no del régimen estatutario a la sucesión de contratas. La existencia de una sucesión de empresa no puede depender de un fundamento de orden formal, como es la previsión convencional de una cláusula subrogatoria, sino que requiere de la valoración de las circunstancias concurrentes y únicamente en función de las mismas determinar si se ha producido o no una transmisión de empresa. Parece que la reciente STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, Asunto Somoza Hermo, viene a confirmar esta posición.

22. Junto a lo anterior, convendría igualmente que la jurisprudencia en este tema recuperase la referencia al objeto de transmisión, al conjunto organizado de medios para llevar a cabo una actividad económica —principal o accesorio⁴. En este sentido urge una reinterpretación de la jurisprudencia comunitaria sobre el particular y abandonar la vinculación entre número de trabajadores de la contratista saliente asumidos por la entrante y la existencia de sucesión de empresa.

Tanto la Directiva 2001/23/CE como el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores relacionan la sucesión de empresa con la transmisión de un “conjunto organizado de medios”, de manera que la interpretación del Tribunal de Luxemburgo sobre la aplicación de dicha Directiva cuando un contratista entrante se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el

⁴ LAHERA FORTEZA, J., “La intersección...”, *op. cit.*, pág. 2.

contratista destinaba a la ejecución del contrato, no puede desgajarse de la existencia de ese conjunto organizado de medios. De otra forma dicho, ha de interpretarse que cuando el Tribunal de Justicia hace referencia a una parte esencial del personal en términos de número y competencia traduce la exigencia para estos sectores de lo que puede ser un conjunto organizado de medios, pero no elude que se cumpla dicha condición, esto es, que se transmita un conjunto organizado de medios.

Se trataría de comprender el fallo del Asunto *Temco* no en su literalidad, sino en su finalidad, lo que implicaría vincular el número de trabajadores traspasados con el conjunto organizado de medios que configura la existencia de una transmisión de empresa.

23. Entenderlo de otra forma refuerza una de las paradojas que produce la interpretación de esta jurisprudencia en su literalidad y es que considerar que un número elevado de trabajadores constituye por sí mismo un conjunto organizado de medios, contrasta con la más que posible calificación como cesión ilegal del mero traspaso de los mismos como objeto de una contrata. De modo que poner a disposición de una empresa simplemente a un número de trabajadores sería cesión ilegal y en cambio, en el seno de las contratas de las que estamos tratando, la asunción por la entrante de un número determinado de trabajadores de la saliente es una sucesión de empresa⁵.

24. Por tanto, la solución pasaría por que no sea suficiente con demostrar que el contratista entrante ha asumido un elevado número de trabajadores, sino que sea necesario que dichos trabajadores constituyan un conjunto organizado para llevar a cabo la actividad.

Así, no puede valorarse del mismo modo un supuesto en el que la empresa destina a la prestación del servicio contratado un número de personas reducido o cambiante o intermitente y cuya organización proviene, no de la prestación del servicio que realizan, sino de las órdenes que la empresa contratista proporciona; que otro en el que la prestación del servicio venga configurada por la que lleva a cabo un grupo de trabajadores que organiza en su seno el servicio en cuestión, como puede ser la vigilancia o la limpieza en un banco o en una universidad o la prestación de servicios asistenciales en un determinado centro de atención a personas dependientes. Mientras en el primer caso el grupo de trabajadores no tendría identidad organizativa, en el segundo, la realización del encargo requiere que los trabajadores estén organizados en la propia entidad, en función de las necesidades de la misma.

⁵ LAHERA FORTEZA, J., *ibidem*.

Cuando quedase acreditada la transmisión de un conjunto organizado de medios en virtud de indicios como los anteriores y no del número de trabajadores asumidos, con independencia de la existencia de convenio, se produciría una sucesión de empresa. Cuando así no fuese y se contemplara en el convenio una previsión subrogatoria, a ella habría que estar.

25. No ha sido ajeno a la Sala Cuarta este planteamiento. Una mirada a la primera jurisprudencia que barajó la aplicación del Asunto *Temco*, aportó algo de luz en este sentido. Así, la STS de 20 de mayo de 2008, R. 3617/2006, hace precisamente referencia, en un supuesto en el que una empresa ha traspasado a las limpiadoras, antes contratadas directamente, a otra empresa con la que ha concertado una contrata, a que *“no puede afirmarse que se haya transmitido una entidad organizada, en cuanto que lo que se ha hecho es proceder a la cesión de un grupo de personas dedicadas a una determinada actividad dentro de una empresa, lo que por sí solo y en defecto de elementos probatorios que lo hubieran acreditado, no puede calificarse como tal, para decidir que lo transmitido constituye una entidad en el sentido en que viene requerido tanto por las Directivas comunitarias como por el art. 44 del ET”*.

Y algo parecido puede deducirse del fallo de la reciente STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, Asunto Somoza Hermo, en la que tras indicar que la Directiva 2001/23 resulta aplicable a un caso de sucesión de contratas en el que la entrante se hace cargo, en virtud de lo dispuesto en un convenio colectivo, de una parte esencial en términos de número y competencias, del personal que la saliente destinaba a la ejecución de dicha prestación, añade *“siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”*.

26. En otro orden de cosas, en el plano ya de *lege ferenda*, podría ser útil a efectos de seguridad jurídica introducir una modificación en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores dirigida, precisamente, a incluir en el mismo la posibilidad de que los convenios colectivos incorporaran cláusulas subrogatorias para los supuestos de sucesión de contratas.

Se trataría de añadir un párrafo en el artículo 44. 2 del Estatuto de los Trabajadores en el que se hiciera referencia a que los convenios colectivos sectoriales podrán incorporar previsiones que garanticen el mantenimiento del empleo y las condiciones de trabajo en los sectores de empresas contratistas de servicios en los que la actividad descansa en la mano de obra.

Ciertamente, sería una inclusión declarativa, pues hasta ahora no ha sido necesaria una previsión legal para que la negociación colectiva contemple previsiones de este tipo, pero de esta manera se aseguraría que en estos sectores la normativa base fuera el convenio colectivo y la siempre abierta posibilidad de aplicar el régimen de sucesión de empresa, en caso de que la sucesión de contratas produjese un traspaso de un conjunto organizado de medios, no implicaría la ilegalidad de la previsión en cuestión, sino simplemente la aplicación de otro régimen jurídico.

27. Se trata, con estas propuestas, de arrojar un poco de luz en una materia resbaladiza, que refleja la necesidad de adaptar la protección de los trabajadores en los casos de sucesión de empresa a una economía de servicios, con un notable protagonismo de las empresas contratistas, y que obligará a nuestra jurisprudencia a una evolución constante.

MEIO AMBIENTE, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E ASSÉDIO MORAL: UM NOVO ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha¹

Caroline Silva Fenilli Pettenuzzo²

Genilson Valença dos Santos³

SUMÁRIO

Introdução. 1. O Meio Ambiente 2.O Meio Ambiente do Trabalho 3. O Assédio Moral no Meio Ambiente do Trabalho 4. A Jurisprudência do TST acerca do Assédio Moral. 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas.

¹ Pós Doutora, Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS, Especialista em Processo Civil pela PUCRS, Advogada, Professora da Graduação em Direito da IMED, Professora da Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS; Professora da Pós Graduação em Direito Processual Civil da PUCRS, Professora da Pós Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Verbo Jurídico e da UNISC.

² Servidora da Justiça do Trabalho da 4ª. Região, Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela FJLRJ, Graduada em Farmácia pela UFRGS, Graduanda em Direito na IMED.

³ Graduado em Administração pela UFRGS. Graduando em Direito na IMED. Estagiário do TJRS.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, assume notável relevância o desvelamento de novas (bem, não tão novas, mas renovadas...) visíveis agressões à personalidade. Uma delas o assédio moral, especialmente aquele praticado no ambiente de trabalho (e é nesse lugar onde se constroem as grandes narrativas da humilhação cotidiana, dotadas de acentuado simbolismo). A deterioração ou deformação intencionada das condições de trabalho em que predominam atitudes e condutas negativas dos executivos, supervisores, ou superiores hierárquicos, em relação a seus subordinados, se constitui em uma experiência subjetiva que resulta em prejuízos objetivos, físicos e emocionais para o trabalhador e, também, para a organização. Ainda mais, o assédio moral implica violação da cláusula geral de personalidade⁴. E vale lembrar a sempre atual lição de Carlos Alberto Bittar, no sentido que, os direitos da personalidade podem ser distribuídos da seguinte forma: (a) direitos físicos; (b) direitos psíquicos; (c) direitos morais (em três segmentos): (c₁) os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou effígie); (c₂) os segundos, relativos a elementos intrínsecos da personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo, etc.) e os últimos, (c₃) respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto)⁵. Nesta categorização, podemos incluir o assédio como imediata agressão à saúde, pois o assédio moral é de fato uma questão de saúde e, mais, de segurança. Daí que esta violência no ambiente de trabalho pode ser caracterizada como ofensiva, intimidatória, maliciosa ou comportamento insultuoso, um abuso ou desvio de poder através de meios destinados a prejudicar, humilhar, denegrir ou prejudicar o destinatário.

⁴ Cláusula geral de personalidade: Constituição Federal: 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; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 17.

O que se tem observado nessas verdadeiras agressões à personalidade, são dois fenômenos: (a) a *verticalidade da deformação intencionada das condições de trabalho* onde se distingue por relações arrogantes, desumanas e antiéticas, onde preponderam os desmandos, a disseminação do medo, a competitividade feroz, ademais dos programas de qualidade total associados à produtividade. A reestruturação e reorganização do trabalho e dos meios e modos da prestação, as novas incorporações à função acabam por exigir radicais qualificações, além de polifuncionalidade, visão sistêmica do processo produtivo, rotação das tarefas, autonomia e “flexibilização”, sem prévia e justificada atenção para as capacidades dos trabalhadores (deficiências de capacitação, ausência de métodos de recolocação etc.); (b) alta pressão para produzir com baixo custo e qualidade. Práticas intimidatórias que levam ao medo de perder o emprego e não retornar ao mercado formal, assim, beneficia a sujeição e incrementa a opressão. A disseminação do medo no ambiente de trabalho avigora atos egoístas, tolerância aos desmandos e técnicas arrogantes no interior das organizações que alimentam a “cultura do contentamento geral”. Alguns ocultam o estresse e trabalham com ansiedade e amargura, outros não se deparam com problemas produtivos, todavia, pensam que podem vir a tê-los, acolhem o discurso dos superiores hierárquicos, passando, deste modo, a discriminar e a humilhar os “improdutivos”. Ademais de violar a cláusula geral de personalidade, o assédio moral, a humilhação viola o direito fundamental à saúde do trabalhador⁶.

Em última análise, o assédio no local de trabalho é um comportamento dirigido para um indivíduo, ou grupo de indivíduos, que tem o efeito de criar um ambiente intimidativo, ameaçador, ambiente de trabalho humilhante ou não razoável para a vítima. Ele pode ser sutil ou evidente e inclui comentários indesejáveis e gestos; a exibição de material ofensivo; insultos à raça, gênero, deficiência ou orientação sexual, comportamento violento ou ameaçador; questionamento intrusivo sobre a vida pessoal de uma pessoa, comunicações ofensivas (e-mails, telefonemas, etc.); exclusão de interações de trabalho normais; injustificados comentários depreciativos ou avaliações de desempenho no trabalho. É importante lembrar, porém, que o assédio não inclui as necessárias e válidas avaliações negativas de desempenho de

⁶ Constituição Federal de 1988: 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. Lei nº 11.948, de 16 de junho de 2009 (Conversão da Medida Provisória nº 453, de 2008): Art. 4º Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

um empregado no trabalho se essas são encaminhadas de forma adequada. Importante também lembrar que o comportamento acedioso não precisa ser repetido ao longo de um longo período de tempo a ser considerado como tal, em alguns casos, um único exemplo de um comportamento inaceitável o qualifica.

Essa prática viola preceitos éticos, agride a moralidade pública e insulta o direito. As notas a seguir são pálidas observações que modestamente apresentamos neste momento em que se homenageia uma estudiosa e diligente professora e advogada dedicada ao Direito do Trabalho Brasileiro, a Prof. Dra. Denise Pires Fincato, mercê de suas qualificações docentes e, comprometida atuação com o melhor dos interesses da advocacia.

1. O MEIO AMBIENTE

O homem está intimamente relacionado com o meio em que vive e com a forma com que o utiliza, afinal o ambiente é um lugar⁷ de encontro onde tudo interage⁸: “[...] não estamos sós, neste ‘lugar de encontro’, onde somos o encontro; somos com o outro desde uma relação de reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade.”⁹ Esta responsabilidade com o outro e com o meio, no “[...] lugar de encontro [...]”¹⁰, existe desde que a vida humana emergiu na Terra: “A história da vida sobre a Terra tem sido uma história de interação entre as coisas vivas e o seu meio ambiente [...]”¹¹, afinal “[...] desde o surgimento do homem na Terra, houve modificações na natureza. Assim, o processo de degradação do meio

⁷ Molinaro, ao aprofundar seu estudo sobre o ambiente como um lugar de encontro traz como exemplo as culturas africanas. Nesse sentido, pontifica que “a diferenciação é considerada como essencial e pré-requisito funcional para que cada um seja indispensável ao outro. Isso porque, na cultura africana, somente podem viver juntos aqueles que são diferentes, tendo em vista que, na perspectiva africana do mundo, a vida é um processo em que cada um se identifica progressivamente, não com o outro, do qual deve reivindicar sua diferença, mas com a totalidade da comunidade, vale dizer, com a vida cósmica e, especialmente, com a vida divina; aqui evidencia-se um matiz forte de um ‘mínimo existencial ecológico’ como núcleo material do princípio da dignidade humana. MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 109–110.

⁸ Conforme Lynn Margulis e Dorian Sagan, “Os seres humanos não são especiais e independentes, mas parte de um continuum de vida que circunda e abarca o globo.” MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorian. **O que é vida?** Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002, p. 254.

⁹ MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 107.

¹⁰ Pontifica Molinaro que “Ambiente, já afirmamos, é relação. Ambiente – no sentido de *meio ambiente* – pode ser definido como *um lugar de encontro*.” MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 55.

¹¹ CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 15.

ambiente se confunde com a origem do homem.”¹² No afã de proteção ambiental legislativa, o art.3º, I, da Lei 6.938/81 definiu o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Posteriormente, com base na Constituição Federal de 1988, passou-se a entender também que o meio divide-se em físico ou natural, cultural, artificial e trabalho. O meio físico ou natural é constituído pela flora, fauna, solo, água, atmosfera etc., incluindo os ecossistemas conforme preconiza o art. 225, §1º, I, VII da Constituição Federal. O meio ambiente cultural constitui-se pelo patrimônio cultural, artístico, arqueológico, paisagístico, manifestações culturais, populares etc consoante dispõe o art.215, §1º e §2º da Constituição Federal. Por sua vez, o meio ambiente artificial é o conjunto de edificações particulares ou públicas, principalmente urbanas, consoante dizem os art.182, art.21, XX e art.5º, XXIII da Constituição Federal.

2. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições, existentes no local de trabalho, relativos à qualidade de vida do trabalhador. Nessa senda, conforme o inciso VIII do art. 200 da Constituição Federal, o **meio ambiente do trabalho pode ser conceituado como “o conjunto de fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho da pessoa”**.

Portanto, a proteção ao meio ambiente do trabalho se dá a nível constitucional e ao abrigo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já que o trabalho é direito fundamental social previsto no art. 6º da CF-88. Nessa esfera, os empregadores têm o claro dever jurídico para assegurar, tanto quanto possível, a saúde, a segurança e o bem-estar dos seus trabalhadores.

3. O ASSÉDIO MORAL NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O assédio moral é patologia social que assola as relações no ambiente do laboral e que rompe com o conceito de meio ambiente do trabalho equilibrado

¹² BUTZKE, Alindo; SPARREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Márcio (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educ, 2011, p. 9-31, p. 10.

e sustentável. O assédio moral, também chamado de terrorismo psicológico, é conceituado por Márcia Novaes Gudes¹³ como “todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima”. Já Marie-France Hiri-goyen¹⁴ ensina que assédio moral no trabalho é “toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

Mesmo que existindo de longa data nas relações humanas, somente recentemente passou-se a clamar pela criação de leis que tutelem o assédio.

No Brasil, a primeira lei a nível federal a falar em assédio moral foi a Lei n. 11.948, de 16 de junho de 2009. O art. 4º da referida lei dispõe que é vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Destarte, ainda não existe uma lei federal específica sobre o assédio moral no meio ambiente laboral. Tendo em vista tal lacuna legislativa, os operadores do direito se utilizam de técnicas de interpretação e analogia para tentar encontrar a solução mais adequada nos casos concretos de assédio moral. Assim, partindo-se da premissa de que o direito se caracteriza por ser um sistema normativo, de forma sistemática, analogicamente, podemos aplicar o artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) para casos que ensejam a dispensa indireta. Destarte, desde já, informa-se que está tramitando o Projeto de Lei do Senado nº 79, de 2009, que pretende alterar dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para dispor sobre coação moral.

Mas, enquanto não há a referida alteração legislativa, subsidiariamente, podemos recorrer ao Código Civil para configurar o ato ilícito de quem praticou o assédio moral (artigo 186) e, com isso, buscar a reparação em juízo do dano suportado pelo trabalhador (artigo 927). Nesse mesmo viés de raciocínio, também é aplicável o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 que assegura a justa

¹³ GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.32.

¹⁴ HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p.17.

indenização pelos danos morais ou materiais decorrentes da violação da intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Seja como for, importa referir que estamos, em verdade, frente à necessidade de indenização por responsabilidade civil do empregador que comete o assédio moral. Nesse sentido, necessário trazer alguns conceitos do Direito Civil que se aplicam, claramente, à indenização por ocorrência de assédio moral no ambiente laboral. Assim, ensina Carlos Roberto Gonçalves¹⁵ que “a palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano.” A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir¹⁶. Quanto à natureza da norma violada, a responsabilidade pode se apresentar sob dois aspectos: responsabilidade moral e responsabilidade jurídica (responsabilidade civil e responsabilidade penal)¹⁷. A responsabilidade moral resulta da violação de uma norma moral. Consoante Maria Helena Diniz¹⁸, “A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: a) livre-arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não; e b) consciência da obrigação”.

Já a responsabilidade jurídica abrange tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal. Nesse passo, a responsabilidade civil “tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo* ante ou numa importância em dinheiro.” Por fim, temos a responsabilidade penal que implica na existência de “lesão aos deveres de cidadãos para com a sociedade”¹⁹.

Conforme ensinamento de Romualdo Baptista dos Santos²⁰, “A responsabilidade civil está relacionada à noção de que somos responsáveis pelos fatos de-

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23, v. 7.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23, v. 7.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29, v. 7.

²⁰ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Teoria Geral da Responsabilidade Civil. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO; Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 27, v.5.

correntes da nossa conduta, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer – ficamos sujeitos a reparar os danos. E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça têm elas o direito de serem indenizadas na proporção do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano à outra pessoa.” Carlos Roberto Gonçalves²¹, por seu turno, entende que a “responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito.” Por seu turno, Maria Helena Diniz²² define a responsabilidade civil “como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.”

Dado o exposto, podemos conceber que, em verdade, a responsabilidade civil está atrelada à conduta lesiva que causa dano a outrem. E que, atualmente, segundo Maria Helena Diniz²³, duas são as principais funções da responsabilidade civil: “a) garantir o direito do lesado à segurança b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”.

Vistos estes conceitos, cristalino fica que os mesmos são aplicáveis, na prática, aos casos de assédio moral, seja por comissão ou omissão do empregador. Nos autos do processo n. 0052600-97.2008.5.04.0028 do TRT da 4 Região esta realidade fica bem visível. Ao julgar um caso prático onde o funcionário foi constrangido por terceiros, ao analisar a conduta do empregador, os Desembargadores afirmam que “Constitui-se em assédio moral a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, durante a jornada de trabalho ou no exercício das funções profissionais, ainda que provocadas por terceiros, desde que o empregador omita-se, injustificadamente, no fornecimento de ferramentas e recursos que possam reduzir a situação de conflito e constrangimento”.

Destarte, não basta o reclamante apenas alegar a existência do assédio moral. O assédio moral tem que ser provado nos autos e a prova cabe à parte autora,

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34, v. 7.

²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9, v. 7.

consoante se depreende dos autos do processo 0001900-05.2007.5.04.0303 do TRT da 4ª Região, onde foi observado que “É da parte autora a prova de que sofreu assédio moral praticado, com ciência patronal, por terceiro (parceiro comercial de seu empregador) no local de trabalho, o que não resta minimamente comprovado no caso.” Já no processo n. 0044600-22.2009.5.04.0401 o TRT da 4ª Região definiu que “Ausente prova da alegada exposição reiterada da reclamante a situações humilhantes no curso do contrato de trabalho a evidenciar a prática de assédio moral pelo empregador, impõe-se manter a sentença que indeferiu a pretensão ao pagamento de indenização correspondente.”

3. O ASSÉDIO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Ao compulsar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, reafirma-se o quão importante é o debate em torno do tema. Nas ementas ora colacionadas e comentadas, trazem-se julgados que revivem as deformações que envolvem o mundo contemporâneo do trabalho, principalmente as de assédio moral provenientes de condutas negativas dos superiores em relação aos subordinados. Nos julgados escolhidos, apresentam-se agressões à personalidade, que, consequentemente, trazem ataques à saúde mental e à segurança do indivíduo. Nesse sentido, traz-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. A Corte de origem consignou que havia constantes ameaças de mudança do turno em que trabalhava o reclamante, o que lhe traria manifestos prejuízos, pois era do conhecimento do preposto que o empregado frequentava curso superior no período diurno. O Tribunal a quo salientou ser lícita, em tese, a alteração de turno, mas que, no caso concreto, havia a utilização desta prerrogativa legal para intimidar e constranger o trabalhador, o qual, dentro dos limites, apenas questionava as condições de trabalho. Nesse contexto, a Corte de origem concluiu que o reclamante foi vítima de assédio moral vertical, tendo em vista as reiteradas condutas abusivas do superior hierárquico. Incólumes os dispositivos legais e constitucionais invocados. Agravo de instrumento conhecido e não provido. **2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO.** Constatada a possível violação do art. 5º, X, da CF, dá-se provimento ao agravo de instrumento a fim de destrancar o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. **B) RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO.** O valor da indenização por dano moral fixado se revela

excessivo diante dos fatos que ensejaram a condenação, quais sejam as ameaças não concretizadas de mudança de turno como forma de represália aos constantes questionamentos do trabalhador acerca das condições de trabalho. Assim, deve ser reduzido a fim de se adequar aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. **Recurso de revista conhecido e provido. (ARR - 10068-77.2014.5.15.0033, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/08/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)**

Na decisão supramencionada, tem-se como cristalina a afirmação de inobservância das regras gerais de boa conduta praticada pelo superior hierárquico, no qual, de forma indireta e sistemática, se utilizava do recurso intimidatório para que o funcionário realizasse a mudança de turno, dessa forma, as alternativas seriam o comprometimento dos estudos ou uma iminente demissão. De acordo com Gomes (2012, pág.47), a demissão é o principal recurso aplicado para assediar o trabalhador, provocando o sentimento de medo e gerando instabilidade total meio ambiente do trabalho, não só para o afetado, mas também para todos a sua volta.

Embora caiba ao empregador fiscalizar e proteger a propriedade, seja por adequação ao turno de trabalho para melhor produtividade, na concepção do juízo *a quo* e da Corte, restou “ao juiz sopesar os interesses e valores de maior relevância, pela Constituição, fazendo prevalecer aqueles que melhor expressarem maior proteção da pessoa do trabalhador”, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Em verdade, cabe às organizações regular o poder consignado aos gestores, no caso, proibir o mais diabólico, o intimidatório. O que se vê, na maioria das vezes, é a delegação sem qualquer controle, toma-se providências personalíssimas pouco sadias diante da contraposição a uma simples mudança de turno, ou para o desligamento de um colaborador, de toda forma, causando transtornos ainda maiores, chegando, até mesmo, a prática do isolamento. É o que reflete o próximo acórdão a seguir colacionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO DE REVISTA. INCIDÊNCIA DO ART. 896, § 1º-A, I, DA CLT. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO. Nos termos do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, é ônus da parte, sob pena de não conhecimento, “indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista”. No caso, não há falar em observância do requisito previsto no art. 896, § 1º-A, I, da CLT, porque se verifica que a parte recorrente, nas

razões do recurso de revista, não transcreveu o trecho pertinente do acórdão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia. Precedente da SDI-1. Agravo de instrumento conhecido e não provido. **2. ASSÉDIO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.** O presente agravo de instrumento merece provimento, com consequente processamento do recurso de revista, haja vista que a reclamada logrou demonstrar possível ofensa ao art. 944 do CC. Agravo de instrumento conhecido e provido. **B) RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.** A reclamada foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral, em razão de ter-se configurado nos autos a prática de assédio moral contra a reclamante. Com efeito, verifica-se do contexto delineado na origem que a empregada, durante o cumprimento do aviso prévio trabalhado, foi remanejada para laborar em um quarto pequeno e sem ventilação, destinado ao armazenamento de caixas, e lá ficou sem poder sair para beber água ou ir ao banheiro, tendo sido os demais funcionários orientados a não se comunicarem com a autora durante o trabalho. Ora, a reparação judicial alusiva ao dano moral deve restringir-se à compensação dos danos suportados pela parte lesada, não podendo dar ensejo ao enriquecimento sem causa do ofendido, em detrimento do patrimônio do ofensor, nem ser fixada em montante inexpressivo, devendo, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio deste, proporcionar uma reparação àquele. Logo, como a dor, as angústias e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém não têm preço, sendo impossível de se auferir um valor exato, o arbitramento da indenização por danos morais deve atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In casu, tem-se que o montante fixado a título de danos morais revela-se excessivo, desproporcional e irrazoável, em absoluto descompasso com os princípios e parâmetros suso referidos, resultando em ofensa ao disposto no art. 944 do CC, razão pela qual merece ser reduzido. Recurso de revista conhecido e provido. **(ARR - 10943-21.2015.5.01.0512, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/08/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018)**

No excerto, não há dúvidas que, mesmo após o comunicado de desligamento, no cumprimento do aviso prévio, norma prevista, se observa o descaso com aquele que fazia parte do subsistema. Na melhor das hipóteses, o trabalhador, auxiliar de produção, passou a figurar como um organismo não aceito, “refutado” para um canto físico da empresa, quem sabe, destinado aos inservíveis, deixando evidente tamanha irresponsabilidade com a saúde psíquica do, ainda, colaborador, ademais, trazendo à baila uma questão fundamental, a distinção entre o sistema “meio ambiente do trabalho” fruto da concepção social, e o subsistema “meio am-

biente da empresa”, este sobrepondo aquele. Entender os subsistemas que envolvem o ambiente de trabalho, certamente é uma tarefa árdua, pois muitas ações vigoram no campo da subjetividade. Com efeito, as decisões proferidas nos acórdãos do Tribunal possuem o condão de resolver as distorções, promover a segurança jurídica, reparar o sofrimento daquele que foi vítima de assédio moral e, além disso, dar uma resposta a sociedade em relação a práticas dissociadas da Clausula Geral de Personalidade, desconstruindo a ideia retórica do trabalhador eleito como ferramenta dispensável a qualquer tempo.

Nessa senda, merece atenção o entendimento fixado no Agravado de Instrumento interposto ao TST, no qual tinha em debate o assédio moral decorrente do esvaziamento das funções do colaborador -, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO AUTOR EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ACIDENTE DE TRABALHO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO QUE DEIXOU O AUTOR PARAPLÉGICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PERDA DA CAPACIDADE PARA O OFÍCIO OU PROFISSÃO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível violação do artigo 950 do Código Civil. **RECURSO DE REVISTA DO AUTOR EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ACIDENTE DE TRABALHO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO QUE DEIXOU O AUTOR PARAPLÉGICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PERDA DA CAPACIDADE PARA O OFÍCIO OU PROFISSÃO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA.** O artigo 949 do Código Civil prevê que, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofendido deve ser indenizado até o fim da convalescença. Se da ofensa resultar perda ou redução da capacidade da vítima de exercer o seu ofício ou profissão, o empregador tem a obrigação de ressarcir os danos materiais mediante indenização deferida na forma de pensão ou paga de uma só vez, segundo o artigo 950 do Código Civil. Sergio Cavalieri Filho ressalta que este dispositivo legal “tratou unicamente da impossibilidade do exercício da profissão ou ofício que exercia o ofendido antes do acidente. Não levou em conta a possibilidade de exercer ele outra profissão ou atividade compatível com o defeito que o inabilitou para o serviço que fazia anteriormente. Por isso, J. M. Carvalho Santos sustenta ser esta uma solução justa e equitativa, uma vez que as profissões ou atividades que podem ser exercidas por portadores de defeitos físicos de certa monta não devem ser obrigatórias, por importarem sacrifício imenso, que se não tem o direito de exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar cons-

trangimento e humilhação forçados pela necessidade (Código Civil interpretado, v. XXI/146)” (Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162). Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Logo, constatada a perda ou a redução da capacidade para o ofício ou profissão que a vítima exercia antes do acidente de trabalho ou do desenvolvimento de doença ocupacional é devida a pensão mensal integral ou parcial, a depender do grau de perda da capacidade laboral, em valor correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou. Na hipótese, é incontroverso o acidente automobilístico sofrido pelo autor quando ele retornava de uma reunião de trabalho, do qual resultou paraplegia, incapacitando-o definitivamente para as atividades que exercia na empresa antes do infortúnio. Nesse contexto, decisão que indefere o pleito de pensão vitalícia viola o artigo 950 do Código Civil. Isso porque, conforme já explicitado, diante da inabilitação total com relação à atividade que exercia o trabalhador, o valor do pensionamento deverá a ela corresponder. Necessária, portanto, a recomposição do patrimônio do autor. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. FÉRIAS EM DOBRO. Em atenção ao princípio da dialeticidade ou discursividade dos recursos, cabe ao recorrente questionar os fundamentos específicos declinados na decisão recorrida. Se não o faz, como na hipótese dos autos, considera-se desfundamentado o recurso de revista. Recurso de revista de que não se conhece. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. PARCELAS DECORRENTES DE PROVIMENTO JUDICIAL. A multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT, incide quando o pagamento das verbas rescisórias, constantes do TRCT, ocorrer fora do prazo legal. Entretanto, o reconhecimento em juízo de diferenças de verbas rescisórias, do pagamento incompleto ou a menor, não gera o aludido direito. Recurso de revista de que não se conhece. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A tese recursal está superada pela Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho, ora aplicada por disciplina judiciária. Recurso de revista de que não se conhece. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS E MATERIAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. ACIDENTE AUTOMOBOLÍSTICO QUE DEIXOU O AUTOR PARAPLÉGICO.** O artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal consagra a responsabilidade subjetiva do empregador pelos danos decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo empregado. Tal preceito, todavia, não exclui a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que admite a responsabilidade objetiva, nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida

pelo autor do dano implique risco para o direito alheio. Isso porque há atividades em que é necessário atribuir-se tratamento especial, a fim de que sejam apartadas do regime geral da responsabilidade, em virtude do seu caráter perigoso, sempre presente na execução cotidiana do trabalho. Nesses setores não se pode analisar a controvérsia à luz da Teoria da Culpa; há risco maior e, por isso mesmo, quem o cria responde por ele. Não se indaga se houve ou não culpa; atribui-se a responsabilidade em virtude de haver sido criado o risco, numa atividade habitualmente exercida. No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que o autor exercia o cargo de gerente regional de vendas e tinha por atribuição gerenciar a aplicabilidade das políticas comerciais praticadas na execução das vendas nas regiões Norte e Nordeste do Brasil. Registrou, ademais, que, para o exercício de suas atividades, mesmo trabalhando ele no sistema home office, era necessário o seu deslocamento para participar de reuniões regionais e/ou nacionais patrocinadas pela ré. O acidente automobilístico que deixou o autor paraplégico, portanto, decorreu da exposição do empregado à situação de risco a atrair a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Assim, justificado o tratamento diferenciado das demais funções vinculadas ao regime geral de responsabilidade, quando se perquire a culpa do empregador, correta a decisão regional que reconheceu a responsabilidade objetiva. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ASSÉDIO MORAL. ESVAZIAMENTO DAS FUNÇÕES DO AUTOR. MATÉRIA FÁTICA. A Corte Regional, soberana na análise do conjunto fático e probatório, consignou que o depoimento da testemunha indicada pelo autor, “aliado às demais provas documentais e orais produzidas nos autos, demonstram que a reclamada preparou-se para a permanência do reclamante na empresa apenas no período da estabilidade de um ano e retirou dele as atribuições de destaque que desenvolvia, limitando de forma sutil sua atuação”. Concluiu, assim, que ficou demonstrado o alegado assédio moral a ensejar a indenização pleiteada. O exame da tese recursal, em sentido diverso, esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos fatos e das provas. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ E RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. ANÁLISE CONJUNTA. IDENTIDADE DE MATÉRIAS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ASSÉDIO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Ainda que se busque criar parâmetros norteadores para a conduta do julgador, certo é que não se pode elaborar uma tabela de referência para a reparação do dano moral. A lesão e a reparação precisam ser avaliadas caso a caso, a partir de suas peculiaridades. Isso

porque, na forma prevista no caput do artigo 944 do Código Civil, “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. Na hipótese, o Tribunal Regional fixou a indenização por danos morais, decorrente do acidente de trabalho, em R\$ 250.000,00, e manteve a indenização no importe de R\$ 30.000,00, em razão do assédio moral, com base nos seguintes aspectos, respectivamente: “a relevância do bem agravado e seus reflexos na vida do reclamante, em todos os seus quadrantes, haja vista as alterações de hábitos que lhe decorreram, bastante em si a demandarem, com a adaptação, uma nova visão de vida” e “a extensão do dano (abalo psicológico pela incapacidade funcional refletida no empregado), a natureza da conduta (elementos sub-reptícios) e ainda a capacidade econômica da empresa.” No que tange aos danos materiais, consignou: “o pedido de cadeiras de rodas deferido deu-se nos termos da inicial, quer seja, uma cadeira de rodas, por ano, Ortobras M3, no valor de R\$ 3.450,00 e uma cadeira de banho, por ano, Jaguaribe higiênica, no montante de R\$ 900,00, que somam R\$ 4.350,00 anuais, durante 40 anos, totalizando o valor da condenação em R\$ 174.000,00 (cento e setenta e quatro mil reais), cumprindo destacar a observância do princípio da razoabilidade em tal concessão e esclarecer que tais valores respeitam os preços de mercado, além de que a reclamada impugnou-os, mas não trouxe aos autos nenhum orçamento que constasse preços inferiores a estes.” Não obstante tenha reservas pessoais quanto à utilização de critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima e na capacidade econômica do ofensor para a quantificação do dano moral, verifico que, na situação em exame, o valor arbitrado pela Corte de origem mostra-se proporcional em relação à própria extensão do dano (paraplegia e assédio moral). A única exceção à reparação que contemple toda a extensão do dano está descrita no parágrafo único do artigo 944, já referido. Todavia, constitui autorização legislativa para a redução equitativa em razão do grau de culpa do ofensor, hipótese não constatada no caso em tela. Recurso de revista do autor de que não se conhece e agravo de instrumento da ré a que se nega provimento. (ARR - 125300-87.2013.5.21.0007, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 13/12/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017)

Na hipótese, o gerente regional de vendas sofreu acidente automobilístico no decorrer de sua atividade laboral, e, durante o prazo de estabilidade definido em lei, restou suprimida sua região de atendimento, carteira cujo trabalhador estabeleceu, durante longa data, um relacionamento contínuo com clientes da região, ademais, com os colaboradores no seu guarda-chuva de comando. Para o recla-

mente, o esvaziamento, em doses homeopáticas de seu labor, passou a constituir um terror psicológico, na demanda, os relatos conduzem que o empregador foi pragmático e considerou como regra absoluta o preceito da livre iniciativa disposto na Carta Maior, não atendendo o fundamento básico constante no mesmo inciso “IV- **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa”, dessa forma, não há falar em outra hipótese, senão, em ato contínuo de assédio moral.

Como se observa, a jurisprudência é repleta de relatos e pedidos envolvendo condutas que resultam no assédio moral vertical descendente, configurado entre outros motivos, pelo esvaziamento de função, mudança de turno de forma unilateral, mesmo durante o aviso prévio, submissão a situações vexatórias, constrangimentos desmedidos, discriminação etc., todos relacionados a contratos de trabalho regulamentados, que, no afã de condutas individuais exacerbaram os direitos fundamentais de personalidade do trabalhador. No campo do assédio por meio de exposição dos empregados a situações vexatórias, segue jurisprudência frequentemente utilizada para balizar tal reprovabilidade:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.014/15 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/17. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CANTO MOTIVACIONAL. TRATAMENTO VEXATÓRIO E HUMILHANTE. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA INVIOABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA PESSOA HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA 126/TST, RELATIVAMENTE AOS FATOS EXPLICITADOS NO ACÓRDÃO. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO ALTERAÇÃO DO VALOR PELO TST QUANDO NÃO FOR EXCESSIVAMENTE MÓDICO OU ESTRATOSFÉRICO. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186, do CCB/2002, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida,

do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Na hipótese, o Tribunal Regional, amparado no conjunto fático-probatório produzido nos autos, reformou a sentença para condenar o Reclamado no pagamento de indenização por danos morais, em virtude do programa motivacional utilizado no âmbito da empresa. Assim sendo, diante do quadro fático delineado pela Corte de origem, forçoso concluir que os fatos ocorridos com a Obreira realmente atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual - bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição -, ensejando a reparação moral, conforme autorizam os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002. Com efeito, o exercício do poder empregatício deve se amoldar aos princípios e regras constitucionais que estabelecem o respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem-estar individual e social e à subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Nesse contexto, tornam-se inválidas técnicas de motivação que submetam o ser humano ao ridículo e à humilhação no ambiente interno do estabelecimento e da empresa. Outrossim, para que se pudesse chegar a conclusão contrária, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado a esta Corte Superior, ante o óbice contido na Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. **B) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.014/15 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/17. HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT (SÚMULA 457/TST).** Nos termos da Súmula 457/TST, a União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução nº 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. **Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 651-37.2014.5.09.0011 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/03/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2018).**

Denota o objeto da decisão epigrafada de precedente de grande impacto na esfera jurídica trabalhista da 4ª. Região. Elucida uma desconcertante e reiterada prática de assédio moral organizacional vertical. Tal decisão representa uma de

um universo de ações ajuizadas por empregados em face da multinacional Walmart pela prática de ações “motivacionais”, “importadas” do modelo americano. Os empregados de tal empresa eram submetidos a situações vexatórias, como a obrigatoriedade de entoarem cânticos coletivos diariamente, bem como a de reboarem em frente aos colegas durante as reuniões. Na decisão proferida, restou evidenciado o não conhecimento do Recurso de Revista da ré, ante o óbice contido na súmula 126 do TST, que apregoa ser “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.”

Como bem descrito na decisão, foram feridos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. Diante da ocorrência de múltiplas condenações no mesmo sentido, o E. TRT da 4ª região, através de sua Resolução Administrativa 47 de 2015, publicou a seguinte súmula:

Súmula nº 83 - EMPRESA WALMART BRASIL. REUNIÕES MOTIVACIONAIS. DANO MORAL. (1)O empregado da empresa Walmart que é compelido a participar das reuniões motivacionais em que é entoado o cântico Cheers, com coreografia envolvendo dança ou rebolado, sofre abalo moral, tendo direito ao pagamento de indenização.

Evoca-se que o assédio moral coletivo é aquele praticado pelos assediadores em face diversos empregados simultaneamente, e tem sido utilizado com frequência em grandes empresas. Através da aplicação de política supostamente motivacional com intuito de incrementar vendas, melhorar a produtividade, submetem seus empregados a situações vexatórias. Configura assédio moral coletivo, portanto, sujeitar os trabalhadores à prática de tais danças ou entoação de cânticos, mesmo que com intuito motivacional.

Por fim, traz-se um acórdão onde discutiu-se o preconceito contra transexuais dentro do meio ambiente do trabalho. No tópico, colaciona-se a emente a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. DECISÃO FORA DOS LIMITES DA LIDE. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA. Dentre as inovações inseridas na sistemática recursal trabalhista

pela Lei n.º 13.015/2014, consta, expressa e literalmente, sob pena de não conhecimento do Recurso de Revista, a exigência de que a parte proceda à indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da matéria impugnada no Apelo, bem como a demonstração analítica da ofensa aos dispositivos apontados como violados. Não atendida a exigência, o Recurso não merece processamento. **DANO MORAL. ASSÉDIO. VALOR ARBITRADO.** A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois a reforma do julgado demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra vedado em Recurso de Revista pela Súmula n.º 126 do TST. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO.** Na diretriz da Súmula n.º 126 do TST, não prospera o Recurso de Revista quando as alegações recursais objetivarem a reapreciação de matéria fática. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido. Processo:** AIRR - 402-32.2012.5.09.0084 **Data de Julgamento:** 15/03/2017, **Relatora Ministra:** Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/03/2017.

Nesse particular, a controvérsia da decisão de mérito originária da ementa epigrafada versa sobre um dos temas mais recentes de assédio no ambiente laboral: aquele praticado contra um(a) transexual. No caso em questão, restou configurado assédio moral impingido de forma tanto vertical descendente quanto horizontal a uma empregada transexual. A obreira foi submetida a concludentes constrangimentos, sofrendo discriminação por colegas mulheres, que refutavam sua presença no sanitário feminino, bem como pelo gestor, que abominava sua presença nas reuniões. Ainda, recebeu advertência do empregador para que se abstivesse de ser tratada pelo seu nome social – Vivian. Com isso, passou a ser tratada somente pelo seu nome civil, bem como houve vedação de seu acesso ao banheiro feminino. Não sendo, por óbvio, razoável que essa empregada, com sentimentos e aparências femininas, fosse obrigada a utilizar banheiro masculino ou um terceiro gênero, bem como ficasse sujeita a outras formas de discriminação no meio laboral, não lhe restou alternativa senão a ruptura do vínculo empregatício.

Necessário elucidar que gênero, embora ligado ao sexo, não lhe é idêntico, mas construído socialmente, a partir das diferenças percebidas entre os sexos e de comportamento coletivamente determinados, engendrados e reproduzidos no interior das instituições sociais como a Família, a Escola e a Igreja, conforme Choe-

ri²⁴. Ainda, resta esclarecer, que, de acordo com Bento²⁵, transexual é a pessoa que apresenta conflitos relacionados às normas de gênero, por pleitear reconhecimento social e legal do gênero oposto ao informado pelo sexo biológico. No tocante à reprovabilidade de condutas assediadoras/discriminatórias corroboradas nos autos, merecem destaque dois trechos da decisão proferida em primeira instância, que elucidam a conduta omissiva da empresa, refletida na ausência de uma orientação efetiva aos seus funcionários em relação à presença de um transexual no ambiente de trabalho, bem como comissiva, incitada pelo próprio gestor:

“...tem-se que a culpa da Reclamada emerge do fato de que lhe incumbia, no uso de seu poder diretivo, fazer com que seus empregados aceitassem e respeitassem a presença da autora no banheiro, inibindo práticas discriminatórias no ambiente de trabalho, pois é certo que a condição da autora certamente não a transforma em ser humano de terceiro gênero...”

“...Ademais, restou comprovado por meio da prova oral produzida que houve preconceito por parte de funcionários da ré, mormente quanto ao conselheiro, quando deixou de comparecer a reuniões em razão da condição social da autora, solicitando que a funcionária Andresa a substituisse em reuniões nacionais por ser ‘vergonhoso explicar às pessoas a condição da Reclamante’...”

No caso em questão, restam cristalinas as intenções do meio organizacional de constranger e de apartar o transexual, considerado “dissemelhante”, caracterizando de forma axiomática o assédio moral no meio laborativo. Em face da ocorrência de tal conduta, cabe ao agredido buscar a via judicial para receber o respectivo montante ressarcitório, bem como configurar justa causa do empregador para rescisão do contrato de trabalho (despedida indireta), dando ao trabalhador direito às verbas rescisórias (Pamplona Filho, 2016). No caso em foco, foi essa a opção eleita pela transexual.

Forçoso reiterar que dentre as garantias fundamentais do indivíduo, albergadas constitucionalmente no art. 5º, inc., da Magna Carta, encontram-se positivados os direitos à intimidade e à vida privada, os quais, como direitos da personalidade, podem ser vislumbrados como elementos da integridade moral de cada ser humano. Ainda, indiscutível que princípio constitucional da isonomia prevê a equidade de aptidões e de possibilidades aos cidadãos. Por meio desse princípio são vedadas

²⁴ CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 53.

²⁵ BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 145.

as diferenciações arbitrárias e incongruentes, não justificáveis pelos valores preconizados na Carta Magna. No episódio cerne do presente artigo restou configurada, portanto, a afronta a esses diversos institutos. Impossível não vislumbrar, ainda, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais.

4. CONCLUSÃO

O meio ambiente do trabalho deve primar por um permanente exercício de sustentabilidade das relações individuais e coletivas de trabalho. Um meio ambiente do trabalho sustentável e equilibrado visa coibir a ocorrência de mazelas laborais, em especial, visa coibir a ocorrência do assédio moral. Em que pese o assédio moral ser uma mazela social, o legislador deve primar pela responsabilidade econômica e social antes de criar leis que possam trazer mais problemas para a estrutura organizacional de uma empresa.

Ante a leitura do rol de ementas agregadas neste ensaio, percebe-se o reconhecimento de assédio moral coletivo e individual, ou até de ambos, em uma única demanda enquanto patologia social. Em suma, a jurisprudência do TST se consolidou no sentido de proteção ao trabalhador e entendeu que não há objeção a que o obreiro reclamante pleiteie indenização por dano moral individual. Por meio dos acórdãos colacionados, foi possível identificar a magnitude protetiva da Justiça do Trabalho ao garantir que o trabalho mantenha relevância no meio social, como mantenedor, e não algoz, da dignidade. Em suma, a Justiça do Trabalho coíbe e pune, quando configurada, a prática do assédio moral no meio ambiente do trabalho.

Em verdade, o trabalho, em sua essência, tem natureza social e dignifica o homem. Para auferir tal finalidade, entretanto, é imperioso que o labor seja decente. O conceito de trabalho decente, elaborado pela Organização Internacional do Trabalho em 1999, sintetiza a missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas. Assim, o trabalho é considerado como condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Dado o exposto, resta explícita, portanto, a absoluta incompatibilidade do assédio moral no meio ambiente do trabalho.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BUTZKE, Alindo; SPARREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011.
- CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1962.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- DELGADO, Guilherme. Dados informados em trabalho intitulado “Critérios para uma Política de Longo Prazo para a Previdência Social” apresentado no Seminário “Como incluir os excluídos? Contribuição ao debate sobre a Previdência Social no Brasil.” Seminário organizado pelo CESIT/IE-UNICAMP e pelo DIEESE em São Paulo. In **Carta Social e do Trabalho**, n. 7 – set./dez. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.
- GLÖCKNER, César Luís Pacheco. **Assédio Moral no Trabalho**. São Paulo: IOB, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUEDES, Márcia Novaes. **Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores**. Revista da Anamatra II. São Paulo, p. 36, dez 2003.
- GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho - Redefinindo o Assédio Moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- KOMETANI, Pamela. Transexuais enfrentam barreiras para conseguir aceitação no mercado de trabalho. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/transexuais-enfrentam-barreiras-para-conseguir-aceitacao-no-mercado-de-trabalho.ghtml>>. Acesso em 23 ago. 2018.
- MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorian. **O que é vida?** Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.
- MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Breves Observações sobre a Fundamentalidade do Direito Previdenciário no Brasil. In **Justiça do Trabalho**. v.302, 2009.
- MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006.
- NASCIMENTO, Ricardo de Castro. Breve histórico da Previdência Social. In **Revista de Direito Social** n. 28, outubro/dezembro 2007.
- Organização Internacional do Trabalho. Trabalho decente. Disponível em < <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm> > .

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes Barros. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. 2. ed. ampl e ver. – São Paulo: LTr, 2016.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na Constituição de 1988. In **Justiça do Trabalho** n. 290, fevereiro 2008.
- ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social** – na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. Teoria Geral da Responsabilidade Civil. In VASSILIEFF GABURRI, Fernando; BERALDO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO, Vaneska Donato de. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2008, p. 27, v.5.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Curso de Direito Constitucional. – 6. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- Súmula n. 83 – EMPRESA WALMART BRASIL. REUNIÕES MOTIVACIONAIS. DANO MORAL. In < <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas> >. Acesso em 24 ago. 2018.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio; FRETIANI Yone. **Novos rumos do direito do trabalho na América Latina**. São Paulo: Editora LTDA, 2003.

O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Maurício Antonacci Krieger¹

César Renan Rodrigues dos Santos Filho²

RESUMO

O contrato de trabalho poderá ser por prazo determinado ou seguir a regra geral dos contratos com vínculo de emprego e se dar por prazo indeterminado. No entanto, uma coisa é certa, independente da forma como for pactuado tal contrato, o mesmo chegará ao fim de um jeito ou de outro. A extinção do contrato de trabalho poderá ocorrer de várias formas, tanto por vontade do empregador, como por vontade do empregado, ou ainda, independente da vontade das partes. Recentemente surgiu a reforma trabalhista, que trouxe inúmeras alterações na legislação e acabou modificando direitos e deveres de trabalhador e empregador. Muitos aspectos polêmicos e até inconstitucionais, e outros que trouxeram melhorias na relação de emprego. O presente trabalho irá apresentar os principais pontos alterados no que tange à extinção do contrato de trabalho e buscará saber se as referidas modificações foram positivas ou negativas para a sociedade como um todo.

Palavras-chaves: Dispensa coletiva. Extinção do contrato de trabalho. Reforma trabalhista. Rescisão por acordo das partes.

¹ Professor da graduação e pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC. Advogado.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista – FAMES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIFRA.

ABSTRACT

The contract of employment may be for a fixed term or follow the general rule of contracts with employment relationship and be given for an indefinite period. However, one thing is certain, no matter how this contract is agreed upon, it will come to an end in one way or another. The termination of the employment contract may occur in several ways, either by the employer's will or by the employee's will, or even independent of the parties' will. Labor reform recently emerged, which brought numerous changes in legislation and eventually modified the rights and duties of worker and employer. Many controversial and even unconstitutional aspects, and others that have brought about improvements in the employment relationship. This paper will present the altered points regarding the termination of the employment contract and will seek to know if these changes were positive or negative for the society as a whole.

Keywords: Termination of employment contract. Labor reform. Collective exemption. Termination by agreement of the parties.

INTRODUÇÃO

A extinção do contrato de trabalho é algo inevitável, pode-se dizer que é evento futuro e certo, pois em algum momento chegará ao fim, nem que seja pela morte do empregado ou do empregador. Sendo assim, resta ao operador do direito analisar os casos de extinção do contrato de trabalho e suas consequências jurídicas, saber que direitos terá o empregador em cada uma das modalidades de término da relação de emprego.

Por outro lado, recentemente a legislação trabalhista sofreu uma profunda reforma que alterou significativamente vários pontos da relação de emprego, tanto no aspecto do direito material quanto no que toca ao direito processual do trabalho. Um dos pontos que sofreu alterações consideráveis diz respeito justamente ao término da relação de emprego.

Levando-se em consideração os aspectos referidos acima, o presente artigo tem como objetivo traçado apresentar as novidades da reforma trabalhista no que tange ao término da relação contratual. Sendo assim, o principal problema que a pesquisa apresenta é saber se as modificações ocorridas na extinção do contrato de trabalho apresentam novidades positivas ou negativas, e ainda, se ocorre algum tipo de inconstitucionalidade dos novos artigos inseridos na legislação.

No primeiro momento o trabalho irá demonstrar o conceito de extinção do contrato de trabalho, as suas mais variadas formas que podem ser por iniciativa do empregador, apontando a possibilidade de justa causa ou não, e por outro lado quanto o término da relação se dá por iniciativa do empregado, quando também pode existir uma falta grave, mas agora por parte do empregador. Depois de analisar as demais possibilidades que independem da vontade das partes, serão vistas as consequências jurídicas trabalhistas em cada caso de rescisão do contrato.

No segundo momento, será feita uma abordagem geral da reforma trabalhista sem entrar em maiores detalhes, visto que o objetivo aqui não é esgotar as novidades da reforma, mas sim tratar dos aspectos referentes à extinção contratual. Sendo assim, neste tópico, após uma breve exposição da reforma trabalhista como um todo serão vistos os aspectos da dispensa coletiva, do plano de desligamento incentivado e da possibilidade de acordo entre as partes para encerrar o contrato de trabalho.

O trabalho possui relevância por se tratar de tema extremamente novo e polêmico, visto que toda reforma é considerada de certa forma, polêmica por parecer retirar alguns direitos conquistados pelos empregados ao longo de décadas. A importância do trabalho para o meio social é tentar demonstrar a toda sociedade as novidades que estarão inseridas na vida de todo trabalhador a partir da recente reforma. Para a academia a presente pesquisa buscará contribuir de alguma forma interpretando a nova legislação com base na doutrina atual.

DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho está disciplinado no art. 442 da CLT e corresponde a relação de emprego. Os requisitos acabam se confundindo, porque na verdade o que o dispositivo quer demonstrar é que esse contrato de trabalho regido pela legislação trabalhista corresponde a relação de emprego e não a outro contrato qualquer que não preencha os elementos necessários como pessoalidade, subordinação, não eventualidade e remuneração. Observa-se a redação do referido dispositivo: “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Levando-se em consideração a afirmativa acima, necessário fazer uma breve análise dos requisitos do vínculo de emprego. Como bem explica Domingos Sávio Zainaghi, a pessoalidade significa que além do empregado ser necessariamente

uma pessoa física não poderá ser substituído por outro na execução dos serviços, a não ser em situações esporádicas, mas via de regra, se a empresa contrata determinado empregado para realizar aquela atividade é este que deverá realizar. Já o serviço realizado de forma não eventual significa que deverá haver uma continuidade, não necessitadamente ser todos os dias da semana, mas uma frequência que permita perceber que existe uma relação fixa entre a empresa e o trabalhador. Eventual por outro lado, seria o serviço prestado de forma não costumeira.³

O autor segue explicando os demais requisitos caracterizadores e menciona que outro elemento necessário é a subordinação, ou seja, o empregado está subordinado ao empregador, recebendo ordens, e devendo obedecê-las. Além disso, é o empregador que define o que o empregado deverá fazer, o que deverá vestir, e utilizar como ferramentas de trabalho, ou seja, tudo passa pelo poder de direção do empregador. Por fim, o último elemento é a remuneração ou onerosidade, visto que o contrato não deverá ser gratuito, a todo trabalho deverá ter uma contraprestação, deverá ter, portanto, um salário, ainda que seja este o mínimo constitucionalmente estabelecido.⁴

O contrato de trabalho depois de celebrado, tanto de forma expressa como tacitamente, verbal ou por escrito e ainda por prazo determinado ou indeterminado conforme art. 443 da CLT irá se desenvolver e se prolongar pelo tempo, e caso seja por prazo indeterminado não terá data preestabelecida para chegar ao fim, mas o fato, é que chegará. Em algum momento este contrato de trabalho irá se encerrar. Conforme Martins “a cessação do contrato de trabalho é a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para os contratantes”.⁵

O contrato de trabalho poderá se encerrar de diversas formas como dito anteriormente. Tais formas se dividem em três categorias, por assim dizer: as decorrentes da iniciativa do empregador, as oriundas da iniciativa do empregado e as que independem da vontade das partes.

As mais frequentes de acontecer são as decorrentes da vontade do empregador, e daí pode ser tanto uma despedida sem justa causa como uma despedida por justa causa. A primeira e mais corriqueira de todas, infelizmente é a despedida arbitrária ou sem justa causa, da qual o empregador pode livremente encerrar o contrato de trabalho podendo causar sérias consequências econômicas para o em-

³ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.21.

⁴ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.22.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.407.

pregado desligado e sua família, o qual nada pode fazer para reverter tal situação, salvo se estiver dentro de uma das hipóteses de estabilidade provisória.⁶

Embora doutrina e legislação trabalhista não sejam muito claras na diferenciação entre despedida arbitrária e sem justa causa, parece sim haver uma distinção. Ora, de acordo com o art. 165 da CLT a despedida arbitrária é aquela não fundamentada em motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros. Por outro lado, a despedida sem justa causa se refere aquela não fundamentada exclusivamente em motivos disciplinares contidos no art. 482 da CLT que trata das possíveis faltas cometidas pelo empregado.⁷

Em sentido contrário, tem-se a despedida por justa causa, que ocorre justamente, quando o empregado vem a cometer uma das hipóteses legais contidas no dispositivo mencionado acima, do qual a doutrina majoritária entende tratar-se de rol taxativo. Como bem ensina Francisco Neto e Jouberto Cavalcante “dispensa por justa causa é o término do contrato, tendo como motivo, a falta cometida pelo empregado”.⁸

Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia completa mencionando que a justa causa está dentro do poder disciplinar do empregador, do qual faz parte do poder de direção.⁹ Em outras palavras, por meio do poder de direção do empregador, do qual poderá organizar sua empresa, dar ordens aos seus funcionários, fiscalizar os mesmos, e também puni-los em caso de falta cometida. Essa punição decorrente do poder disciplinar deverá em tese obedecer uma proporcionalidade, ou seja, em caso de uma falta menos grave, ou primeira falta, o empregador aplica uma advertência verbal, em caso de reincidência ou havendo uma falta um pouco mais pesada deverá levar uma advertência por escrito. Seguindo essa lógica, a punição seguinte seria a suspensão por alguns dias sem poder trabalhar, e por fim a justa causa, como punição mais severa. Evidentemente que o empregador não é obrigado a seguir essa ordem ao aplicar uma penalidade, visto que uma falta poderá ser tão grave que descabe em falar em advertência como o caso de improbidade, que vem a ser desonestidade na relação de emprego.¹⁰

⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.352-3.

⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p.356-7.

⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.359.

⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.404.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.414.

As próximas formas de extinção do contrato que merecem análise são as de iniciativa do empregado. A primeira delas é o pedido de demissão. De acordo com Vólia Bomfim Cassar “a palavra demissão é utilizada pela maioria dos estudiosos na área para designar o tipo de terminação unilateral do contrato de trabalho indeterminado, cuja iniciativa é do empregado, sem justa causa praticada pelo empregador. Não existe de fato um pedido de demissão, mas sim uma comunicação de extinção do contrato, de afastamento de iniciativa do empregado. O empregado não pede nada, pois após a comunicação, a extinção independe da concordância do empregador”.¹¹ Trata-se de uma hipótese que poderá ser decorrência de vários motivos, como uma oferta melhor de outro emprego, ou a realização de um negócio próprio, ou ainda, quando o empregado recebe uma herança milionária e resolve deixar de trabalhar. Enfim, um desligamento do contrato sem que o empregador tenha tido culpa no caso concreto.

No entanto, existe a possibilidade em que o empregado pede o término da relação contratual, da mesma forma, só que dessa vez por um motivo decorrente do ambiente laboral, ou seja, quando o empregador cometeu uma falta grave. É o que se conhece por rescisão indireta, e suas hipóteses legais encontram-se no art. 483 da CLT. Aqui nesta situação, a relação contratual entre as partes se torna insustentável e insuportável, tendo em vista algum tipo de abuso cometido pelo empregador, como prática de assédio moral, exigência de serviços superiores às forças do empregado, ofensas físicas ou morais, dentre outras hipóteses legais. Diferente da demissão, neste caso, o empregado comunica o empregador que está deixando de trabalhar pela falta cometida pelo empregador, mas o comunicado é importante para evitar que seja acusado de abandono de emprego. Pelo empregador o contrato seguiria seu rumo normalmente, mas a situação do empregado na empresa já é precária e por vezes acaba prejudicando inclusive sua saúde física e mental, ocasionando doenças graves. Por todos esses motivos, o empregado rompe o vínculo e coloca fim a relação de emprego pela rescisão indireta.¹²

Viu-se que tanto emprego quanto empregador podem cometer faltas no decorrer do contrato de trabalho. E isso é possível que ocorra de forma concomitante, o que significa que o contrato irá encerrar por culpa recíproca como ensina Martins:

¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.1027.

¹² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.424-5.

[...] pode ocorrer que tenha havido falta tanto do empregado como do empregador, daí a existência de culpa recíproca. A falta do empregado estaria capitulada no art. 482 da CLT e a falta do empregador estaria elencada no art. 483 da CLT. Havendo culpa recíproca a indenização devida ao empregado será reduzida à metade.¹³

O contrato de trabalho poderá chegar ao fim também independente da vontade das partes, como ocorre, por exemplo, com a morte do empregado, ou pela morte do empregador quando este for pessoa física e não houver a possibilidade do contrato prosseguir com a substituição do empregador. Em outras palavras “o que leva a rescisão do contrato não é a morte pura e simples do empregador, mas o não prosseguimento da atividade empresarial.”¹⁴

Outras formas de término do contrato se dão pela força maior ou caso fortuito. Na primeira têm-se alguns elementos decorrentes da natureza, como terremotos, desastres naturais, catástrofes, tempestades, enfim forças da natureza que causam destruição na empresa podendo suspender as atividades ou nesse caso extinguir toda a atividade empresarial, causando consequentemente a extinção dos contratos de trabalho dos empregados que ali trabalhavam. São destruições que não tinham como serem evitadas. Embora os efeitos sejam os mesmos, o caso fortuito que a CLT nada fala é causado por fato humano, como falhas mecânicas.¹⁵

Já o chamado fato do príncipe que também extingue o contrato de trabalho é definido por Francisco Neto e Jouberto Cavalcante como,

[...] todo ato voluntário da administração que vem onerar as partes que com ela contratam. A teoria do fato do príncipe tem grande importância no campo dos contratos administrativos, para permitir ao prejudicado obter reparação do Estado. No campo do Direito do Trabalho, *factum principis* compreende a paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, quando prevalecer o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável (art. 486, *caput*, CLT).¹⁶

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.416.

¹⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.374.

¹⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.442.

¹⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.377.

Portanto, o fato do príncipe é uma intervenção da administração pública que interfere diretamente nas atividades empresariais e por consequência na relação contratual de emprego com os funcionários daquele estabelecimento, seria o exemplo da desapropriação de área em que estava localizada a empresa.¹⁷

O contrato também poderá se encerrar com o advento do termo final, quando se tratar de contrato de trabalho a prazo determinado. Muitos contratos iniciam já com prazo previamente determinado e ainda que possa ser renovado uma vez existe um limite legal que impede que ele vá se renovando sempre, sob pena de transformar-se em contrato a prazo indeterminado. Portanto em certas circunstâncias em que exista uma natureza de transitoriedade ou um contrato de experiência, por exemplo, o contrato terá um termo final estabelecido, e quando atingir aquele prazo o contrato se encerrará. Por outro lado, tem ainda a possibilidade de término do contrato de trabalho por extinção da própria empresa ou de uma de suas filiais, visto que a empresa pode vir a falir. E por fim, ainda é possível a extinção pela aposentadoria do empregado ou também pelo chamado distrato, que é um acordo entre as partes, em que os interessados irão estabelecer as formas e consequências jurídicas do fim do contrato de trabalho.¹⁸

A partir do momento em que já se conhece o motivo do encerramento do contrato de trabalho é possível tecer algumas considerações sobre os direitos trabalhistas que o empregado terá em cada uma das situações elencadas acima.

A primeira possibilidade que foi vista é justamente a mais comum que é a despedida sem justa causa, em que o empregado mesmo executando seu trabalho com perfeição e com produtividade, por melhor que seja, não estará garantido no emprego, visto não existir mais a estabilidade decenal, e sim o sistema do FGTS que está inserido no art. 7º da Constituição Federal de 1988. Ao menos, sempre que esta modalidade de extinção vier a ocorrer garantirá ao empregado os maiores direitos trabalhistas dentre todas as formas de término do contrato de trabalho, justamente para compensar a ruptura do contrato sem culpa do empregado.

Nesse sentido Mauricio Godinho Delgado aduz que

[...] a dispensa injusta consiste, ao lado da resolução contratual por justa causa do próprio empregador (rescisão indireta), na modalidade mais onerosa de ruptura contratual existente no Direito do país. Em síntese, ela propicia o pagamento do maior número de parcelas

¹⁷ GONÇALVES, Odonel Urbano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 1993. p.193.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.440-1.

rescisórias entre os diversos tipos de término contratual regulados pelo Direito do Trabalho.¹⁹

Tais direitos que o empregado terá é o saldo de salários, as férias vencidas e proporcionais, o 13º salário proporcional, os depósitos do FGTS, bem como a multa de 40% sobre o montante do fundo e mais o aviso prévio.²⁰ Estes mesmos direitos são assegurados quando houver a justa causa do empregador, quando a culpa pelo término é do empregador, a rescisão indireta. Já quando houver o pedido de demissão, o empregado não terá a multa sobre o FGTS, nem sequer poderá sacar o fundo, ao menos naquele momento, visto que o valor pertence ao empregado e deverá ser dado a ele em outro momento. Também não terá direito ao aviso prévio, na verdade deverá cumprir sob pena de poder ser cobrado do empregador esse valor. No que toca a despedida por justa causa o empregado só tinha direito a saldo de salários e férias vencidas.²¹

No entanto, o entendimento mais recente que a jurisprudência vem adotando é no sentido de férias proporcionais e 13º salário proporcional serem devidos inclusive quando se tratar de falta grave cometida pelo empregado, visto que existe um direito adquirido que deverá ser respeitado. Nesse sentido decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. QUEBRA DE FIDÚCIA. MAU PROCEDIMENTO. INDISCIPLINA. CARACTERIZAÇÃO. A despedida por justa causa é autorizada nos casos em que o empregado comete infração ou ato faltoso grave, que importe a quebra da fidúcia necessária a continuidade do contrato de trabalho. Provada a prática de atos de mau procedimento e de indisciplina na execução do contrato de trabalho, é lícita a despedida por justa causa com fulcro no art. 482, 'b', e 'h' da CLT. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS DEVIDAS. A finalidade das férias é a recomposição física e biológica do trabalhador, de modo que, qualquer que seja a forma de extinção do contrato de trabalho, tem direito ao pagamento proporcional ao período não usufruído, nos termos do inciso XVII do art. 7º da CF, que não excepciona tal direito àqueles despedidos por justa causa.²²

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2004. p.1129.

²⁰ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.90.

²¹ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.90-4.

²² RIO GRANDE DO SUL. TRT4. **Recurso Ordinário 0021459-28.2014.5.04.0003**. Oitava Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. RS. Relator: João Paulo Lucena. Julgado em: 16/11/2017. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em: 02 mar. 2018.

Passa-se agora a observar as consequências jurídicas para as demais formas de extinção do contrato de trabalho. Ora, quando a extinção se dá por falência da empresa, o empregado receberá todos os direitos trabalhistas como se houvesse sido despedido, visto que os riscos da atividade econômica são todos do empregador, e não podem ser transferidos para o obreiro. Na culpa recíproca, como já dito anteriormente, o empregado fará jus a metade da indenização que teria se apenas o empregador tivesse cometido a falta grave.²³

No que tange ao fim do contrato por prazo determinado o empregado não receberá o aviso prévio, visto que já sabia desde o começo quando o contrato chegaria ao fim, a não ser quando o contrato terminar antes do previsto e existir cláusula assecuratória conforme art. 481 da CLT. Também não terá direito a multa de 40% sobre os montantes do FGTS, visto que o empregador não deu causa ao fim do contrato, mas poderá sacar o fundo e receberá os demais direitos trabalhistas como férias proporcionais e décimo terceiro proporcional.²⁴

Quando o motivo do término for a força maior, caberá ao empregado todos os direitos trabalhistas, sendo que a multa do FGTS será pela metade, ou seja, 20%, bem como metade do valor do aviso prévio indenizado. Já no fato do príncipe o empregado também receberá todos os valores trabalhistas possíveis, a diferença é que a multa do FGTS e o aviso prévio indenizado serão pagos pelo Estado, causador do término da relação contratual. As demais verbas trabalhistas serão pagas pelo empregador, visto que não são indenizatórias.²⁵

Gustavo Filipe Barbosa Garcia menciona que as verbas devidas na hipótese de falecimento do empregado são “saldo de salários; férias vencidas e proporcionais com 1/3; décimos terceiros salários vencidos e proporcionais; saque do FGTS pelos dependentes ou sucessores do empregado falecido.”²⁶ Nota-se que a multa não cabe no caso de morte do empregado, em virtude que o contrato não se encerrou por vontade do empregador.

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.440-1.

²⁴ OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 370-2.

²⁵ OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Direito do Trabalho**. 3.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p.367-8.

²⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.435.

A REFORMA TRABALHISTA E A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A Lei 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe uma série de inovações nas relações de emprego. Em muitos aspectos retirou alguns dos direitos já conquistados pelos trabalhadores ao longo de muitas batalhas. Em outros pontos apenas reformulou pontos que estavam defasados pelo tempo, e no que tange ao término da relação contratual, acabou trazendo novidades significativas que aqui serão abordadas.

A reforma trabalhista é um dos principais assuntos tratados nos dias de hoje no Brasil, muito em função do momento político e muito decorrente dos dispositivos alterados e ou inseridos que alteram de modo profundo o que se tinha anteriormente tanto no direito material do trabalho como no direito processual. Não restam dúvidas que a reforma trabalhista é um tema polêmico, e por isso merece ser tratado e debatido no meio acadêmico.

De fato, a doutrina se divide nesse momento histórico, e o que para uns a reforma é a verdadeira precarização dos direitos trabalhistas e restrição ao acesso do trabalhador ao Poder Judiciário para outros a nova legislação vai gerar mais empregos, talvez justamente por facilitar a contratação com menos encargos trabalhistas ao empregador. Esses mesmos autores favoráveis às alterações oriundas da reforma aplaudem o fato da diminuição de litígios e demandas que acabam entupindo a Justiça do Trabalho.²⁷

Manoel Antonio Teixeira Filho lembra que a Reforma Trabalhista começou com o Projeto de Lei da Câmara n. 6.787/2016 de iniciativa do Poder Executivo. Depois chegou ao Senado Federal o Projeto recebeu o Substitutivo n. 38/2017 que foi sancionado pelo Presidente da República, sem vetos, e que se converteu na Lei n. 13.467/2017. O autor menciona que segundo a justificativa do Projeto inicial o objetivo da reforma da legislação trabalhista era “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n. 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário”. Todas essas justificativas se dão em relação ao direito material,

²⁷ SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017. p.9.

no entanto, sabe-se que surgiram muitas novidades também no que diz respeito ao direito processual do trabalho.²⁸

Muito embora a sociedade esteja assustada e com medo dos efeitos da reforma, o que não é para menos, levando-se em consideração que a nova lei mexeu em inúmeros artigos dentro da CLT, sem contar em outras leis relacionadas ao Direito do Trabalho, cumpre ressaltar que os direitos já adquiridos anteriormente pelos empregados não poderão sofrer o impacto da reforma, ou seja, aqueles trabalhadores que já tinham incorporado uma função pelo exercício de mais de 10 anos, ou incorporação em acordos e convenções coletivas, dentre outros, não terão qualquer direito removido. Isto se deve, ao princípio da irretroatividade da lei, ou seja, a lei não atingirá aqueles que já se encontravam em situações mais favoráveis, a não ser, por óbvio, nos pontos que a reforma for mais benéfica, obedecendo o grande pilar do Direito do Trabalho, que vem a ser o princípio da proteção.²⁹

Chega-se finalmente ao ponto principal da presente pesquisa, onde serão demonstradas as novidades decorrentes da reforma trabalhista no que tange à extinção do contrato de trabalho. A primeira delas está disciplinada na introdução de um novo dispositivo sem correspondente com a legislação anterior. Trata-se da dispensa coletiva que agora tem redação própria.

Reza o art. 447-A da NCLT: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

Para estabelecer os devidos comentários sobre o referido dispositivo, a primeira coisa a se fazer é analisar a diferença entre dispensa individual, plúrima e coletiva. Ora, a dispensa individual, se dá quando um ou poucos empregados são dispensados de forma isolada. Já a dispensa plúrima está relacionada a um ou mais pequenos grupos de trabalhadores, e por fim, a chamada dispensa coletiva, que vem a ser a mais grave de todas, onde envolve uma grande massa de funcionários, quando um grande setor da empresa é fechado e os empregados dispensados, por exemplo. Dito isto, volta-se ao que traz o disposto na reforma trabalhista, tratando de forma igualitária todas as formas de dispensa, desde a dispensa individual, onde pode ter um único empregado até a dispensa coletiva

²⁸ 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. p.15.

²⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p.9.

com inúmeros trabalhadores perdendo seus empregos. A redação do artigo mencionado deixa claro, a desnecessidade de autorização prévia da entidade sindical representativa dos trabalhadores ou de documento coletivo negociado para a efetivação da dispensa.³⁰

Francisco Meton de Lima e Francisco Péricles de Lima ao tratarem sobre o tema deixam claro o posicionamento contrário ao que diz o texto legal: “essa regra equipara as dispensas coletivas às dispensas individuais: prescindem de autorização sindical. É um absurdo, porque a Convenção Internacional do Trabalho n. 158 exige formalidades específicas para tais casos. Destarte, as dispensas coletivas são problemas do Estado, merecendo tratamento especial. O Brasil não tem regulamentação da matéria. E, em vez de fazê-lo, liberou geral.”³¹

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Homero Batista da Silva questiona inclusive a constitucionalidade do dispositivo visto que o corte coletivo traz impactos não apenas na vida dos trabalhadores dispensados mas da sociedade como um todo, “a cadeira de fornecedores, clientes e prestadores de serviços e também a arrecadação de impostos locais e nacionais, sobre a renda e o consumo dos trabalhadores afetados”.³²

Outro dispositivo que trouxe novidades com a reforma se refere ao plano de desligamento voluntário como segue a redação do art. 477-B da NCLT:

Plano de demissão voluntária ou incentivada para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Trata-se de mais um dispositivo extremamente polêmico que nada mais nada menos traz em sua redação a quitação total do contrato de trabalho do empregado que aderir ao plano de demissão voluntário ou incentivado. Ora, sabe-se que o empregado é a parte hipossuficiente da relação, e na maioria das vezes não sabe ao certo quais os direitos que tem, se tem direitos e, muito menos o valor pecuniário desses direitos. Ainda que seja auxiliado pelo sindicato, advogado ou

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p.180-1.

³¹ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017. p.78.

³² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.90.

qualquer outra autoridade poderá sair perdendo, e depois se perceber que tinha mais direitos do que recebeu, fica impedido de ajuizar uma ação trabalhista. Claro, que sempre poderá haver algum tipo de vício na quitação como dolo, coação, simulação, ou ainda algum problema com o instrumento coletivo que autorizou a quitação total do contrato de trabalho. Mas o fato, é que pela redação pura e simples do dispositivo legal, sendo realizado o PDV ou PDI haverá a quitação total das verbas trabalhistas. Sendo assim, questiona-se a constitucionalidade da regra que parece afrontar ao princípio do amplo acesso à justiça e inafastabilidade do controle jurisdicional, presente no art. 5, XXXV da CF/88, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a qualquer direito.³³

Por outro lado, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado lembram que se a PDV ou PDI forem feitas de forma unilateral sem o manto da negociação coletiva trabalhista aplica-se o entendimento da Orientação Jurisprudencial 270 da Seção de Dissídios Individuais 1 do TST, do qual dispõe que o PDV somente fará quitação das parcelas e valores constantes do recibo e não de todo contrato, como vem a ser a proposta do art. 477-B da NCLT. Oportuno referir também que o legislador reformista se baseou em decisão vinculante do STF quando decidiu sobre a matéria e trouxe a amplitude da quitação conferida em PDV ou PDI quando decorrentes de negociação coletiva trabalhista.³⁴

Por fim, cabe ainda analisar a rescisão contratual oriunda do acordo entre as partes e a última hipótese de justa causa introduzida no art. 482 da CLT. No que tange a esta nova modalidade de extinção do contrato de trabalho, foi introduzido na CLT o art. 484-A, que assim dispõe:

O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I – por metade: a) o aviso prévio se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990; II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção do contrato prevista no *caput* deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento)

³³ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p.78-9.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p.184.

do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Este dispositivo parece ser um ponto positivo da Reforma Trabalhista, visto que veio solucionar um problema do cotidiano das relações de emprego. Como bem argumenta Ricardo Oliveira de Souza, todos os contratos da área civil permitem o acordo amigável para encerrar o compromisso, até mesmo o casamento pode ser dissolvido de forma consensual. Apenas o contrato de trabalho que se extinguiu ou por iniciativa do empregador ou por iniciativa do empregado, mas sempre como forma de rescisão que não traz a ideia de algo amigável. Ainda, quando ocorria o pedido de demissão em decorrência de um emprego melhor ou uma mudança de rumo na vida daquele empregado, vinha um pedido de ser despedido em vez de ele próprio pedir a demissão para poder receber os direitos trabalhistas por completo. Em outras vezes, ambas as partes estão insatisfeitas com o contrato, o empregador não quer mais aquele empregado em sua empresa e o empregado não suporta mais trabalhar naquele estabelecimento, mas nenhuma das partes quer tomar a iniciativa para não perder direitos, e o contrato acaba se arrastando com pouca produtividade e total desmotivação de ambos os lados.³⁵

O autor complementa ainda se referindo a uma situação fraudulenta ocasionada pela falta de regulamentação legal anterior à reforma onde não existia teoricamente a possibilidade de término do contrato de trabalho por acordo de vontades:

[...] há ainda uma solução pior do que essa rescisão indireta às avessas: é quando empregado e empregador se unem para forjar uma rescisão sem justa causa fraudulenta para que o empregado ‘receba seus direitos’ (saque o FGTS e receba o seguro desemprego), e devolva a multa dos 40% (quarenta por cento) do FGTS para o empregador ou, muitas vezes nem isso, de modo que este ‘fica no prejuízo’, para bem empregar o linguajar deles.³⁶

Portanto, essa nova forma de extinção do contrato de trabalho parece solucionar alguns problemas, a começar pelo excesso de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, com o distrato, acordo entre as partes envolvidas, muito se vai evitar de demandas trabalhistas. Bem verdade, que parte da doutrina já fazia menção do

³⁵ SOUZA, Rodrigo Oliveira de. Art. 484-A. In: RODRIGUES, Deusmar José. **Lei da reforma trabalhista**: comentários artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2017. p.196-8.

³⁶ SOUZA, Rodrigo Oliveira de. Art. 484-A. In: RODRIGUES, Deusmar José. **Lei da reforma trabalhista**: comentários artigo por artigo. Leme: JH Mizuno, 2017. p.197.

distrato como forma de extinção do contrato de trabalho como foi visto aqui nesta pesquisa, mas ainda não existia legislação específica que apontasse, de fato, para essa possibilidade, e o que vinha sendo feito, poderia facilmente ser anulado.³⁷

No entanto, a que se dizer que este acordo para encerrar o contrato de trabalho possui limitadores estabelecidos em lei, não pode empregador e empregado saírem acordando o que bem entenderem, como não pagamento de férias vencidas ou saldo de salários, até porque iria ferir o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Para que o empregado não fique mais forçando a rescisão do contrato de trabalho, fazendo de tudo para ser despedido sem justa causa e levantar o FGTS, o novo dispositivo legal permitiu que no acordo o empregado pudesse levantar os depósitos, mas na base de 80% do montante naquela ocasião, não perdendo, o restante, por óbvio, mas sacando apenas em outra oportunidade. Além disso, a multa do FGTS não será de 40% e sim pela metade, bem como o aviso prévio indenizado. Além disso, o empregado não terá direito ao seguro desemprego nesse tipo de término do contrato de trabalho.³⁸

Por fim, cabe ainda tecer alguns comentários quanto a nova possibilidade de justa causa inserida no art. 482 da CLT que, diga-se de passagem, era considerada como rol taxativo pela doutrina, onde qualquer possibilidade que não estivesse expressa na lei era facilmente encaixada como mau procedimento. O dispositivo referido acima diz que constituem justa causa do empregado todas as alíneas elencadas abaixo, e agora com o acréscimo da alínea “m” que assim dispõe: “perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado”.

Trata-se da hipótese em que um profissional deixa de ter o requisito exigido para exercer tal função, como o advogado que é excluído da Ordem dos Advogados por fraudar um cliente e sumir com os valores referentes à causa, ou o médico que tem o seu registro cassado por deixar o paciente na sala de operação apenas aos cuidados do estagiário, ou ainda o motorista que está dirigindo bêbado e perde a carteira de motorista por conta disso, ou ainda o profissional que tem seu diploma de curso superior anulado por conta de o curso realizado ser fraudulento, enfim, hipóteses não faltam como exemplos para a referida alínea do art. 482 da CLT.³⁹

³⁷ Nesse sentido Sergio Pinto Martins ao apontar antes da reforma que o contrato de trabalho poderia ser extinto por mútuo acordo das partes, ou seja, distrato. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.440.

³⁸ MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Habermann, 2017. p.144.

³⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.95.

Mas, como quase tudo dentro da nova legislação trabalhista, esse novo acréscimo também tem uma boa dose de polêmica. Homero Batista da Silva menciona que nem sempre será tão simples de resolver a situação concreta e despedir o empregado por justa causa, afinal, está é a punição mais severa que poderá ocorrer. O autor traz a seguinte situação: imagina um exemplo em que o motorista de caminhão ou de carro perde a habilitação por receber várias multas e preencher todos os pontos na sua carteira de motorista, pela regra ele poderia sofrer a despedida por justa causa baseada na norma legal. No entanto, embora, a princípio pareça, de fato, haver uma negligência ou imprudência do motorista, as normas de trânsito são cada vez mais complexas, e mudam a todo o momento, o que poderia retirar a culpa do motorista, ainda mais levando em consideração que ele pode ser entregador de produtos, e se não agir de forma rápida e eficiente será acusado de desídia, que vem a ser outra hipótese de justa causa.⁴⁰ Portanto, não é tão simples de resolver, e talvez, o mais correto seja analisar o caso isoladamente e aplicar o princípio da proporcionalidade, observando-se as demais formas de punição decorrentes do poder disciplinar.

Ainda existem outras alterações decorrentes da reforma trabalhista e condiscentes com a extinção do contrato de trabalho, mas como a presente pesquisa não tem como intuito esgotar o tema, procurou-se trazer as principais novidades referentes ao término do contrato de trabalho.

CONCLUSÃO

Levando-se em consideração tudo que foi visto no decorrer da presente pesquisa é possível tecer algumas conclusões, ainda que provisórias e precárias, visto que o tema da reforma trabalhista ainda é muito novo e não se sabe ao certo quais os pontos que serão tidos como positivos e quais serão negativos no decorrer do tempo. Somente o futuro dirá o que o legislador reformista acertou e errou.

O tema referente à extinção do contrato de trabalho merece cuidados especiais, pois é um tema delicado em que se está tratando de um momento que via regra geral acarreta sofrimento ao empregado, que por um motivo ou por outro deixou aquele emprego, e em muitas situações acaba ficando desempregado por um tempo. Foi visto aqui na presente pesquisa, as mais variadas formas de término do contrato de trabalho e suas consequências jurídicas que dependem da forma com que o contrato chegou ao fim.

⁴⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, n.17. p.94-5.

A legislação trabalhista já estava um pouco defasada, é verdade, necessitava de uma reforma para atualizar ao novo momento histórico cultural em que o país está. As regras devem se adequar ao tempo e a cultura atual, mas o que se viu com a reforma foram alguns abusos por parte do legislador reformista, e até pontos de possíveis inconstitucionalidades. Por outro lado, alguns pontos parecem interessantes e até merecem aplausos.

Quanto ao tema central da pesquisa que chega ao fim, as inovações e alterações referentes à extinção do contrato de trabalho, o dispositivo que aborda a dispensa coletiva sem necessidade de autorização e intervenção por parte do sindicato parece mesmo ser um ponto preocupante da reforma, visto que diz respeito a possíveis impactos gerais na sociedade, a coletividade poderá sofrer com direitos que vão muito além de um contrato individual de trabalho.

Por outro lado, a extinção do contrato de trabalho por distrato foi algo muito bem aceito pelos juristas e pela sociedade como um todo, visto que acaba com um problema para ambas as partes que podem terminar com um contrato que já não agrada mais ninguém, de forma amigável, sem qualquer tipo de conflito, e que ambos venham a ganhar com a decisão. Sem contar, que deixa as “portas abertas” para o empregado que algum dia queira retornar.

A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E A PRESCRIÇÃO

Rodrigo Coimbra¹

RESUMO

O presente artigo trata do tema da Reforma Trabalhista de 2017, promovida pela Lei 13.467/17, tendo por delimitação a prescrição no Direito do Trabalho com a nova redação dos arts. 11 e 11-A da CLT. Trata-se de tema complexo que perpassa a segurança jurídica e a efetividade das pretensões decorrentes das relações do trabalho. O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em três partes, sendo a última subdividida em quatro. Inicia-se pela contextualização da tutela de direitos no tempo, matéria no qual está inserida a prescrição. Após, analisa-se o objeto, os efeitos e terminologia adequada para se referir ao que a prescrição extingue, analisando essas questões nos arts. 11 e 11-A da CLT. Na sequência analisa-se a prescrição na CLT antes e depois da Lei 13.467/1, abordando: a) a regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas e o início da contagem (art. 11, *caput*, da CLT); b) prescrição total e parcial (art. 11, § 2º, da CLT); c) interrupção da contagem dos prazos prescricionais (art. 11, § 3º, da CLT); d) prescrição intercorrente (art. 11-A da CLT).

Palavras-chaves: Direito do Trabalho – Diretos fundamentais – Direitos Humanos – Segurança Jurídica – Efetividade.

¹ Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UFRGS. Advogado. E-mail: rodrigo.coimbra@terra.com.br

ABSTRACT

This article deals with the theme of the Labor Reform of 2017, promoted by Law 13467/17, with delimitation as the limitation in Labor Law with the new wording of arts. 11 and 11-A of the CLT. It is a complex subject that perpasses the legal certainty and the effectiveness of the pretensions arising from the labor relations. The study is divided into three parts, the last subdivided into four. It begins with the contextualization of the protection of rights in time, matter in which the prescription is inserted. Afterwards, we analyze the object, effects and terminology appropriate to refer to what the prescription extinguishes, analyzing these issues in arts. 11 and 11-A of the CLT. The following is analyzed the CLT prescription before and after Law 13467/1, addressing: a) the general rule of prescriptive labor deadlines and the beginning of the count (Article 11, *caput*, CLT); b) total and partial prescription (Article 11, § 2, of the CLT); c) interruption of the counting of prescriptive periods (article 11, § 3, of the CLT); d) Intercurrent prescription (Article 11-A of the CLT).

Keywords: Labor Law – Fundamental Rights – Human Rights – Legal Security – Effectiveness.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A prescrição na CLT antes e depois da Lei 13.467/1 – 2.1. Regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas. Início da contagem. Art. 11, *caput*, da CLT – 2.2. Prescrição total e parcial. Art. 11, § 2º, da CLT – 2.3. Interrupção da contagem dos prazos prescricionais. Art. 11, § 3º, da CLT – 2.4. Prescrição intercorrente. Art. 11-A da CLT – 3. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do tema da Reforma Trabalhista de 2017, promovida pela Lei 13.467/17, tendo por delimitação do tema a prescrição no Direito do Trabalho com a nova redação dos arts. 11 e 11-A da CLT

Trata-se de tema complexo e relevante que perpassa a segurança jurídica e a efetividade das pretensões decorrentes das relações do trabalho.

O presente artigo visa a apresentar, esclarecer, fazer conexões e projeções sobre a prescrição na Reforma Trabalhista de 2017.

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em três partes, sendo a última subdividida em quatro. Inicia-se pela contextualização da prescrição na CLT antes e depois da Lei 13.467/1, abordando: a) a regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas e o início da contagem (art. 11, *caput*, da CLT); b) prescrição total e parcial (art. 11, § 2º, da CLT); c) interrupção da contagem dos prazos prescricionais (art. 11, § 3º, da CLT); d) prescrição intercorrente (art. 11-A da CLT).

Como método científico de abordagem do assunto será utilizado o método dedutivo, que é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um consequente menos universal, inferir e concluir ao final. A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.

1. A PRESCRIÇÃO NA CLT ANTES E DEPOIS DA LEI 13.467/17

Texto atual (Lei 13.467/17)	Texto original
“Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. I - (revogado); II - (revogado). § 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei. § 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.” (NR)	Art. 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: (Redação dada pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998) I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional nº 28 de 25.5.2000) II - em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional nº 28 de 25.5.2000) § 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998)
“Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos. § 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução. § 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.”	Sem correlação na CLT

1. Regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas. Início da contagem. Art. 11, caput, da CLT.

A Consolidação das Leis do Trabalho dispôs, na sua redação original de 1943, que “não havendo disposição legal em sentido contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a regra geral do prazo prescricional para a tutela das pretensões trabalhistas foi de dois anos, contados do ajuizamento da ação.

Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 os movimentos ligados aos trabalhadores e sindicatos de trabalhadores trabalharam para ampliar esse prazo para cinco anos, de modo que se equiparasse ao prazo prescricional das prestações de serviço em geral que na época era de cinco anos. O movimento de centro-direita conhecido por “Centrão” colocou como condição para aceitar essa ampliação de 150% do prazo prescricional das pretensões trabalhistas individuais (de dois para cinco anos), que as ações trabalhistas deveriam ser ajuizadas dentro de dois anos da extinção do contrato, o que acabou resultando na redação original do inciso XXIX, do art. 7º da Constituição de 1988 que contempla esses dois prazos sucessivamente, para os trabalhadores urbanos. A redação original desse dispositivo constitucional distinguia o prazo prescricional entre trabalhadores urbanos e rurais. Para os trabalhadores urbanos o prazo era de cinco anos, desde ajuizada a ação em dois após a extinção do contrato de trabalho e para os rurais o prazo prescricional era apenas de até dois anos contados da extinção contratual (não havia prescrição quinquenal para o trabalhador rural).

A nova redação do *caput* do art. 11 da CLT além de alterar a terminologia anterior sobre o objeto da prescrição, revogou o incisos I e II acompanhando seus conteúdos no próprio *caput*, ficando muito próxima da redação do art. 7º, XXIX da Constituição Federal, com a alteração realizada pela EC nº 28/2000, que equiparou a prescrição dos trabalhadores rurais com a prescrição dos trabalhadores urbanos, cujo texto é o que segue:

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

...

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

A Lei 13.467/17 perdeu a oportunidade de esclarecer na redação de qual momento inicia a contagem do quinquenal. A nova redação do *caput* do art. 11 da CLT segue referindo (assim como art. 7º, XXIX da Constituição Federal) que os dois anos são contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, mas continua sem indicar o início da contagem da prescrição quinquenal.

De acordo com a Súmula 308, I, do TST, o prazo de 5 (cinco) anos é contado da data de ajuizamento da ação trabalhista, veja-se:

Súmula 308 PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005).

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Em síntese, há dois prazos prescricionais que incidem sobre as pretensões trabalhistas e ambos os prazos devem ser observados, sucessivamente: a) dois anos, contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, conforme disposição legal expressa; b) cinco anos, contados da data de ajuizamento da ação trabalhista, conforme disposto na Súmula 308, I, do TST.

Note-se que a prescrição bienal só incide sobre contratos de trabalho extintos. Nas ações ajuizadas com a permanência do empregado trabalhando (contratos que continuam em vigor) não incide prescrição bienal, apenas a quinquenal.

Observe-se, ainda, que a prescrição bienal começa a fluir da data do término do aviso prévio, tendo em vista que o período do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos jurídicos, inclusive para fins de contagem do tempo de serviço (art. 487, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho). Em outras palavras: embora o desligamento de fato do trabalhador seja na data em que for comunicado, a relação jurídica se projeta, para todos os efeitos jurídicos, até o data final do aviso prévio.

Nesse sentido, é o entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio das OJs 82 e 83 da SDI-1 do TST:

82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997). A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

83. AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997). A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.

Assim, o prazo prescricional de dois anos inicia na data do término do aviso prévio do empregado, trabalhado ou indenizado.

No que tange ao início da contagem do prazo prescricional de períodos descontínuos de trabalho, da extinção do último contrato de trabalho é que começa a fluir o prazo prescricional da pretensão de somar períodos descontínuos de trabalho (Súmula 156 do TST²).

Em se tratando de acidente de trabalho o prazo prescricional a ser aplicado depende do momento da ocorrência do acidente de trabalho: A) caso tenha ocorrido em momento posterior à vigência da EC nº 45/2004 (publicada em 31/12/2004), a prescrição a ser aplicada é a trabalhista, prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; B) Caso tenha ocorrido antes da vigência da EC nº 45/2004 (publicada em 31/12/2004), incide o prazo prescricional de 3 anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, quando for o caso³.

Nesse quadrante, é o disposto na Súmula 91 do TST.

Súmula 91. PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA A ELE EQUIPARADA. Resolução Administrativa nº 27/2016. Disponibilizada no DEJT dos dias 29 e 30.06.2016 e 01.07.2016.

Aplica-se o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal à pretensão de pagamento de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença a ele equiparada ocorridos após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A contagem do prazo prescricional na pretensão de indenização nos casos de acidente do trabalho e doença profissional inicia com a ciência inequívoca do trabalhador acerca da consolidação das lesões. Nesse sentido, a Súmula nº 230 do STF estabelece que a prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade.

² Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 156: “Da extinção do último contrato começa a fluir o prazo prescricional do direito de ação em que se objetiva a soma de períodos descontínuos de trabalho”.

³ Consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do atual Código Civil, não transcorrida mais da metade do prazo prescricional de 20 anos, a partir de sua vigência (12.1.2003), aplica-se a prescrição trienal do art. 206, 3º, do referido diploma legal.

No mesmo norte, a Súmula nº 278 do STJ diz que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Sobre a matéria vale referir o entendimento firmado pelo TST sobre a matéria:

OJ 375 da SBDI- I. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao judiciário.

2. Prescrição total e parcial. Art. 11, § 2º, da CLT.

O § 2º do art. 11 trata do tema da prescrição total e prescrição parcial, envolvendo prestações sucessivas.

A problemática da prescrição das prestações sucessivas há muito tempo inquieta e divide os operadores do processo do trabalho. Ao longo do tempo a matéria foi objeto de um Prejulgado (48) e de três súmulas do TST: 168, 198 e 294.

A Reforma Trabalhista de 2017 incorpora o entendimento da Súmula 294 ao art. 11, § 2º, da CLT.

A matéria tem como elemento central a distinção de efeitos dos atos nulos e dos atos anuláveis.

Veja-se o caminhar da matéria:

A) O Tribunal Superior do Trabalho por meio do prejulgado⁴ 48 firmou entendimento de que “na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina”.

B) Esse prejulgado foi mantido integralmente pela Súmula 168 do TST (DJ 11.10.1982) e se baseava no entendimento doutrinário capitaneado por

⁴ Os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho são as primeiras sistematizações da jurisprudência dominante no âmbito da Justiça do Trabalho e, diferentemente das atuais Súmulas e Orientações Jurisprudenciais que não obrigam sua observância pelos juízes das instâncias inferiores, por força do art. 902, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), os prejulgados tinham efeito vinculante sobre as instâncias inferiores, até que o Supremo Tribunal Federal considerou a referida norma revogada, a partir da Constituição de 1946. Sobre essa matéria recomenda-se a leitura de VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejulgados, as Súmulas e o TST. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v.14, nº 55, p. 83-100, jul.-set. de 1977.

Délio Maranhão⁵, segundo o qual as alterações contratuais lesivas geram nulidade, independente da natureza da verba trabalhista objeto da lesão, incidindo o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho que confere pena de nulidade plena para as alterações realizadas ao longo do contrato de trabalho sem o consentimento do empregado e/ou que lhe causem prejuízos de forma direta ou indireta.

Assim, de acordo com o entendimento da Súmula 168 do TST as lesões de parcelas sucessivas, de origem contratual ou legal, tinham apenas prescrição parcial, ou seja, a prescrição contava-se da parcela em si.

C) Em 1985 o Tribunal Superior do Trabalho introduziu o conceito de “ato único do empregador”, determinando que a prescrição, nesse caso, seria total e que, nos demais, seria parcial. Veja-se:

Súmula n. 198 (DJ 01.04.1985). Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.

Ocorre que todas as alterações de contrato de trabalho decorrem de “ato único do empregador” e, como consequência, o empregado deveria entrar com a ação contra seu empregador no curso do contrato de trabalho em vigor a fim de que eventuais lesões não prescrevessem.

Do contrário, passados cinco anos da lesão causada por “ato único do empregado” toda pretensão estaria prescrita (por isso a posterior expressão “prescrição total”). Isso é muito difícil num contexto em que não há garantia de emprego e que, com muita probabilidade, o empregado seria despedido se demandasse em juízo contra seu empregador, no curso da relação de emprego.

D) Em abril de 1989, no contexto logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que inovou no que tange aos prazos prescricionais trabalhistas, aumentando-o 150%, de 2 para 5 anos –, bem como pela pressão que sofria pela criação da categoria “ato único do empregador”, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou as Súmulas ns. 168 e 198 e editou a Súmula 294, baseada

⁵ Conforme o autor “o art. 468 da Consolidação dá lugar àquela ‘tutela jurídica perfeita’, que torna ‘juridicamente impossível’ a violação da norma, como ocorre no caso do salário mínimo ou da sentença normativa, que envolvem a proteção de interesse público” (MARANHÃO, Délio. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 2, p. 1464).

na distinção entre ato nulo e ato anulável capitaneada por Orlando Gomes⁶, com a seguinte redação:

Súmula 294. PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

A Súmula 294 do TST chegou a uma espécie de ponto médio, entendendo que se a lesão for relacionada com parcela de natureza contratual e o empregado não demandar o empregador mesmo no curso da relação de emprego, haverá prescrição total. Se a lesão decorrer de afronta a dispositivo legal, a prescrição será parcial, ou seja, dentro do prazo não abrangido pela prescrição, as diferenças serão devidas, mesmo que a lesão original tivesse ocorrido em período anterior. Isso ocorre porque a lesão se renovaria mês a mês e adentraria dentro do período não abrangido pela prescrição.

Baseado nas normas de Direito Civil (diferentemente de Délio Maranhão que construiu sua tese sob o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme acima referido), Orlando Gomes sustentava que o tipo de invalidade do ato jurídico depende da natureza (origem) da estipulação da prestação trabalhista.

A) *Prescrição total*: as lesões sobre prestações de origem contratual – estabelecidas originariamente por pacto entre os sujeitos, em contrato individual de trabalho, por exemplo – geram anulabilidade⁷ do ato e sobre as respectivas pretensões incide prescrição total, cuja fluência do prazo prescricional quinquenal inicia na data de lesão.

⁶ O autor defende que a aplicação da teoria das nulidades do Direito Civil ao Direito do Trabalho, segundo a qual o tipo de invalidade do ato jurídico (nulidade absoluta, relativa e anulabilidade) depende da natureza do direito violado, destacando que: "se os atos nulos estivessem excluídos do âmbito da regra estatuída no art. 11, teria a Consolidação consagrado um preceito ocioso, pois, a prevalecer o entendimento de que nulo todo ato infrigente de lei imperativo, dominaria a regra da imprescritibilidade, eis que as disposições trabalhistas têm essa natureza. Por outro lado, o art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho não autoriza, para efeito de prescrição, a distinção entre atos nulos e anuláveis mas, ao contrário, deixa bem claro o propósito de cobrir com a prescrição todos os atos infringentes das suas disposições." Após estas considerações, podemos sistematizar as seguintes conclusões: a) não há que se falar em prescritibilidade ou não dos atos nulos, mas sim da prescritibilidade do direito de ação que vise anular os efeitos dos atos supostamente nulos; b) pela falta de previsão expressa, eis que o disposto nos arts. 794 a 798 da Consolidação das Leis do Trabalho refere-se apenas às nulidades processuais, deve ser aplicada, no Direito do Trabalho, a teoria das nulidades do direito comum (GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 213).

⁷ O ato anulável exige a manifestação expressa da parte interessada e o nulo não.

Dito de outro modo, a lesão sobre parcelas que não tenham origem legal ensejam prescrição total, que inicia a contar no instante da lesão e se consuma em cinco anos⁸.

Em consequência, as pretensões de origem não legal decorrentes de lesões que ocorreram a mais de cinco anos do ajuizamento da ação ficam totalmente prescritas.

São anuláveis os atos que exigem atitude da parte interessada. Nessa linha, o raciocínio externado é o seguinte: nas lesões sobre prestações de origem contratual o empregado deverá ajuizar a ação no curso do contrato de trabalho, para não fulminadas suas pretensões sobre créditos decorrentes das relações de trabalho.

Seguem, a seguir, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho sobre pretensões sujeitas a prescrição total (supressão ou alteração de comissões, supressão de realização e de pagamento de horas extras, diferenças salariais resultantes de planos econômicos, horas extras pré-contratadas):

OJ-SDI1-175. Comissões. Alteração ou Supressão. Prescrição total (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 248 da SBDI-I) - DJ 22.11.2005.

A supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a prescrição total da ação, nos termos da Súmula nº 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei.

OJ-SDI1-242. PRESCRIÇÃO TOTAL. HORAS EXTRAS. ADICIONAL. INCORPORAÇÃO (inserida em 20.06.2001).

Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexistente previsão para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total.

OJ-SDI1-243. PRESCRIÇÃO TOTAL. PLANOS ECONÔMICOS (inserida em 20.06.2001)

Aplicável a prescrição total sobre o direito de reclamar diferenças salariais resultantes de planos econômicos.

SÚMULA 199. BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 48 e 63 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento), as quais

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 275.

não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula nº 199 – alterada pela Res. 41/1995, DJ 21.02.1995 - e ex-OJ nº 48 da SBDI-I - inserida em 25.11.1996)

II - Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ nº 63 da SBDI-I - inserida em 14.03.1994)

SÚMULA 275. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 144 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

...

II - Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado. (ex-OJ nº 144 da SBDI-I - inserida em 27.11.1998)

B) *Prescrição parcial*: as lesões sobre prestações sucessivas estipuladas originariamente em lei (“preceito de lei” é a expressão do art. 11, § 2º, da CLT), geram nulidade⁹ do ato e, portanto, sobre as respectivas pretensões incide prescrição parcial, e nesse caso a fluência da prescrição incide sobre a data de vencimento (inadimplemento) de cada uma das prestações periódicas e não da data de lesão.

Delgado¹⁰ chama a atenção que “tem ganhado prestígio na jurisprudência a interpretação *ampla* da expressão ‘preceito de lei’ da Súmula 294, como se correspondesse a ‘lei em sentido lato’, isto é, *norma jurídica*”. Prevalecendo este entendimento aumentariam os casos de incidência de prescrição total, que se aplicaria sobre as verbas estabelecidas em acordos coletivos, convenções coletivas e sentença normativa.

Por se tratar de uma prestação devida sucessivamente com origem legal o ato de supressão é nulo e a fluência da prescrição quinquenal é renovada a cada novo mês em houve o inadimplemento da prestação.

Nesse caso, ainda que a ação trabalhista seja ajuizada após dez anos do ato supressão (lesão), por exemplo, para fins de verificação da prescrição contar-se-á cinco anos do ajuizamento da ação (Súmula 308, I, do TST) e desde que ajuizada dentro de dois anos da extinção do contrato (para casos de contratos de trabalho extintos) haverá prestações periódicas não atingidas pela prescrição.

⁹ Uma das consequências do caráter protetivo do Direito do Trabalho é ter o empregador os deveres oriundos do contrato de trabalho, mesmo quando há nulidade. Embora nulo o contrato individual de trabalho, se o trabalho foi prestado, tem de ser retribuído como se válido fosse, já ensinava Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, v. 47, p. 492).

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 276.

Assim, mesmo que o ato do empregador, considerado lesivo pelo empregado, tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, a fluência do prazo prescricional é renovado periodicamente, de forma sucessiva, a cada pagamento incorreto das verbas de origem contratual, adentrando no período não prescrito.

Com isso, as prestações de origem legal cujo inadimplemento é renovado mês a mês, projetam-se para dentro do período não prescrito (últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação), mesmo que a lesão (início do inadimplemento) tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

Em síntese, o critério utilizado pelo art. 11, § 2º, da CLT para distinguir prescrição total e prescrição parcial é a origem da parcela pretendida: legal ou contratual.

Seguem, a seguir, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho sobre pretensões sujeitas a prescrição parcial (equiparação salarial, desvio de função, diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado, diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa):

SÚMULA 6. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT.

...

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

SÚMULA 275. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 144 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 275 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

SÚMULA 373. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. CONGELAMENTO. PRESCRIÇÃO PARCIAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 46 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Tratando-se de pedido de diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado, a prescrição aplicável é a parcial. (ex-OJ nº 46 da SBDI-I - inserida em 29.03.1996).

SÚMULA 452. DIFERENÇAS SALARIAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. DESCUMPRIMENTO. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 404 da SBDI-I) - Res. 194/2014, DEJT divulgado

em 21, 22 e 23.05.2014. Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

3. Interrupção da contagem dos prazos prescricionais. Art. 11, § 3º, da CLT.

O § 3º do art. 11 da CLT, inserido pela Lei 13.467/17, trata da interrupção da prescrição por ajuizamento de reclamatória trabalhista e os efeitos com relação aos pedidos. A matéria já estava tratada na Súmula 268, TST. Na redação original (Resolução do TST 1/1988, DJ 01, 02 e 03.03.1988), o TST entendia que a prescrição era interrompida pela reclamatória trabalhista, ainda que arquivada, em relação a todos os pedidos. Posteriormente (Resolução do TST 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003), passou a entender que somente interrompia a prescrição em relação aos mesmos pedidos. O texto da Súmula é o seguinte:

Súmula nº 268 do TST. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

A Reforma Trabalhista de 2017 acrescenta o entendimento da Súmula 268 do TST e faz algumas correções. Troca a expressão “ainda que arquivada” por “ainda que venha a ser extinta sem resolução de mérito”, que é mais técnica e de acordo com a sistemática do CPC/2015. Também faz referência expressa à circunstância de que a prescrição é interrompida por ação ajuizada em juízo ainda que incompetente, nos termos do art. 202, I, do Código Civil e art. 240, § 1º, do CPC.

4. Prescrição intercorrente. Art. 11-A da CLT.

O art. 11-A da CLT insere expressamente na legislação trabalhista a prescrição intercorrente.

Prescrição intercorrente é a perda endoprocessual da pretensão, ou seja, trata-se da prescrição que ocorre no curso do processo e decorre da inércia da parte interessada em satisfazer, na fase de execução, os direitos concedidos na

sentença, por isso distinta da prescrição em geral que deve ser declarada na fase de conhecimento que decorre da inércia da parte interessada em ajuizar a ação¹¹.

Com a Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

Não havia dispositivo expresso sobre o tema no Direito do Trabalho, havendo grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

O STF tem uma antiga súmula (de 1963, portanto anterior às Constituições de 1967 e 1988) admitindo a compatibilidade da prescrição intercorrente com o Direito do Trabalho:

Súmula 327 do STF - O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente.

Embora não tenha sido cancelada, a Súmula 327 do STF estava em desuso.

O TST firmou entendimento contrário, pela inaplicabilidade de prescrição intercorrente no Direito do Trabalho. Esse é o posicionamento do TST, na Súmula, 114:

Súmula 114 do TST - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Em um primeiro momento, houve tentativa de compatibilizar os entendimentos aparentemente antagônicos, entre a súmula do STF e a súmula do TST. O argumento era de que a prescrição intercorrente não seria aplicada se os atos de execução dependessem do Juiz e seria aplicada se os atos de execução dependessem da parte. Entretanto, o TST reafirmou sua posição no sentido da vigência da Súmula 114.

Nessa linha é o entendimento adotado pela IN 39/TST - 2016, art. 2º, VIII, pela não aplicação dos artigos. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V, do CPC/2015, que tratam da prescrição intercorrente no Processo Civil.

Entretanto, a Reforma Trabalhista de 2017 traz um posicionamento diametralmente oposto ao adotado ao TST até então (Súmula 114 do TST e IN 39/TST -

¹¹ CHAVES, Luciano Athayde. Prescrição e decadência. In: *Curso de Processo do Trabalho*. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). São Paulo: LTr, 2009, p. 451; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 553; GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 523-524; BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista. In: *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994, v. 1., p. 201.

2016, art. 2º, VIII), ao revogar expressamente o art. 878 da CLT, que dava poderes de promover a execução de ofício por parte do Juiz do Trabalho em todas as ações e determinar que ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos (art. 11-A).

A Reforma Trabalhista de 2017 mantém os poderes do Juiz apenas para promover a execução de ofício na hipótese de o reclamante não ter advogado regularmente constituído no processo (conhecido por *jus postulandi*), conforme a redação dada ao art. 878 da CLT pela Lei 13.467/17. Nesse caso excepcional, então, em tese, não haverá prescrição intercorrente.

Esta era a redação do art. 878, da CLT, originalmente, antes da Lei 13.467/17:

Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Parágrafo único - Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho.

A nova redação do art. 878, da CLT, dada pela Lei 13.467/17, é a que segue:

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

A mudança da redação do art. 878 da CLT, pela Lei 13.467/17, ao alterar o princípio de impulso de ofício da execução pelo juiz trabalhista, que era um dos diferenciais do processo do trabalho em relação ao processo civil, permitiu ao legislador da Reforma Trabalhista de 2017 incluir o art. 11-A na CLT, estabelecendo a prescrição intercorrente.

Aqui resta evidenciado que a Reforma Trabalhista de 2017 é sistemática, profunda e complexa.

Por ser possível até a Lei 13.467/17 que o Juiz do Trabalho prosseguisse de ofício com a execução, firmou-se o entendimento de que não há prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho (Súmula 114 do TST). Sempre estaria presente o intuito de perseguir a satisfação do credor, por expressa disposição de norma de ordem pública (antiga redação do art. 878 da CLT), que protegia o interesse de um crédito de natureza alimentar e uma parte que, em regra, é hipossuficiente.

Outro argumento seria o de que a prescrição intercorrente declarada na execução violaria a coisa julgada material, que reconheceu a existência da dívida, o que afronta o art. 5º XXXVI, da Constituição, assim como a norma constitucional que disciplina a prescrição trabalhista (art. 7º, XXIX).

Estes argumentos, de acordo com a Reforma Trabalhista de 2017, passam a ser válidos somente para os casos em que a parte não tenha advogado constituído nos autos (*jus postulandi*).

O entendimento adotado pelo art. 11-A da CLT de aplicar a prescrição intercorrente no Direito do Trabalho está alinhado com a Lei nº 11.051/2004, que alterou o parágrafo 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Executivos Fiscais, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho por força do art. 889, da CLT) para permitir a declaração de ofício da prescrição intercorrente se após um ano da determinação do arquivamento dos autos por impossibilidade de prosseguimento da execução, o autor não se manifestar.

O problema é que este dispositivo se aplica aos créditos que a Fazenda Pública executa contra particulares, mas não a créditos de natureza privada. No Processo do Trabalho, por exemplo, não tem sentido a determinação de manifestação da fazenda pública prevista no mencionado § 4º, por se tratar de execução de crédito de natureza privada.

Com a Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução (art. 11 – A, § 1º, CLT) e a declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição (art. 11 – A, § 2º, CLT).

Sinale-se que a declaração da prescrição de ofício deve respeitar o disposto no art. 487, parágrafo único do CPC, que determina que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, sendo vedada a decisão surpresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista de 2017, realizada por meio da Lei 13.467/17, revogou, inseriu e/ou modificou mais de 100 artigos da CLT.

Trata-se de reforma sistemática, profunda e complexa.

No que concerne a prescrição, matéria da reforma objeto do presente estudo, passa-se a tecer as seguintes considerações finais:

A nova redação dada pela Lei 13.467/17 ao art. 11 da CLT (art. 11) avançou no sentido técnico, terminológico e de adequação a evolução histórica da matéria ao dispor que prescreve a “pretensão” dos créditos das relações de trabalho, não mais do “direito” como constava na redação original de 1943, nem do “direito de ação” como na redação pela Lei 9.658/98.

Quanto a regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas a reforma manteve os dois prazos prescricionais que sucessivamente incidem sobre as pretensões de créditos trabalhistas: a) dois anos, contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, conforme disposição legal expressa; b) cinco anos, contados da data de ajuizamento da ação trabalhista, conforme disposto na Súmula 308, I, do TST.

Uma das novidades da Lei 13.467/17 é a previsão da prescrição total e prescrição parcial no âmbito da CLT, incorporando o conteúdo da Súmula 294 do TST ao art. § 2º do art. 11. Trata-se de matéria complexa que tem como ponto central a distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável.

O critério utilizado pelo art. 11, § 2º, da CLT para distinguir prescrição total e prescrição parcial é a origem da parcela pretendida: legal ou contratual.

As lesões sobre prestações sucessivas que possuam origem contratual – estabelecidas originariamente por pacto entre os sujeitos, em contrato individual de trabalho por exemplo – geram anulabilidade do ato e sobre as respectivas pretensões incide prescrição total, cuja fluência inicia a contar no instante da lesão e se consuma em cinco anos. Em consequência, as pretensões sucessivas de origem não legal decorrentes de lesões que ocorreram a mais de cinco anos do ajuizamento da ação ficam totalmente prescritas.

As lesões sobre prestações sucessivas estipuladas originariamente em lei (“preceito de lei” é a expressão do art. 11, § 2º, da CLT), geram nulidade do ato e, portanto, sobre as respectivas pretensões incide prescrição parcial, e nesse caso a fluência da prescrição incide sobre a data de vencimento (inadimplemento) de cada uma das prestações periódicas (e não da data de lesão), renovando-se a cada novo mês em houve o inadimplemento da prestação (a cada pagamento incorreto) a fluência da prescrição quinquenal, projetam-se para dentro do período não prescrito (últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação), mesmo que a lesão (início do inadimplemento) tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, desde que ajuizada dentro de dois anos da extinção do contrato (para casos de contratos de trabalho extintos).

Caso prevaleça uma interpretação ampla da expressão “preceito de lei” (utilizada pelo art. 11, § 2º, da CLT na esteira da Súmula 294 do TST), como “norma jurídica”, poderá haver incidência de prescrição total sobre as verbas estabelecidas em acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas.

O § 3º do art. 11 da CLT, inserido pela Lei 13.467/17, trata da interrupção da prescrição por ajuizamento de reclamatória trabalhista e seus efeitos. Incorpora o entendimento da Súmula 268 do TST e faz algumas correções. Troca a expressão “ainda que arquivada” por “ainda que venha a ser extinta sem resolução de mérito”, que é mais técnica e de acordo com a sistemática do CPC/2015. Também faz referência expressa à circunstância de que a prescrição é interrompida por ação ajuizada em juízo ainda que incompetente, nos termos do art. 202, I, do Código Civil e art. 240, § 1º, do CPC.

O art. 11 - A da CLT, criado pela Lei 13.467/17, insere expressamente na legislação trabalhista a prescrição intercorrente. Trata-se da prescrição que ocorre no curso do processo e decorre da inércia da parte interessada em satisfazer, na fase de execução, os direitos concedidos na sentença. Pela Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos trabalhistas em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

Essa disposição celetista colide adotado pelo TST na Súmula 114 e na IN 39/2016, art. 2º, VIII. Adotou o entendimento da Súmula 327 do STF (de 1963, portanto anterior às Constituições de 1967 e 1988), que não foi cancelada embora estivesse em desuso.

Para conseguir promover essa mudança a Lei 13.467/17 revogou expressamente o art. 878 da CLT, que dava poderes de promover a execução de ofício por parte do Juiz do Trabalho em todas as ações. Tratava-se do princípio de impulso de ofício da execução pelo juiz trabalhista, que era um dos diferenciais do processo do trabalho em relação ao processo civil.

A Reforma Trabalhista de 2017 mantém os poderes do Juiz apenas para promover a execução de ofício na hipótese de o reclamante não ter advogado regularmente constituído no processo (conhecido por *jus postulandi*), conforme a redação dada ao art. 878 da CLT pela Lei 13.467/17. Nesse caso excepcional, então, em tese, não incidirá prescrição intercorrente.

A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução (art. 11 – A, § 1º, CLT) e a declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição (art. 11 – A, § 2º, CLT).

Sinale-se que a declaração da prescrição de ofício deve respeitar o disposto no art. 487, parágrafo único do CPC, que determina que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, sendo vedada a decisão surpresa.

O tema tratado no presente artigo é complexo e certamente será objeto de muitas discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais. Esse debate é necessário. Os reflexos dessa matéria são muito extensos e perpassam a segurança jurídica e a efetividade das pretensões decorrentes das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as Súmulas e o TST. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v.14, nº 55, p. 83-100, jul.-set. de 1977.
- MARANHÃO, Délio. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*. 20.ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 2.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, v. 47.
- CHAVES, Luciano Athayde. Prescrição e decadência. In: *Curso de Processo do Trabalho*. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). São Paulo: LTr, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2011.
- GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: LTr, 1994.
- BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista. In: *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994, v. 1.

A PROLETARIZAÇÃO DA PROFISSÃO DA ADVOCACIA CHEGOU AO CONGRESSO NACIONAL¹

Rodrigo Trindade de Souza²

RESUMO

A proletarização da advocacia é realidade crescente, fazendo comuns construções de relações jurídicas que disfarçam relações de emprego e produzem precarização de condições de trabalho, achatamento de rendimentos e redução de arrecadações estatais. O PL 3.735/2015 segue na institucionalização da prática. Em grande parte, proletarização da profissão do advogado acompanha a ampliação da advocacia de massa e a consequente organização de seus escritórios como grandes, eficientes e enxutas empresas. As fraudes na formação de vínculos de emprego ocorrem principalmente a partir de trabalhadores formalmente apresentados como sócios ou associados, mas com reduzidíssima participação no capital social e praticamente nulo poder de comando no empreendimento. O Projeto de lei possui inconsistências, com sócio de serviço sem *affectio societatis*, ausência de garantias de divisão de resultados e indefinição de atribuições. Além disso, promove redução de arrecadações fiscais e estabelece tratamento tributário injusto.

¹ O presente artigo foi produzido a partir de nota técnica da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, também de redação proposta pelo autor, para o Projeto de Lei n. 3.736/2015.

² Juiz do Trabalho, mestre em Direito pela UFPR, especialista em Derecho Laboral pela Udelar (Uruguay). Professor de Direito do Trabalho em diversas instituições. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região - Amatra IV (2016-2018). Vice Presidente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho – ASRDT (2017-2018).

Palavras-chave: Advocacia. Proletarização. Sociedade. Vínculo de emprego. Fraude.

INTRODUÇÃO

Na Roma Antiga, advogados e outros profissionais liberais operavam seus ofícios unicamente em nome da honra. *Advocatus* trabalhavam como quem exercia uma arte, sem esperar contraprestação pecuniária; agiam em nome do reconhecimento que pudessem obter através da capacidade intelectual e da oratória. Apenas no início do século I D.C., durante o governo do imperador Cláudio, estabeleceu-se que advogados ganhariam recompensas econômicas, fixando-se o máximo de 10 mil sestércios por ação³.

Daí a palavra “honorário” derivar do latim *honorarius*, constituída pelo radical *honor* (honra).

Quase dois mil anos depois, a tradição do trabalho de advogados mantém duas concepções históricas ainda difíceis de superar. Primeiro, com a dificuldade de se enxergar o exercício da advocacia como atividade complexa, que precisa ser valorizada e bem remunerada. Segundo – e esse é o objetivo de pontuar nesse artigo – com a resistência de identificação da ordinariade de utilização do trabalho de advogados em típicas relações de emprego.

Avança no Congresso Nacional iniciativa legislativa que pretende, sob roupagem moderna, manter orientações da Roma Antiga para a profissão advocatícia. Essencialmente, o Projeto de Lei n. 3.736/2015 altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, para criar as figuras do advogado associado/adogado sócio de serviço, estabelecer regras gerais de relação havida entre esse trabalhador e sociedade de advogados e direcionar eventuais conflitos oriundos dessa vinculação a conhecimento e decisão por órgão privado.

Eis as alterações pretendidas:

Art. 1º - Esta lei altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, para incluir disposições sobre a sociedade de advogado, sobre o advogado associado e sobre os limites de impedimentos ao exercício da advocacia.

³ Na mesma época, também se estabeleceu a obrigatoriedade de registro profissional, fazendo com que advogados devessem ter inscrição em órgão corporativo.

Art. 2º - os arts. 15, 17, 30, 54 e 58 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art 15.....

§ 8º - As sociedades de advogados podem ser constituídas por sócios de capital ou por sócios de capital e sócios de serviço, na forma estabelecida nesta Lei, no Regulamento Geral e nos Provimentos do Conselho Federal da OAB.

§ 9º - Nas sociedades de advogados, a escolha do sócio administrador poderá recair sobre advogado que atue como servidor da administração direta, indireta e fundacional, desde que este não esteja sujeito ao regime de dedicação exclusiva, não lhe sendo aplicável o disposto no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no que se refere a sociedade de advogados” (NR)

§ 10º - Cabe ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, privativamente, a fiscalização, acompanhamento e definição de parâmetros e de diretrizes da relação jurídica mantida entre advogados e sociedades de advogados e/ou entre “escritório de advogados sócios” e o “advogado associado”, inclusive no que se refere ao cumprimento dos requisitos norteadores da associação sem vínculo empregatício autorizada expressamente pelo presente dispositivo legal.

Art. 17-A - O advogado poderá associar-se a uma ou mais sociedades de advogados ou sociedades unipessoais de advocacia, sem vínculo empregatício, para prestação de serviços e participação nos resultados, na forma do Regulamento Geral e de Provimentos do Conselho Federal da OAB.

Art. 17-B – A associação de que trata o art. 17-A dar-se-á por meio de pactuação de contrato próprio, que poderá ser de caráter geral ou restringir-se a determinada causa ou trabalho, e que deverá registrado no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede a sociedade de advogados que dele tomar parte.

Parágrafo único – No contrato, o advogado sócio ou associado e a sociedade pactuarão as condições para o desempenho da atividade advocatícia e estipularão, livremente, os critérios para a partilha dos resultados dela decorrentes” (NR)

Art. 30.....

§ 1º - A vedação de que trata o inciso I do caput não se aplica aos docentes dos cursos jurídicos.

§ 2º - Ressalvado o disposto nos arts. 28 e 29, ao servidor público regularmente inscrito na OAB é assegurado o exercício da advocacia junto a órgãos, entes ou repartições públicas nos quais não esteja lotado, ou sobre os quais não possua poder de influência por sua

condição funcional, não lhes sendo aplicável o disposto no inciso XI do Art. 117 da Lei nº 8112, 11 de dezembro de 1990 e no inciso III do art. 4º da Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990” (NR)

Art.54.....

IXX - fiscalizar, acompanhar e definir parâmetros e diretrizes da relação jurídica mantida entre advogados e sociedades de advogados e/ou entre “escritório de advogados sócios” e o “advogado associado”, inclusive no que se refere ao cumprimento dos requisitos norteadores da associação sem vínculo empregatício prevista nos parágrafos anteriores.

XX – solucionar, via tribunal de arbitragem e/ou mediação, as questões relativas à relação entre advogados sócios e/ou associados e os escritórios de advocacia, bem como homologar quitações anuais de honorários entre advogados e sociedades de advogados.

Art.58.....

XVII – fiscalizar, por designação expressa do Conselho Federal, a relação jurídica mantida entre advogados e sociedades de advogados e/ou entre “escritório de advogados sócios” e o “advogado associado” em atividade na circunscrição territorial de cada Seccional, inclusive no que se refere ao cumprimento dos requisitos norteadores da associação sem vínculo empregatício prevista nos parágrafos anteriores.

XXIII - solucionar, via tribunal de arbitragem e/ou mediação, por designação do Conselho Federal, as questões relativas à relação entre advogados sócios e/ou associados e os escritórios de advocacia sediados na base da seccional, bem como homologar quitações anuais de honorários entre advogados e sociedades de advogados.

O projeto legislativo não é isolado e deve ser visto em foco mais amplo. Nos últimos anos, houve contínuo avanço de legislações para regulação de figuras contratuais tendentes ao mascaramento de vínculo de emprego. Exemplos recentes são as figuras de parceiro de salão de cabeleireiro (Lei n. 12.592/2012), condutor autônomo rodoviário (Lei n.13.103/2015) e trabalhador autônomo exclusivo (Lei 13.467/2017). Como se verá adiante, o PL 3.735/2015 compartilha as mesmas consequências: disfarce da relação de emprego, precarização dos direitos de trabalhadores e redução de arrecadações ao Estado.

1. A PROLETARIZAÇÃO DAS PROFISSÕES LIBERAIS

Marx reconheceu como proletários os trabalhadores, que apenas possuindo para mercancia a própria força de trabalho, a vendem em troca de salário. Em pou-

cas palavras, considera-se proletário o grupo que tem o trabalho posto em mercado no modo de produção capitalista, tanto nas relações técnicas como nas de classe.

A avanço da proletarização das profissões liberais é fenômeno amplo e, basicamente, se caracteriza por dois aspectos: intensificação da exploração do trabalho imaterial e com as novas formas de organização do trabalho. A compreensão da absorção subordinada de profissionais liberais em engrenagens de grandes empreendimentos também integra a descoberta de uma persistente erosão de autoridade de *expertises* e necessidade permanente e massificada de atividade intelectual profissionalizada.

A Terceira Revolução Industrial caracteriza-se pela descentralização geográfica, produção em redes, integração horizontal, sistema *just in time*, entre outros desdobramentos. As novas demandas obrigam a adoções de diferentes fórmulas produtivas. Essa diversificação acompanha a instrumentalização dos modos de emprego do trabalho vivo e alcança prestação de serviços originalmente realizadas por profissionais liberais.

Ainda que seja claro o quanto o trabalho de profissões liberais ocorre com significativas diferenças em relação às atividades industriais, são elas cada vez mais submetidas a processos estruturais análogos aos da maioria dos trabalhadores assalariados.

Nos estudos de Antunes, a principal mutação contemporânea no mundo do trabalho está na protagonização da ciência, no valor intelectual do trabalho no interior do processo produtivo⁴. A característica que se ressalta nos anos do pós-fordismo é da utilização intensa dessas formas de trabalho até então raras, muitas vezes de emprego propiciado tanto pela tecnologia, como pela massificação de demandas que, até então, eram raras e individualizadas. É precisamente essa característica da nova fase do capitalismo que vem levando à contínua *subproletarização* do trabalho.

A intensa competitividade obriga as empresas a buscar a inserção – quando não a simples permanência – no mercado a partir do contínuo corte de custos dos fatores de produção. Em grande parte, a pressão é descontada sobre o *caro* trabalhador formal. Há intensa opção pela terceirização e substituição por outras formas de pactuação, recontratando-se blocos de trabalhadores na base de *prestação de serviço*, remunerados na forma estrita do trabalho pontualmente executado.

⁴ ANTUNES, Os sentidos do trabalho, p. 124.

O sociólogo anglo-polonês Zygmunt Bauman analisa as novas organizações do trabalho em perspectiva de colocar o fenômeno como uma das causas da crescente insegurança dos indivíduos. Tal instabilidade, como estilo de vida e rotina contemporânea da maioria dos indivíduos, seria a causa para a crise da república e enfraquecimento do espaço público privado. Para Bauman, mesmo o clássico posto de trabalho emprego que se pode obter não mais possui blindagem contra as incertezas do futuro, pois a *economia política da insegurança* acabou com as garantias históricas de segurança do trabalho. Reconhece, frente às novas formas de contratação das massas de trabalhadores, a noção de *flexibilidade* como negação da segurança e impedimento à formação de organizações aptas a apresentarem oposição coletiva eficaz^{5 6}.

Se no apogeu do taylorismo/fordismo a pujança de uma empresa mensurava-se pelo número de empregados que nela exerciam sua atividade de trabalho, pode-se dizer que a era da acumulação flexível e da empresa enxuta merecem destaque, e são citadas como exemplos a serem seguidos aquelas que dispõem de menor contingente humano e que, apesar disso, têm maiores índices de produtividade.⁷

Assim, uma das consequências mais marcantes das transformações no processo de produção, no que se refere ao mundo do trabalho, é o aumento acentuado das inúmeras formas de *subproletarização* ou *precarização do trabalho*. Paralelamente, coloca-se um quadro de níveis explosivos de desemprego estrutural, que se estabilizou em cerca de 192 milhões de pessoas por todo o planeta, mas com crescimento de trabalhos precários.

As profissões liberais não escapam desse cenário e a situação de médicos é uma das mais óbvias. Os processos de diagnóstico e tratamento são cada vez mais complexos e dependentes de múltiplos saberes. A atuação isolada de profissional médico passa a ser rara e esses ou prestam serviços limitados a suas especialidades para pacientes pontuais, ou tornam-se assalariados em grandes hospitais. Não raro, colocam-se em situação híbrida, submetendo-se a medições comandadas por empresas de planos de saúde.

⁵ BAUMAN, Zygmund. Em busca da política, p. 181-182.

⁶ No mesmo sentido, argumentam Hardt e Negri, para os quais “o medo da violência, da pobreza e do desemprego é, no fim das contas, a força primária e imediata que cria e mantém essas novas segmentações. O que está por trás das diversas políticas das novas segmentações é uma política da comunicação. Como argumentamos antes, o conteúdo fundamental das informações que as enormes empresas de comunicação apresentam é o medo. O constante medo da pobreza e a ansiedade sobre o futuro são as chaves para criar entre os pobres uma disputa pelo trabalho e manter o conflito no proletariado imperial. O medo é a garantia definitiva das novas segmentações.” (NEGRI & HARDT, p. 360)

⁷ ANTUNES, Os Sentidos do trabalho, p. 53.

Seja qual for a profissão liberal, a autonomia do processo do trabalho não tem qualquer relação com a classificação da relação formada com o trabalhador. O interesse do agenciador do trabalho desloca-se do tradicional controle de método para a cobrança de eficiência. Assiste-se a alienação econômica e organizacional, mas não há alienação técnica.

Essa nova parcela de proletariados recebeu a adequada denominação de *operários hifenizados* por Huw Beynon, sociólogo do trabalho inglês citado por Antunes⁸. São trabalhadores hifenizados os que se submetem a trabalho-parcial, trabalho-precário, trabalho-por-tempo, trabalho-por-hora, trabalho-cooperativado, trabalho-autônomo, trabalho-terceirizado, trabalho-intermitente. Tais modalidades de labor crescem de modo espantoso, na medida da expansão da prática neoliberal e extrema competitividade no mundo do capital.

Conforme se verá adiante, a hifenização também atinge a advocacia brasileira, a partir da fabricação de novas classes de causídicos.

2. PROLETARIZAÇÃO DA ADVOCACIA

Especialmente no Brasil, os advogados sempre usufruíram de singular prestígio, ocupando status social próprio de profissão imprescindível à vida política⁹. Mas as mudanças ocorridas no mundo trabalho causam impactos também na atividade da advocacia. As transformações experimentadas em decorrência do processo de reestruturação produtiva e a investida da mentalidade empresarial nos serviços jurídicos projetaram obrigações procedimentais sedimentadas na qualidade, eficiência e massificação de procedimentos.

No que diz respeito ao lugar ocupado pelos advogados na divisão técnica do trabalho, as tarefas são realizadas diariamente, expressando menos autonomia, maior fragmentação e intensificação. Não se nega a permanência de advogados que atuam de forma autônoma e realizam todas as atividades típicas da profissão, mas essa é, cada vez mais, rotina que se desloca ao campo da exceção.

Por outro lado, os advogados também passam a se aproximar de outras atividades proletárias em termos de condições de trabalho: longas jornadas, dificul-

⁸ BEYNON, *apud* ANTUNES. Adeus ao trabalho, p. 177.

⁹ Apenas na Câmara dos Deputados, a profissão “advogado” foi a mais declarada entre os eleitos, com 43 deputados federais. (<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475472-80-DOS-DEPUTADOS-FEDERAIS-ELEITOS-TEM-NIVEL-SUPERIOR.html>)

dades de desconexão, organização em turmas especializadas, controle de apresentação pessoal e planejamento externo das rotinas.

O Projeto de Lei n. 3.736/2015 insere-se em um mais amplo movimento compartilhado em certos setores econômicos de substituição da força de trabalho regrada pela legislação trabalhista por relações contratuais precarizadas. Mas o faz sem esforço de abandonar a quase sempre necessária subordinação jurídica.

Em boa parte, o fenômeno acompanha a popular expressão “pejotização”, que – em apertada síntese – relaciona-se com a contratação de pessoas naturais para realização de atividades pessoais, contínuas e onerosas, em trabalho orientado e fiscalizado, mas através da aparência de pactuação com pessoa jurídica ou trabalhador autônomo especialmente constituído.

O cotidiano de trabalho nos fóruns de todos os ramos do Judiciário brasileiro já demonstra largas experimentações paralegais na utilização de profissionais jurídicos em atividades permanentes de grandes escritórios. São cada vez mais comuns construções de novas figuras de advogados contratados, normalmente caracterizados pela pouca experiência, amplas jornadas e contínua marginalização econômica. Na rotina forense, recebem apelidos hifenizados, como advogados-audiencistas, advogados-cotinhas e advogados-minoritaríssimos. São, ou profissionais contratados rotativamente para atos de menor complexidade em processos massificados (audiencistas), ou causídicos que atuam em continuidade e subordinação a grandes escritórios, mas que formalmente apresentam-se como sócios de baixíssima participação societária.

Esse novo fenômeno de proletarização da advocacia atinge, principalmente, jovens e ainda pouco experientes advogados. Mesmo reconhecedores que são submetidos a fraudes, mas premidos pela essencial necessidade de sobrevivência, igualmente se submetem a relações fraudulentas e altamente precarizadoras de seus direitos.

No campo da advocacia, a proletarização da profissão do advogado está em grande parte ligada ao fenômeno da advocacia de massa, conduzida por grandes escritórios estruturados como legítimas e eficientes empresas. Os processos estratificados, individualizados e que necessitavam de soluções artesanais são próprios do começo do século passado e demandavam condução por advogados que atuavam também individualmente, em escritórios próprios. Mas desde o final do século XX, experimenta-se contínuo avanço para litígios padronizados e que demandam trabalho jurídico massificado, repetitivo e conduzido por muitos profissionais. Há necessidade de se manter largo contingente de trabalhadores tecnicamente habili-

tados e pressiona-se para a redução de custos a partir da diminuição de encargos sociais – notadamente, direitos trabalhistas e recolhimentos previdenciários.

Soma-se ambiente de altíssima competitividade entre advogados, com gigantesco número de novos formados e que têm dificuldades de estabelecimento como profissionais legitimamente autônomos. Passam, assim, a trabalhar como “advogados hifenizados”, ordinariamente em relações de emprego mascaradas a partir de elásticos do conceito de “advogado associado”.

A Lei 8.906 de 1994 (Estatuto da Advocacia) estabeleceu duas modalidades de trabalho de advogados em sociedades de advogados: os advogados sócios (arts. 15 a 17) e advogados empregados (arts. 18 a 21). Em extrapolação, o art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da OAB criou figura não prevista em lei, o “advogado associado”, criatura híbrida e que tem por mais marcante característica a supressão geral de direitos trabalhistas.

Em reação a esse movimento fraudatório, são cada vez mais comuns ações trabalhistas de advogados que buscam – e devidamente obtêm – reconhecimento de que trabalhavam como autênticos empregados em grandes escritórios. Ordinariamente, são profissionais que se submetem a longas jornadas, recebem baixíssimos salários, não recolhem contribuições previdenciárias e não têm direito a benefícios trabalhistas básicos, como férias, 13º salário e vale transporte.

O cotidiano forense demonstra que a tecnologia da fraude ordinariamente passa pela caracterização formal de “advogado associado”, com reduzidíssima integração societária, sem efetiva participação em resultados e em que há exigência de trabalho com todas as características de empregado.

3. PANORAMA NORMATIVO VIGENTE

O Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994) regula a atuação das sociedades de advogados, estabelecendo dois modos: a) atuação a partir de sociedade civil prestadora de serviços (art. 15); b) contratação de advogado empregado (art. 18).

Como toda sociedade, a da modalidade de advogados necessita contar com o elementar requisito de *affectio societatis*: a comum intenção dos sócios no compartilhamento de perdas e lucros. Necessitam os sócios assumir mutuamente responsabilidades e riscos pelo empreendimento, partilhando a sorte que a empresa tiver. Trata-se de elemento subjetivo, psicológico. Há incompatibilidade com o contrato de trabalho, vez que – como ensina Orlando Gomes – “o operário

que luta pela participação nos lucros, rejeita redondamente toda participação nas responsabilidades”¹⁰.

Para averiguação do ânimo societário, é imprescindível, portanto que os sócios cooperem para alcance do fim compartilhado, bem como que cada um contribua com os recursos econômicos necessários para a formação e desenvolvimento da atividade. Por isso, todos os sócios de uma sociedade de advogados devem ser advogados com plena capacidade de exercício de sua profissão. Nesse sentido, é expresso o art. 16 da Lei n. 8.906/1994.

O Provimento n. 169/2015 do Conselho Federal da OAB prevê em seu art. 2º a formação de sociedade com “sócios patrimoniais” e “sócios de serviço”. Parece evidente o atentado ao próprio art. 16 do Estatuto mãe, o qual expressamente proíbe formação de sociedade com característica empresária. Também atenta contra elemento basilar da atividade da advocacia, vedatória à mercantilização (art. 5º da Lei n. 8.906/1994).

Ao que se vê, o próprio Estatuto da Advocacia veda a ocorrência de sócio de investimento em sociedades de advogados.

O Regulamento Geral da Advocacia, art. 39, também criou o chamado “advogado associado”, figura totalmente estranha aos básicos contornos previstos na lei. Deixando de observar a limitada delegação de regulamento para sociedade de advogados, há evidente extrapolação e inaplicabilidade. Além do que – e ainda mais evidente – não cabe Conselho Federal da OAB a criação de normas de afastamento da legislação trabalhista universal.

4. PROJETO DE LEI N. 3.736/2015

No ambiente contemporâneo de mascaramento de relações de emprego em escritórios de advocacia, o presente projeto de lei busca oferecer solução de legitimação para a ilegalidade sugerida no Regulamento. Pretende-se permitir a formalização da fraude, com contratação de advogados por grandes escritórios, garantindo subordinação jurídica, mas sem a contrapartida de direitos trabalhistas.

4.1. Sócio de serviço

O Código Comercial brasileiro, de 1850, possuía figura parecida com a que se pretende inaugurar com o PL. Tratava-se da sociedade de capital e indústria,

¹⁰ GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, p. 154.

prevista no art. 317, pela qual um sócio aportava capital ao empreendimento e outro ingressava com a força de trabalho. Ante a evidente confusão com a relação de emprego, foi pouquíssimo utilizada no Brasil e banida dos códigos civis europeus.

É bem verdade que o Código Civil de 2002 permite que sócios contribuam apenas com serviços (art. 997, V) e, em compensação, participam dos lucros, mas não respondem por eventuais perdas do empreendimento. Evidentemente, tal modalidade direciona-se ao sócio que possui saber específico e não compartilhado por aquele que integraliza recursos econômicos. Compondo-se saberes e capacidades diferentes, torna-se possível efetivar o esforço societário.

O projeto legislativo subverte os fundamentos da sociedade de advogados e aparenta interesse em ressuscitar possibilidade de sócio apenas ter participação com trabalho, sem efetivo *affectio societatis*. Para tanto, o substituto do PL, além de buscar legalizar o “advogado associado” introduziu a figura do “sócio de serviço”. Em resumo, permite-se que, em uma sociedade de advogados, haja, além de sócios de capital, outros que apenas integram o esforço societário a partir do trabalho individual, sem aportes econômicos ou qualquer outro elemento de averiguação de integração em esforço societário.

Há duas incompatibilidades entre as figuras do sócio de serviço do Código Civil e a da união de advogados. Primeiro, porque nas sociedades de advogados, todos os sócios precisam ser advogados (art. 16 da Lei n. 8.906/1994). Segundo – e em razão do primeiro –, o próprio Estatuto da OAB prescreve responsabilidade passiva integral de todos os seus sócios (art. 17).

Mas a figura proposta apaga ainda mais o elemento de *affectio societatis*. Não se consegue cogitar de compartilhamento de esforços e aportes se um dos supostos sócios já possui toda a estrutura física e carteira de clientes e outro ingressa apenas para trabalhar no que já existe. Apenas excepcionalmente algo assim poderia ser legítimo, caso o advogado ingressante fosse profissional famoso e a própria integração do quadro já significasse aporte de valor econômico considerável. Mas não parece ser esse o vetor do projeto de lei.

Preocupa que o texto legal proposto não indique mínima conceituação da nova figura e a única preocupação posta está em afirmar que o “sócio de serviço” não tem vínculo empregatício. De forma inusitadamente lacônica, o proposto art. 17-B refere que a associação com o advogado ocorre sem vínculo de emprego. Eximindo-se de definir critérios e requisitos materiais – retomando-se concepções oitocentistas –, apresenta campo aberto a fraudes geradas por simples imposições de formas.

Há graves consequências no texto legal pretendido. Essencialmente, os elementos conceituais de empregado seguem inalterados nos arts. 2º e 3º da CLT e, conforme aplicação do princípio da primazia da realidade, precisam ser averiguados pontualmente. Essencialmente, deve ser produzida análise fática para averiguação do trabalho ser realizado por conta e risco do advogado associado, com liberdade de condução das atividades, compartilhamento de riscos e efetivo ânimo societário. Fora desses elementos, há usual relação de emprego.

A sociedade de advogados é, fundamentalmente, uma sociedade de pessoas, direcionada a prestação de serviços jurídicos. O oferecimento de força de trabalho contínuo especificamente na atividade finalística, em empreendimento cujo capital pertence a outrem é um dos mais basilares elementos da relação de emprego. A pitoresca figura do sócio de serviço somente faria sentido se o outro sócio não dominasse a técnica de trabalho a ser desenvolvida na sociedade, o que jamais ocorrerá em sociedade de advogados.

Em sociedade em que todos são advogados, apenas há diferenciação entre “sócio de serviços” e “sócio de capital” na circunstância de que o último é quem detém os meios de produção e, portanto, contrata, fiscaliza e remunera o primeiro. Não há efetiva diferença com a relação de emprego.

4.2. Divisão de resultados

A circunstância de recebimento de importâncias variáveis não retira a possibilidade de reconhecimento de salário mascarado. Retiradas obtidas por qualquer sócio seguem os resultados econômicos do empreendimento, de modo a se admitir hipótese de que valor algum seja conquistado em determinado mês. Em legítimas sociedades de advogados, com efetivos sócios, os valores das retiradas definem-se pelos resultados do escritório ou, pelo menos, de acordo com o produto positivo dos processos a que o profissional está ligado.

As ordinárias adulterações verificadas na atualidade com “advogados associados” mostra que é comum o atendimento da formalidade de participação societária com quinhões insignificantes e que, na prática, permitem praticamente nenhuma distribuição de resultados.

A efetiva remuneração desses advogados, hoje objeto de fraudes, ocorre com pagamentos de verbas formalmente denominadas “ajuda de custo”, “verbas de custeio”, “auxílios” e tantas outras criativas expressões correlatas. Tratam-se

Com isso, tem-se presente não apenas a evidente subordinação estrutural, como se mantém a própria, e mais elementar, subordinação subjetiva.

4.4. Efeitos previdenciários e fiscais

Relações jurídicas simuladas com o fim de afastar reconhecimentos de vínculos de emprego possuem efeitos gerais de achatamento de rendimentos, sonegação de benefícios trabalhistas e, de modo, precarizam as relações laborais e promovem deslealdade concorrencial. O PL assegura tudo isso, mas vai além e alcança as searas previdenciária e fiscal.

A perspectiva de substituição de postos de trabalho emprego por trabalhadores autônomos, ou formalmente associados, apresenta horizonte de ampla redução de recolhimentos fiscais e previdenciários. Dados do IBGE indicam que cerca de 80% dos autônomos não recolhem para o INSS, contribuindo para quadro de insegurança previdenciária.

Tais como outros trabalhadores, advogados afastados da Previdência Social, não tem proteção contra doenças, acidentes e outros riscos sociais. As advogadas grávidas, além de não receberem licenças pagas, fatalmente submetem-se a conhecida prática de dispensa no retorno ao trabalho.

As fraudes também alcançam o campo fiscal. A utilização de haveres em rubricas formalmente não reconhecidas como salário dificultam – quando não impedem simplesmente – recolhimento de imposto de renda, esvaziando rendas de manutenção do próprio Estado.

4.5. Tribunal de arbitragem

A projetada litigiosidade da relação entre advogados associados e donos de sociedades de advogados não encontra bom encaminhamento no projeto de lei.

As pretendidas redações aos art. 54, XX e art. 58, XXIII preveem solução através de tribunal de arbitragem e/o mediação mantido pela própria Ordem dos Advogados do Brasil. O projeto fecha-se para também dificultar a devida fiscalização estatal para com a relação jurídica pretendida. O art. 54, IXX e o art. 58, XVII intentam substituir exames corretivos de legalidade operados tradicionalmente por órgãos de Estado por organização privada e corporativa, o próprio Conselho Federal da OAB.

Nos últimos duzentos anos, o direcionamento para órgão único estatal da atribuição de conhecimento e decisão sobre dissídios entre particulares foi uma das maiores conquistas de civilização. Como nas demais nações civilizadas, no Brasil, o princípio de inafastabilidade da jurisdição garante a todos acesso ao Judiciário para solução de situações litigiosas (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Os dispositivos propostos subvertem essa ordem e fabricam notável embaraço no direcionamento das divergências para órgão de Estado isento e não orientado por interesses corporativos. Nessa parte, o PL 3736/2015 faz-se claramente inconstitucional.

Além de subverter regra valor de isenção e neutralidade de organismo de controle e supervisão, trata-se de iniciativa que atenta contra Convenção Internacional ratificada. A Convenção n. 81 da Organização Internacional do Trabalho tem vigência no Brasil desde 1958 e determina existência de organismos estatais, constituídos por funcionários públicos, para inspeção do trabalho. Em nosso país, são os auditores fiscais do trabalho quem têm responsabilidade pela fiscalização e, portanto, não podem ser substituídos por organismo privado.

Os entraves acoplados ao projeto para fiscalização e conhecimento jurisdicional dos litígios apenas confirmam a percepção de direcionamento fraudatório na prática que se pretende legalizar.

4.6. Tratamento tributário diferenciado

Além do campo trabalhista, o projeto de lei guarda inadequações de ordem tributária. Especialmente na redação do art. 15, § 10, trazido no substitutivo do Deputado Hildo Rocha. O dispositivo define base de cálculo de tributos como sendo o resultado da subtração da receita da parte associada sobre a receita bruta. Pretende-se com isso, promover artificial redução na base de cálculo tributária, chamando à consequente redução de arrecadação pelo Estado.

Em seu art. 119, a Lei n. 12.973/2014 definiu o conceito de receita bruta. Enuncia: “A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

Também o STF firmou definição, registrando a base de conteúdo como o resultado financeiro da atividade empresarial. Registrou o Ministro Ayres Britto: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que receita bruta e faturamen-

to são sinônimos, significando ambos o total dos valores auferidos com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços”¹¹

Em poucas palavras, “receita bruta” é a receita total decorrente das atividades-fim da organização, todo ingresso econômico habilitado a promover soma patrimonial e, ordinariamente, é sobre essa referência que tributos incidem.

O PL 3736/2015 não observa esse conceito e trata inadequadamente os valores alcançados aos advogados. Os valores que poderão ser repassados a esses não fazem mero trânsito no caixa, mas efetivo ingresso tributável. A circunstância de posterior distribuição de valores ao advogado associado não subverte a integração desses valores na receita bruta, pois, em sociedades saudáveis, são os sócios que definem se e o quanto será distribuído.

A redução pretendida atenta às construções avalizadas pelo Supremo Tribunal Federal de conceitos de receita bruta e respeito à capacidade contributiva, imprescindíveis elementos garantidores da justiça tributária. Há promoção de tratamento injustificadamente mais benéfico em comparação a outras sociedades. As mutilações na base de cálculo, escondendo valores de distribuição aos sócio, fazem desconsiderar a efetiva riqueza da sociedade de advogados e resulta em tributação artificializada e inexoravelmente reduzida.

5. CONCLUSÕES

A proletarianização da advocacia é realidade crescente, fazendo comuns construções de relações jurídicas que disfarçam relações de emprego e produzem precarização de condições de trabalho, achatamento de rendimentos e redução de arrecadações estatais. O PL 3.735/2015 segue na institucionalização da prática.

Em grande parte, proletarianização da profissão do advogado acompanha a ampliação da advocacia de massa e a consequente organização de seus escritórios como grandes, eficientes e enxutas empresas.

As fraudes na formação de vínculos de emprego ocorrem principalmente a partir de trabalhadores formalmente apresentados como sócios ou associados, mas com reduzidíssima participação no capital social e praticamente nulo poder de comando no empreendimento.

¹¹ RE 656284 AgR, Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, Processo Eletrônico DJe-121, divulgado 20-06-2012 e publicado 21-06-2012.

A pitoresca figura do advogado sócio de serviço aprofunda o avanço da proletarianização e o projeto legislativo que o agasalha apresenta diversas inconsistências. Na forma como está atualmente redigido, serve apenas para ampliar o horizonte de diminuição de uma das mais importantes profissões garantidoras do estado de direito.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, p. 154.

A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR EM FACE DA LEI Nº 13.709/2018: QUANDO O ACESSO À JUSTIÇA PODE VIOLAR DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

Rosane Leal da Silva¹

RESUMO

Este trabalho discute a proteção de dados pessoais dos jurisdicionados em face da crescente utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) no âmbito do Poder Judiciário. Destaca as vantagens da utilização dessas ferramentas para ampliar o acesso à informação, conferir maior rapidez e transparência à prestação jurisdicional, mas por outro lado também aponta os riscos que a publicação de decisões judiciais nos portais do Poder Judiciário pode gerar, especialmente quando são revelados dados sensíveis das partes envolvidas no processo trabalhista. Tal situação ganha novos contornos em face da recente edição da Lei Nº 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais) e evidencia a necessidade de discutir o tema, para que a eficiência e a transparência no âmbito desse poder não ocorram em sacrifício de importantes direitos fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Dados pessoais; Lei de Proteção de Dados Pessoais; Poder Judiciário; Tecnologias da Informação e Comunicação.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com pesquisa sobre a sociedade informacional. Professora Adjunta do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, do Curso de Direito da Universidade Franciscana e da Antonio Meneghetti Faculdade. E-mail para contato: rolealdasilva@gmail.com

ABSTRACT

This paper discusses the protection of personal data of those under jurisdiction in the face of the increased use of Information and Communication Technologies (ICTs) within the scope of the Judiciary. The study highlights the advantages of using such tools as a means to increase access to information as well as the speed and transparency of the judicial services. However, it also points out the risks that the publication of judicial decisions on the Judiciary Portals may cause, especially when sensitive data of the parties involved in the labour process is revealed. This situation has taken on new forms in view of the recent edition of Law N.º13,709 / 2018 (Personal Data Protection Act) and emphasizes the need to discuss the issue, so that efficiency and transparency within this power can occur without sacrificing the important fundamentals of workers' rights.

Keywords: Personal Data; Law on the Protection of Personal Data; The Judiciary; Information and Communication Technologies.

INTRODUÇÃO

Os últimos anos têm sido marcados por uma busca intensa por maior eficiência e rapidez na prestação de serviços públicos, esforço que se mostra combinado com tentativas de promover maior abertura e transparência na esfera pública. Nesse esforço se sobressai o uso crescente de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), ferramentas cujo uso oferece potencial para revisar velhas rotinas burocráticas, dando ensejo a procedimentos mais ágeis e céleres.

Tais investimentos interessam ao Poder Judiciário, constituindo-se numa promessa de superação da crise que assola este Poder, desencadeada tanto pelo hermetismo que tradicionalmente o caracterizou, quanto pela demora na prestação jurisdicional, o que gera significativa e crescente retenção de processos judiciais que aguardam seu desfecho.

Certamente que esse quadro gerou inconformidades e desconfianças sobre a atuação do Poder Judiciário, a desencadear algumas mudanças institucionais ocorridas, sobretudo a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça e da crescente incorporação do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) na sua atividade. Tal utilização tem ultrapassado o processo eletrônico e abarca tanto a promoção da transparência institucional por meio da divulgação de sua gestão

orçamentária e administrativa, quanto revela esforços tendentes à divulgação das decisões jurisdicionais nos portais institucionais.

Ocorre que ao lado das vantagens advindas do uso de TIC pelo Poder Judiciário também se revelam riscos derivados da divulgação das decisões nos portais, sobretudo quando são expostos dados pessoais sensíveis das partes envolvidas no processo, fato que viola a intimidade e tem potencial para gerar discriminação e preconceito. Essa situação assume ainda maior relevância em face da recente Lei nº 13.709/2018, que regulamenta a proteção de dados pessoais, mormente quando as informações divulgadas são de empregados que procuraram o Poder Judiciário para reclamar direitos trabalhistas não satisfeitos, cuja decisão posteriormente divulgada pode dificultar, senão impedir, seu acesso a novos postos de emprego.

1 O USO DE TIC PARA PROMOVER A ABERTURA DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário desempenha importante papel no marco do Estado Democrático de Direito brasileiro, não só no que se refere à garantia de acesso da população ao sistema de justiça, como também por sua atribuição de decidir, em instância superior, os conflitos entre o Executivo e o Legislativo e deles com os cidadãos. Todas essas transformações e novas competências são previstas na Constituição Federal de 1988, que também garantiu a independência e a autonomia deste Poder, assegurando-se sua gestão administrativa e financeira.

Essas atribuições e novas competências não se deram sem choques e sobrecarga de processos e, ao lado das garantias institucionais, a população passou a demandar por maior rapidez, eficiência e transparência por parte do Judiciário, a revelar uma crise de institucionalidade e confiança.

Tais críticas não eram desarrazoadas, pois o Poder Judiciário tradicionalmente foi considerado por autores como Boaventura de Sousa Santos² e Dalmo de Abreu Dallari³ como o mais hermético e distante da população dentre os três poderes.

A compreensão de sua tradição de distanciamento da população está ancorada no período de consolidação do Estado moderno, momento histórico no

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 13, jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222005000100004&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 11 ago. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222005000100004>, p. 82.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo, Saraiva, 1996.

qual ocorreu a profissionalização da atividade jurisdicional, com o domínio da técnica. Esse processo também refletiu na adoção de uma nova linguagem e, como salienta Boaventura de Sousa Santos⁴, naquele momento histórico a informação e a comunicação se transformaram “em artefactos discursivos técnicos de que são excluídos todos os que não dominam conhecimento especializado que lhes subjaz”.

Disso resultou que as partes envolvidas e as testemunhas tornaram-se objeto da informação. Nesse processo, “O público deixou mesmo de poder intervir no processo e as partes e testemunhas passaram a intervir segundo códigos de informação e de comunicação que não conhecem ou não entendem”.⁵

Tal modelo limitou o circuito da informação aos sistemas internos e impôs a restrição dos canais de comunicação entre juízes e a sociedade. Mas a sociedade se transformou e passou a demandar novas formas de atuação, colocando em marcha um processo de aproximação que também encontrou na difusão de tecnologias da informação e comunicação uma poderosa aliada.

Com efeito, o uso das tecnologias da informação por parte desse Poder alterou esse estado de coisas, trazendo a promessa de agilidade e de ampliação dos canais de interação com a sociedade. Ao lado dessas vantagens trouxe, também, novos campos de tensão e de “stress” que têm forçado a adoção de outra postura por parte dessa instituição.

Ao analisar esses impactos, Boaventura de Sousa Santos⁶ sustenta que para além da modificação nos fluxos de informação e comunicação, a utilização das TIC inaugura uma nova temporalidade, a revelar que o tempo de duração dos processos, por exemplo, está desconectado da realidade social, cada vez mais marcada pela instantaneidade.

A constatação da desconexão temporal gera desconforto no jurisdicionado que espera uma decisão judicial. A esse quadro já difícil foram acrescentados outros componentes de insatisfação social amplamente divulgadas na mídia e que preocupavam e dividiam a sociedade, como os altos custos da estrutura judicial brasileira, elevados salários dos magistrados, inúmeras verbas extras, ao que se contrapõe a morosidade crescente, fatores que somados desencadearam profunda crise de credibilidade.

⁴ Op. cit, p. 82.

⁵ Op. Cit., p. 83.

⁶ Op. Cit., p. 88.

Sabe-se que muitos desses problemas são antigos e muitos deles estiveram no cerne da discussão que desencadeou a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com a promessa de funcionar como um dos motores dessa mudança ao promover a abertura do Poder Judiciário ao controle social⁷.

Essa abertura foi potencializada pelo uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e nesse intento implementou-se, por meio da Lei nº 11.419/06 a comunicação de atos processuais de forma eletrônica, visando a facilitar a consulta do andamento de atos processuais, além de franquear o acesso à jurisprudência e obtenção de inteiro teor de decisões disponíveis nos sites dos tribunais⁸.

O aprofundamento da transparência na gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário ganhou novo impulso, posteriormente, com o advento da Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI). Esta legislação ambicionava a inaugurar um novo capítulo na gestão pública, abrangendo também o Poder Judiciário.

Alcançar o Poder Judiciário é muito salutar, pois como destacado por Marcela Basterra⁹, o acesso à informação pública é um antídoto contra os excessos de discricionariedade do agente público e auxilia no combate à burocracia e corrupção, tornando o poder estatal permeável aos cidadãos, fator que confere credibilidade e fortalece a democracia.

Nesse esforço também foram implementados/aperfeiçoados os meios de divulgação das decisões judiciais nos portais institucionais. Ocorre que, se de um lado a divulgação de decisões facilita a atividade dos procuradores e dos juristas; por outro essa prática possui potencial para violar direitos fundamentais dos jurisdicionados, mormente o reclamante, conforme será abordado na segunda parte desse trabalho.

⁷ Para cumprir seu desiderato esse órgão lançou mão de sua competência normativa e determinou a divulgação de informações sobre a gestão administrativa e financeira nos portais institucionais, o que foi objeto das Resoluções nº 76, 79, 83, 102, 115. Dessas, as de nº 79 e 102 revelaram maior preocupação com a transparência ativa ao prever a divulgação espontânea de dados sobre a gestão orçamentária e financeira, quadro de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos.

⁸ PONCIANO, Vera Lucia Feil. Ferramentas tecnológicas e a modernização da administração da justiça: análise e perspectivas. In: EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Direito e questões tecnológicas aplicados ao desenvolvimento social**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35-65.

⁹ BASTERRA, Marcela. **El derecho a la información pública en Argentina**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInformacion/13/art/art1.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013, p. 12.

2 A EXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS JURISDICIONADOS.

A discussão sobre a proteção de dados pessoais¹⁰ em face dos meios informatizados encontra-se bem avançada em muitos países, mas é relativamente recente no Brasil. O país tutelou especificamente a vida privada e a intimidade, contemplados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal, mas não destinou a mesma proteção expressamente aos dados pessoais. Essa lacuna perdurou até agosto de 2018, momento em que o país passou a contar com a Lei nº 13.709¹¹, que regula o tratamento dos dados pessoais.

Considerando que a referida Lei encontra-se em período de *vacatio legis* de dezoito meses a contar de sua publicação, ocorrida em 15 de agosto de 2018, pode-se afirmar que até a presente data o Brasil conta com reduzidas alternativas de proteção dos dados pessoais, especialmente quando considerados de maneira autônoma e não como uma faceta da vida privada. A tutela constitucional dos dados pessoais ocorria por meio do remédio constitucional do Habeas Data, previsto no art. 5º, inciso LXXII da Constituição Federal de 1988, regulamentado posteriormente pela Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997. Quando a discussão tinha referência com a proteção de dados do consumidor, por exemplo, invocava-se o artigo 43, da Lei nº 8.078/1990. Todavia, ainda que tratassem do tema, a primeira legislação visa conceder ao cidadão acesso aos seus registros pessoais constantes em bancos de dados públicos e a segunda lei destina-se a tratar da questão consumerista, nenhuma delas se destinando à proteção no ambiente virtual.

Houve incremento dessa base normativa com o advento da Lei nº 12.965 de 2014, denominada de Marco Civil da Internet, legislação alicerçada em alguns princípios, dentre eles a privacidade que, ao prever os direitos e deveres dos usuários da internet, faz rápida menção aos dados pessoais (arts. 10-12) sem, todavia, regular especificamente a matéria.

¹⁰ Catarina Sarmiento e Castro entende por dados pessoais aquelas informações que “[...] permitem identificar uma pessoa – desde logo se surgem associados a um nome –, as suas classificações escolares, curriculum, a sua história clínica, as suas dívidas e créditos, as compras que efetua, o registro dos meios de pagamento que utiliza”. Maria Eduarda Gonçalves (2003, p. 89), por sua vez, define dados pessoais, em conformidade com a Convenção do Conselho da Europa, constituindo-se em “qualquer informação relativa a uma pessoa física identificada ou identificável (artigo 2º). Uma pessoa física não é considerada identificável se a sua identificação requer tempo, custos ou atividades exageradas.” In: CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 74.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 27 ago. 2018.

Ainda que não tivessem previsão normativa expressa, é incontestável que os dados pessoais merecem proteção, pois se ligam à dignidade humana. Como se sabe, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui contornos claros, apresentando conceito vago e indefinido. Como evidenciado por Ingo Wolfgang Sarlet¹² apesar dessa abertura e indefinição, tal princípio é real e encontra-se ligado à natureza intrínseca da pessoa, comportando várias dimensões. Por sua dimensão ontológica a dignidade humana compreende a qualidade da pessoa, sendo que “pode (e deve ser) reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...]”. O fato de fazer parte da dimensão ontológica do ser não permite sua criação por comando legal, “[...] não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano, como algo que lhe é inerente”¹³. Desse modo a dignidade independe de circunstâncias concretas para existir, ligando-se à própria existência da pessoa e precedendo previsões legais.

A dimensão ontológica da dignidade, no entanto, convive com outras vertentes, pois mesmo que se ligue à natureza humana, certas variáveis comunitárias e culturais podem influenciá-la, revelando que o ser não está sozinho e que sua dignidade também se baseia no reconhecimento do outro. Conforme destacado por Ingo Sarlet¹⁴ esta visão é mais aberta e plural, pois “[...] a dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual [...]”.

Essas dimensões, além de não se excluírem, exigem a atuação conjunta, especialmente devido ao cenário atual, que amplia de maneira tão exponencial (e por vezes invisível) as formas de violação da vida privada e carrega consigo novas situações de exposição, como ocorre quando há a divulgação desautorizada de determinados dados pessoais do titular. Nesse caso, tanto a dimensão ontológica da dignidade pode ser atingida, quanto a intersubjetiva, pois dependendo do teor das informações a pessoa pode sofrer preconceito, dificultando-lhe inclusive a colocação no mercado de trabalho, como posteriormente será evidenciado.

Esse imbricamento reclama atuação negativa e positiva do Estado e dos particulares, na medida em que não basta que o ente público apenas assegure ao

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18.

¹³ SARLET, Op. Cit., p. 21.

¹⁴ SARLET, Op. Cit., p. 24.

seu titular o direito de ser deixado só, tal como sustentado no marco do liberalismo oitocentista, devendo também conceder ao titular dos dados a possibilidade de exercer sua autodeterminação informativa, ou seja, que lhe seja franqueado o direito de ter conhecimento e controle sobre a captação e tratamento de suas informações, especialmente quando se trata de dados sensíveis¹⁵.

Sua relevância é incontestável para o tratamento do presente tema, pois muitas dessas informações figuram em processos e constituem o mérito da discussão, como ocorre nos pedidos de reintegração no emprego em razão de despedida discriminatória. O problema ocorre, portanto, quando tais decisões são publicadas nos portais do Poder Judiciário, revelando a terceiros elementos que deveriam ser mantidos na esfera privada do trabalhador, como no caso de doenças como HIV, problemas mentais, determinadas dependências e até a orientação sexual da pessoa.

Apesar da importância e da atualidade do tema, as práticas empreendidas pelo Poder Judiciário brasileiro parecem não revelar muita preocupação com a tutela dos dados pessoais dos jurisdicionados. Nesse sentido novamente se constata certa negligência, pois desde o ano de 2003 o tema foi debatido em evento ocorrido na Costa Rica, quando inúmeros juristas latinos se reuniram e propuseram a Carta de Heredia.¹⁶

Segundo Carlos Gregório e Mário Paiva¹⁷, trata-se de importante documento, pois “Suas premissas auxiliarão os tribunais no trato de dados veiculados em sentenças e despachos judiciais em *internet* sem que haja prejuízos a transparência de suas decisões”.

De acordo com a regra nº 3, o interessado tem o direito de se opor à divulgação de seus dados e sua situação particular na *internet*, autorizando-se a exclusão das informações a pedido da parte ou mesmo de ofício nos casos em que a divulgação seja ilegítima.

¹⁵ A classificação de dados entre sensíveis e não sensíveis é importante para o presente trabalho e, como esclarece Maria Eduarda Gonçalves, “O conteúdo dos próprios dados é também suscetível de determinar um maior ou menor grau de risco para os indivíduos a que os dados dizem respeito. [...] A Convenção estabelece que os dados de caráter pessoal que revelem origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras convicções, assim como os dados pessoais relativos à saúde ou a vida sexual, não podem ser tratados automaticamente, a menos, que o direito interno preveja garantias apropriadas. O mesmo regime aplica-se aos dados de caráter pessoal relativos a condenações penais (artigo 2º)”. In: GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

¹⁶ ASSOCIAÇÃO JURÍDICA TEIXEIRA DE FREITAS. **Carta de Heredia 10 anos**. Disponível em: < http://www.atf.org.br/noticias/c_heredia.pdf >. Acesso em: 11 jul. 2017, p. 3.

¹⁷ GREGÓRIO, Carlos; PAIVA, Mário. Proteção de dados pessoais no âmbito judicial. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/Prot-dados.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016. p. 2.

Segundo orientação desse documento, os motores de busca dos sites devem ser ajustados de maneira a não divulgar toda e qualquer informação, evidenciando que há um delicado equilíbrio entre transparência, de um lado, e proteção da intimidade dos jurisdicionados, de outro. Os julgadores, por sua vez, devem adotar medidas de cuidado ao produzirem suas decisões e despachos, de maneira evitar divulgar dados inócuos, informações referentes a terceiros ou invadir, sem necessidade, a esfera privada das partes, expondo desnecessariamente dados pessoais, conforme disposto na Regra 9 da Carta de Heredia¹⁸.

E não poderia ser diferente, pois a inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas está prevista no artigo 5º da Constituição Federal, evidenciando que há uma esfera que não pode ser ultrapassada, quer seja pelo Estado, quer isso decorra da ação de outro particular. Essa redação genérica não contemplou expressamente os dados pessoais, o que levou ao questionamento sobre sua natureza, especialmente para determinar se eles estariam abarcados pelo conceito de privacidade ou se constituiriam outro direito, ainda merecedor de tutela específica.

O documento define de maneira bem ampla esses dados, nos seguintes termos:

f.1) Dados pessoais: Os dados concernentes a uma pessoa física ou moral, identificada ou identificável, capaz de revelar informação sobre sua personalidade, suas relações afetivas, sua origem étnica ou racial, ou que se refiram às características físicas, morais ou emocionais, à sua vida afetiva e familiar, domicílio físico e eletrônico, número nacional de identificação de pessoas, número telefônico, patrimônio, ideologia e opiniões políticas, crenças ou convicções religiosas ou filosóficas, estados de saúde físicos ou mentais, preferências sexuais ou outras análogas que afetem sua intimidade ou sua autodeterminação informativa. Esta definição se interpretará no contexto da legislação local sobre a matéria¹⁹.

Como se vê, a classificação dos dados pessoais e o perfil dos seus titulares devem ser levados em conta para determinar o adequado nível de proteção a ser conferido. Essa preocupação é expressa na regra 5, da Carta de Heredia, que assim dispõe:

¹⁸ ASSOCIAÇÃO, Op. Cit., p. 8.

¹⁹ GREGÓRIO, Carlos; PAIVA, Mário. Proteção de dados pessoais no âmbito judicial. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/Prot-dados.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016. p. 7.

Regra 5. Prevaecem os direitos de privacidade e intimidade, quando tratados dados pessoais que se refiram a crianças, adolescentes (menores) ou incapazes; ou assuntos familiares; ou que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a participação em sindicatos; assim como o tratamento dos dados relativos à saúde ou à sexualidade; 3 ou vítimas de violência sexual ou doméstica; ou quando se trate de dados sensíveis ou de publicação restrita segundo cada legislação nacional aplicável ou tenham sido considerados na jurisprudência emanada dos órgãos encarregados da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Neste caso considera-se conveniente que os dados pessoais das partes, coadjuvantes, aderentes, terceiros e testemunhas intervenientes sejam suprimidos, anonimizados ou inicializados, salvo se o interessado expressamente o solicite e seja pertinente de acordo com a legislação. (ASSOCIAÇÃO, 2013, p. 7).

Ainda que formalmente o documento não tenha utilizado a classificação entre dados sensíveis e não sensíveis, a passagem acima transcrita contempla muitas informações doutrinariamente consideradas como tal. Essa constatação só reforça a necessidade de debater o tema, pois muitos desses dados são divulgados sem nenhum controle ou critério, constando no inteiro teor nas decisões que se encontram disponíveis para consulta nos portais do Poder Judiciário.

Tal divulgação pode levar o jurisdicionado a sofrer preconceito e discriminação, produzindo-lhe danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, o que deve ser evitado pelos Estados, conforme evidencia o art.1º da Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁰, segundo o qual a discriminação é conceituada como qualquer

[...] distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática, e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão.

²⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 111**. Discriminação em Matéria de emprego e ocupação. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 22 maio 2017.

Sabe-se que há condições específicas que são exigidas dos candidatos a determinados postos de trabalho e é lícito que o empregador os exija. Excede esse poder quando, no entanto, se vale de informações que são obtidas em decisões judiciais para obstaculizar seu ingresso no mercado de trabalho, como ocorre quando o fato de já ter ajuizado anterior reclamação trabalhista é utilizada como motivo (ainda que não revelado) para o candidato ser preterido. O mesmo ocorre se informações sobre condenações em processos penais, cobranças judiciais que originaram a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito ou informações sobre a saúde do obreiro forem determinantes para a sua não contratação.

Daí porque, como explica o próprio autor, foi estabelecido um padrão mínimo de proteção no qual os motores de busca não poderiam localizar a decisão tão somente pelo nome do jurisdicionado.

Esse procedimento, no entanto, não obsta a que se chegue a dados pessoais sensíveis da parte, pois uma situação é aquela que decorre do dado pessoal estático, outra bem distinta pode resultar do seu cruzamento, o que tem sido favorecido pela criação e disponibilização de novos aplicativos e sites. Dentre aqueles que fazem a mineração de dados destaca-se o “Portal Escavador”, que permite a localização, reunião e rápida disponibilização de informações pessoais do internauta que estejam dispersas em fontes variadas.

Dessa forma, ainda que o buscador utilizado no site do Poder Judiciário não permita a localização pela simples digitação do nome da parte, basta lançar o nome da pessoa no Google que este remete para outros aplicativos, a exemplo do Escavador, lá constando referência às ações em que a pessoa eventualmente é parte. Certamente esse registro já aponta para a existência de demandas judiciais, o que estigmatiza o empregado e poderá servir de elemento ainda mais violador, pois basta aprofundar a busca para chegar aos seus dados sensíveis, como doenças, orientação sexual, dentre outras informações divulgadas na decisão judicial.

O descompasso temporal no tratamento do tema é tão evidente no Brasil que embora o tema já fosse discutido desde o início dos anos 2000, somente em 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 121²¹, que uniformizou a veiculação das informações em processos judiciais na rede mundial de computadores.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 121**, de 5 de outubro de 2010. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Disponível em: <file:///E:/resolucao-121-cnj.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Esse documento, no entanto, tem sido objeto de insistentes críticas²², pois ainda que tente harmonizar o princípio da publicidade, previsto no artigo 37, da Constituição Federal, com a proteção de dados pessoais dos jurisdicionados, amplia sua vulnerabilidade. Com efeito, ainda que um de seus “considerandos” admita expressamente que uma das dificuldades da justiça brasileira é a estigmatização das partes, mormente nos processos trabalhistas, a forma como é redigido seu primeiro artigo já oferece noção da sua amplitude, ao afirmar que “A consulta aos dados básicos dos processos judiciais será disponibilizada na rede mundial de computadores (internet), assegurado o direito de cessar a informações processuais a toda e qualquer pessoa [...]”, considerando como dados básicos o nome das partes e de seus procuradores, o inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos, conforme dispõe o artigo 2º. Outro ponto de destaque é o artigo 5º da referida Resolução, segundo o qual a “As disponibilidades de consultas às bases de decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes”²³.

Em que pese a consulta pelos sistemas de busca não ocorrer pelo nome das partes, o que é muito importante em casos de ações trabalhistas, o fato é que o inteiro teor das decisões judiciais contém dados pessoais e inúmeras outras informações sensíveis ao titular e o Estado as divulga sem lhes consultar previamente, o que impede o exercício da autodeterminação informativa (art. 2º), importante direito que se constitui num dos fundamentos da recente Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei de Proteção de Dados), conforme se verá na sequência.

3 AS (IN)SUFICIÊNCIAS DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA TUTELA DOS DIREITOS DOS JURISDICIONADOS.

A Lei de Proteção de Dados Pessoais faz clara alusão aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade e ao exercício da cidadania

²² Ruaro e Limberger são críticas dessa Resolução e não hesitam em afirmar sua inconstitucionalidade: “[...] pode-se afirmar que a Resolução nº 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça é incompatível com o sistema jurídico brasileiro. Ademais, com ela própria, uma vez que o objetivo é de evitar que as partes sofram discriminações da sociedade. A título de exemplo, podem-se citar situações nas quais algumas pessoas não conseguem determinado emprego por serem demandadas por instituições bancárias em ações cíveis, ou estarem na condição de autoras contra determinada pessoa jurídica”. In: RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado em caso de dano moral por má utilização de dados pessoais. **Direitos Fundamentais & Justiça** nº 1. Out./Dez. 2007. Disponível em: http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_11.pdf. Acesso em: 07 out. 2016, p. 130.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 121**, de 5 de outubro de 2010. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Disponível em: <file:///E:/resolucao-121-cnj.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

pelas pessoas naturais (art. 2º, inciso VII), que devem ser tutelados nas situações de coleta e tratamento de dados pessoais²⁴ realizados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público.

O conceito de tratamento de dados vem elucidado no art. 5º, inciso X, consistindo em operação que realize a “[...] coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. Partindo dessa definição, entende-se que nos termos da Lei 13.709/2018 o Poder Judiciário trabalhista realiza o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores, motivo pelo qual sua atuação fica abrangida pela novel legislação.

Ademais, o tratamento dos dados não pode se desviar da boa-fé e de seus princípios norteadores, expressos no art. 6º, destacando-se dentre eles: a) a finalidade, segundo o qual o tratamento deve seguir “[...] propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”; b) a necessidade, posto que o tratamento deve limitar-se ao “[...] mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; c) segurança, princípio que impõe a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”; d) não discriminação, com a “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”. Pelo teor do art. 7º, § 3º, “O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização”, o que sugere que se os dados foram fornecidos para instruir processo judicial no qual o titular pleiteia a satisfação de direitos violados, por certo não há interesse público com a divulgação dessas informações personalíssimas. Uma coisa é o interesse público na divulgação das contas, na gestão administrativa, financeira e até na produção de resultados provenientes desse Poder e outra bem distinta é a divulgação de dados pessoais sensíveis do jurisdicionado, que não se enquadra no conceito de interesse público.

²⁴ Vale reproduzir o teor da Lei de Proteção de Dados brasileira: “Art. 5º: Para fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”.

Um ponto de crítica à insuficiência da referida legislação encontra-se no art. 11, que ao dispor sobre o tratamento de dados sensíveis para o exercício de direitos menciona expressamente os processos judiciais, mas não impõe nenhuma restrição ou dever de cuidado aos tribunais no trato das divulgações, em seus portais institucionais, das decisões proferidas. Percebe-se que para o legislador esse risco é invisível, ou ainda pior, que os direitos do jurisdicionado não importam em face do Poder Judiciário.

A rápida leitura dos princípios elencados no art. 6º, supra referidos, já permite afirmar que o tratamento conferido às informações do jurisdicionado é questionável e pode violar direitos humanos, não só por confrontar-se com a Convenção nº 111, da OIT, como também por contrariar princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana. É inegável que o jurisdicionado, ao postular os seus direitos diante da Justiça Trabalhista não conhece os mecanismos de busca e as situações de vulnerabilidade a que seus dados ficarão expostos. Ademais, se os dados constantes de laudos médicos e demais documentos são recolhidos para constituir prova em ação trabalhista, não há motivos para o inteiro teor da decisão, contendo o seu detalhamento, ficar exposto no portal do Poder Judiciário, com a identificação do nome da parte. Essa exposição posterior foge da finalidade para os quais os dados foram informados pelo trabalhador e ele não consentiu expressamente com essa exposição.

A divulgação do inteiro teor da decisão, com todos os detalhamentos sobre a saúde ou vida íntima do trabalhador também fere o princípio da necessidade, pois se as provas já foram usadas ao longo do processo para formar a convicção do magistrado, basta que a decisão exposta faça referência ao número do documento ou prova sem, todavia, a necessidade de detalhar esses elementos probatórios na publicação a ser feita no portal.

Não obstante a previsão desses princípios, a partir dos quais é possível fazer uma hermenêutica em favor do trabalhador, a própria Lei parece insuficiente, pois ainda que reconheça que o tratamento dos dados pessoais pode ocorrer em sede de processos judiciais, conforme dispõe o art. 7º, inciso VI, não disciplina especificamente a atuação do Poder Público em tais casos e não impõe deveres e cuidados específicos com relação ao acesso à justiça. Há deveres e responsabilidades elencados para os órgãos públicos que recolhem dados para fins de pesquisa e elaboração de políticas públicas, mas inexistente medida endereçada ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário não pode, sob a justificativa de promover a transparência de seus atos, atentar para a segurança dos dados do jurisdicionado e deve lançar mão de meios técnicos suficientes para que as informações disponíveis em seus portais não prejudiquem a situação do empregado, retirando-lhe as chances de nova recolocação no mercado de trabalho, o que feriria de uma só vez os princípios da segurança e da não discriminação, previstos no art. 6º, incisos VII e IX da Lei nº 13.709/2018. Para tanto, uma medida que poderia minimizar a exposição seria utilizar somente as iniciais do nome da parte nos casos em que a decisão explicita dados sensíveis. Outra alternativa seria identificar as doenças apenas pelo Código Identificador de Doenças (CID), o que reduziria um pouco a exposição.

Tal omissão revela o descaso do legislador com os dados pessoais dos jurisdicionados, fato que justifica as críticas com relação às insuficiências da Lei 13.709/2018. O acesso ao Poder Judiciário não pode, em nenhuma hipótese, consistir em nova forma de violação aos direitos trabalhistas, já tão solapados nessa quadra da história em face dos recentes retrocessos sociais decorrentes da reforma trabalhista de 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo até aqui desenvolvido, ainda que não tenha a pretensão de esgotar a matéria ou de oferecer respostas definitivas, buscou desvelar novos problemas decorrentes da crescente utilização das tecnologias da informação e comunicação pelo Poder Judiciário.

Nesse desiderato elencou as vantagens oferecidas, tanto pela possibilidade de permeabilidade desse Poder e sua consequente aproximação com a sociedade, quanto pela celeridade que confere aos processos. Não se defende, portanto, a volta dos repertórios jurisprudenciais impressos e sequer se imagina o retrocesso que seria para a academia não contar com tão ricos materiais de análise, que só o contato com decisões publicadas *online* permite. Mas esses aspectos positivos não podem desconsiderar os contrapontos existentes, sendo um deles a exposição desmedida que a publicação de decisões em portais institucionais pode gerar aos jurisdicionados. Exposição, lembre-se, feita sem a concordância (e muitas vezes sem o conhecimento) do titular dos dados pessoais, que procura o Poder Judiciário na esperança de reduzir a violação aos seus direitos e fica a mercê das consequências dessa publicidade, dentre elas a possibilidade de sofrer discriminação.

Quando esse tema é projetado para a seara trabalhista aumenta a carga de complexidade em face da manifesta posição de assimetria, pois o cidadão necessita contar sua história e revelar muitos dos seus segredos íntimos (como a existência de doenças graves, por exemplo) para obter a tutela jurisdicional do Estado. Muitas vezes a via jurisdicional se oferece como a última esperança de cessar uma violação que vem sofrendo (como assédio moral do empregador em razão de gênero, da sua orientação sexual ou religiosa) e ao procurar o Poder Judiciário a resposta que obtém novamente o vitimiza, já que a decisão exposta no site contém muitos de seus dados pessoais. E essas informações, muitas delas sensíveis, ficam à disposição de “toda e qualquer pessoa” que consultar o inteiro teor da decisão.

A situação do jurisdicionado parece não ter sofrido significativa melhora com a recente edição da Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018, em *vacatio legis*), pois ainda que a novel legislação tenha previstos inúmeros princípios que podem alicerçar a defesa dos dados do empregado em face do Poder Público, ela não se mostra clara quanto a essa proteção. Na parte referente aos deveres do Poder Público não há menção expressa que imponha cuidados ao Poder Judiciário em face dos dados obtidos e tratados em processos judiciais, ignorando a realidade, em que muitos jurisdicionados podem sofrer discriminação ao terem informações íntimas, constantes em processos judiciais, posteriormente acessados por terceiros.

A insuficiência normativa aponta para a relevância do tema, que ainda se encontra insuficientemente tratado no Brasil, bem como sinaliza em direção ao necessário diálogo de fontes, medida necessária para ampliar a proteção do trabalhador que procura o Poder Judiciário. Tal diálogo deve necessariamente abarcar: I) a análise do tema a partir de sua ancoragem constitucional, enfrentando-se a possível colisão entre o direito de acesso à informação pública e o direito à privacidade do titular; II) consideração para com os princípios trabalhistas, dentre eles o da proteção ao trabalhador, reconhecendo-se sua vulnerabilidade diante do empregador e do próprio Estado, já que a divulgação das decisões judiciais nos sites pode ampliar a violação dos direitos do obreiro, impedindo inclusive a sua recolocação no mercado; III) aplicar os princípios gerais que ancoram o Marco Civil da Internet, em especial o da privacidade, ao que devem ser acrescidos os princípios norteadores da recente Lei de Proteção de Dados Pessoais; IV) tomar em consideração a construção doutrinária, as recomendações oriundas de organismos internacionais, como a Convenção 111, da OIT e as advertências da Carta de Heredia, assim como levar

em consideração as experiências provenientes de países que disciplinam o tema com maior adequação e profundidade, como a União Europeia, que recentemente publicou o novo regulamento geral de proteção de dados pessoais.

A combinação desses argumentos pode revelar-se especialmente útil em tempos de deterioração do Direito do Trabalho, onde se amplificam as vozes que tendem a ignorar a condição humana do trabalhador. Esse “giro para fora do sistema trabalhista” antes de ser sua fraqueza, pode revelar-se uma virtude ao evidenciar a capacidade desse ramo do direito metamorfosear-se, abrindo-se para o diálogo com outras áreas. Entende-se que essa combinação pode conduzir a melhores resultados, pois os temas atuais que envolvem trabalho, processo do trabalho e novas tecnologias escapam à linearidade de outrora e instigam à construção de respostas mais criativas.

FUNDAMENTOS PARA A VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO JURISDICIONAL

Sérgio Augusto da Costa Gillet¹

RESUMO

Este artigo objetiva a desvendar os fundamentos necessários para a devida virtualização do processo jurisdicional, utilizando-se do método tipológico para vislumbrar o tipo ideal de e-processo. Verifica-se que o movimento de virtualização do processo jurisdicional precisa atender tanto princípios processuais quanto materiais, bem como suas identidades como princípios constitucionais. Ao fim, considera que o processo jurisdicional eletrônico atende aos escopos constitucionais e processuais se observados seus princípios específicos.

Palavras-chave: e-Processo. Atos e-Processuais. Princípios e-Processuais. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This article aims to uncover the necessary fundamentals for proper jurisdictional process virtualization, using typological method to envision the ideal e-process. It turns out that the jurisdictional process virtualization movement needs

¹ Doutorando e Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Professor Convidado das Especializações da PUCRS. Editor Executivo da Revista Direito & Justiça da Escola de Direito da PUCRS. Advogado. E-mail: sergio.gillet@gmail.com.

to suit both procedural principles and materials, as well as their identities as constitutional principles. At the end, considers that the jurisdictional process electronic meets the constitutional and procedural scopes if observed their principles.

Keywords: e-Process. e-Procedural Acts. e-Procedural Principles. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

Introdução; 1 Tramitação dos processos judiciais: do papel ao *byte*; 2 Atos e-processuais; 3 Princípios e-processuais; 4 Fundamentos não processuais: eficiência e sustentabilidade; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O processo jurisdicional eletrônico vem cada vez mais sendo implementado em vários tribunais Brasil afora, desde as cortes superiores até os juizados especiais. Reflexo da Sociedade em Rede em que se vive no século XXI, trata-se de futuro inexorável da Justiça brasileira, seja porque há lei federal a dispor sobre sua implantação e configuração, seja porque guarda conexão com o devido processo.

Com essa premissa, o presente trabalho buscou demonstrar os fundamentos para a virtualização do processo jurisdicional, procurando responder, em sequência, como ocorre essa informatização enquanto ferramenta a ser usada pelo Poder Judiciário para modernizar a própria prestação jurisdicional, que passa a ser eletrônica, utilizando-se, para tanto, do método tipológico para que vislumbre o tipo ideal de e-processo, com pesquisa bibliográfica e documental.

Desse modo, discorreu-se sobre como a transposição do meio físico para o virtual é capaz de fazer revolucionar o modo de pensar o processo jurisdicional, expondo-se sobre a feitura dos atos processuais de modo a possuírem validade e eficácia. Em seguida, investigou-se sobre a principiologia para a informatização do processo jurisdicional, tendo em vista as normas constitucionais, a processual geral de 2015 e a específica do e-processo, bem como a própria informatização a partir das tecnologias da informação.

Passo seguinte, discutiu-se sobre como o Poder Judiciário, por compor o poder estatal, pode e deve também fazer escolhas que tenham identidade com os atos administrativos de gestão da coisa pública, no caso em questão, da própria

atuação do Poder Judiciário que, ao implementar sistemas de tramitação eletrônica, garante o direito fundamental à boa administração pública às partes.

Por fim, discorreu-se sobre a relação existente entre o processo jurisdicional eletrônico e o princípio fundamental da sustentabilidade, pormenorizando-se como a informatização do processo jurisdicional pode atender à pluridimensionalidade do referido princípio a partir dos escopos a que se propõe tal informatização.

1 TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS: DO PAPEL AO BYTE

Antes de quaisquer considerações sobre o processo jurisdicional eletrônico, é mister fazer a diferença crucial entre meio físico e eletrônico de tramitação dos processos judiciais. O primeiro trata-se de usar objetos tangíveis para a representação física do processo, corporificando-se com os autos, ao passo que o segundo se utiliza das tecnologias da informação para a representação virtual do processo.

O Código de Processo Civil de 1973 era categórico ao afirmar no *caput* de seu artigo 169 que os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, revelando que o processo tomava forma física quando o seu teor assim é representado em folhas de papel. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC), atualmente em vigor, dispõe, em seu artigo 207, que o escrivão ou o chefe de secretaria numerará e rubricará todas as folhas dos autos, revelando que a tramitação dos processos em autos de papel ainda é feita no Poder Judiciário, como se fosse a regra.

Assim, formam-se os autos quando estas folhas contêm as peças jurídicas e os documentos probantes arrumados numa ordem cronológica – uma vez que cada peça e respectivos documentos são entranhados aos autos à medida que são produzidos no decorrer do tempo do processo – e reunidos de modo a formar um ou vários volumes, cada um com uma capa a individualizar o processo (TORRES, 2003).

Por outro lado, a Lei n. 11.419/2006, ou Lei do e-Processo², a dispôr sobre a informatização do processo jurisdicional, encerra no inciso I do § 2º de seu artigo 1º que meio eletrônico deva ser considerado como qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Em outras palavras, significa usar um

² Termo com o caráter moderno que acrescentar a desinência “e-” detém, senão veja-se “e-governo”, “e-mail” etc. a significar “electronic”, termo em inglês que significa “eletrônico”, ao que ambos os termos começam a letra “e”.

computador para armazenar e trafegar os arquivos digitais que compõem os autos virtuais de um processo jurisdicional, os quais serão representados em uma tela conectada ao computador em que se encontram armazenados esses autos virtuais ou pelo qual se possa ter acesso ao computador que armazena (servidor) (SOARES, 2010, p. 64).

Nessa esteira, temos o processo jurisdicional físico, tangível pelo fato de estar materializado em folhas de papel arrumadas de forma lógica, nos ditames do CPC; e o processo jurisdicional eletrônico, intangível por ser observável por meio de um computador com acesso ao sistema de tramitação eletrônica, conforme rege a Lei do e-Processo.

Todavia, aparentemente, a diferença entre ambas as espécies de processos é apenas a forma de tramitação, isto é, como se desenvolvem no mundo fenomênico, ao que não caberia a terminologia “processo jurisdicional eletrônico”, pois não se trata de nova espécie de processo, como os são os de conhecimento e de execução, porque não traz inovação substancial, mas de um novo modo de operação do processo jurisdicional, que passa do ambiente físico para o ambiente virtual (ALMEIDA FILHO, 2015). A nomenclatura, portanto, resvala no equívoco conceitual no qual se confundem o processo com o procedimento e ainda com os próprios autos.

O processo jurisdicional eletrônico, todavia, não se caracteriza tão somente pela mera utilização de um ambiente virtual para a sua tramitação, mas pela atribuição ao processo, enquanto instrumento da jurisdição, de conceitos da tecnologia da informação advindos de sua informatização e capazes de revolucionar para além do *modus operandi*, introduzindo um novo pensar sobre o processo enquanto uma rede de informações, por ser capaz de fazer alterar a percepção que se tem do conteúdo do processo senão porque depende, para o seu sucesso, de uma mudança de comportamento sobre como a informação contida no processo jurisdicional passa a ser consumida pelos agentes processuais (partes, juiz, advogados, auxiliares da justiça, promotores de justiça etc.).

Com a evolução das ciências, novas tecnologias de informação foram introduzidas na sociedade, modificando-a ao trazer novos valores como a celeridade e a economia na transmissão de informações e a publicidade e o acesso às mídias eletrônicas, ao que torna indispensável a sua larga utilização nos mais variados aspectos da vida em sociedade, principalmente na transmissão e divulgação de mídias eletrônicas via uma rede mundial de computadores, sendo a atual Internet a mais largamente utilizada (SOARES, 2010).

Nessa esteira, Carlos Henrique Abrão destaca os supracitados avanço e indispensabilidade:

O principal fenômeno decorrente do Estado liberal foi a introdução de forças suficientes destinadas à formação do modelo econômico intitulado globalização. No século XX, descobertas sucederam o pós-guerra, com a inserção de grandes conglomerados e o surgimento da precisão ligada aos computadores.

[...].

Apresenta-se o retrato da roupagem vinculada aos meios cibernéticos que não dispensam críticas e demonstram que a sociedade atual não conviveria sem as ferramentas inerentes às revoluções hauridas neste campo científico (2015, p. 15).

O jurista assimila, portanto, que se vive numa sociedade cujas bases estão sendo fundidas com as tecnologias da informação de tal modo que suas forças produtivas dependam da rede de comunicação na qual se insere a Internet para a transmissão de informação.

Na mesma linha de raciocínio, José Carlos de Araújo Almeida Filho dispõe que sempre vivemos em uma sociedade da informação, mas que esse fenômeno vem sendo cada vez mais perceptível e indissociável (2015). Para ele, a questão se aprofunda mais no final do Século XX e começo do Século XXI, no qual o indivíduo que tiver acesso à Internet, ainda que isolado do convívio em sociedade, nela estará inserido pelo fato de se tratar de uma sociedade informatizada (ALMEIDA FILHO, 2015).

Uma vez que a sociedade passou por uma profunda progressão de valores, o direito não poderia ficar engessado de modo a não progredir junto. José Carlos de Araújo Almeida Filho traz à tona a máxima latina *ubi societas, ibi jus* para demonstrar que o direito também há de acompanhar esse avanço, tomando para si a responsabilidade em regular os institutos que se utilizem de tecnologias da informação, bem como se valendo de seus instrumentos para racionalizar o sistema normativo (ALMEIDA FILHO, 2015, p. 16).

Nesse sentido, várias leis foram editadas com o intuito de se utilizar o meio eletrônico para realizar determinados atos processuais, culminando na Lei do e-Processo, que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para injetar e reforçar tais valores no Poder Judiciário quando da informatização do processo jurisdicional (ABRÃO, 2015).

Desse modo, a informatização do processo jurisdicional trouxe uma nova operacionalização do processo jurisdicional, ao que diverge do processo jurisdicio-

nal físico basicamente na forma em que se concretiza, já que foi concebido para ser realizado plenamente em ambiente eletrônico, desde o envio da peça inicial até a fase de cumprimento de sentença, conforme se depreende dos artigos 1º, *caput* e § 1º, e 2º, primeira parte do *caput*, da Lei do e-Processo.

Assim, por ocasião da Lei do e-Processo, consolidou-se o instituto o processo jurisdicional eletrônico para todo o Poder Judiciário, mas que já contava com a experiência de sucesso nos Juizados Especiais Federais do Tribunal Regional Federal da Quarta Região (JEFs/TRF4) desde 2003, como bem narra Alexandre Atheniense (2010). Assim, tribunais Brasil afora começaram a desenvolver seus sistemas de tramitação eletrônica nos ditames da Lei do e-Processo.

Em suma, é o mesmo processo jurisdicional regulado pelo ordenamento processual, contudo, seus procedimentos são operados em meio eletrônico hábil a garantir-lhes a eficácia, e tal modo que o e-processo se revela como expoente da modernização do Poder Judiciário por trazer para dentro do processo jurisdicional a lógica da Sociedade da Informação em que se vive no Século XXI. Igualmente é possível considerar que democratiza a atuação do Poder Judiciário, pois o processo jurisdicional tem o seu acesso disponível *online* na rede mundial de computadores, o meio ambiente virtual para todos, conforme lição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012).

2 ATOS e-PROCESSUAIS

Cumpre destacar aqui a irônica forma como Antônio Paraguassú Lopes retrata a tramitação física em sua hilariante obra literária “Justiça, Carimbos & Bola-chas”, narrando suas desventuras enquanto causídico com a lentidão dos processos judiciais físicos, com tantos carimbos permeando as folhas dos autos e como se traduzia em uma formalidade exagerada que atravancava ainda mais o regular andamento do processo (2005).

Denota-se um contraponto, contudo, entre a forma como o autor narra a tramitação física com suas formalidades desnecessárias e a pretensão que a forma eletrônica de tramitação tem de querer desformalizar ao máximo possível o processo jurisdicional porquanto o meio virtual possa dar maior flexibilidade na feitura de determinados atos processuais dentre outros aspectos que serão debatidos ao longo deste artigo.

Frise-se, desse modo, como tanto a antiga quanto a nova lei geral processual civil ainda está arraigada com a ideia de tramitação física dos proces-

sos judiciais, sendo, portanto, inconcebível que um novo CPC, com o intuito de modernizar o processo jurisdicional brasileiro, traga disposições que fatalmente serão letras mortas.

Todavia, cumpre ressaltar que o CPC também traz disposições sobre a realização de atos processuais em meio eletrônico nos artigos 193 a 199 (BRASIL, 2015), dispondo sobre a possibilidade de tramitação eletrônica e dos requisitos que os atos virtuais deverão ter para que se existam, validem-se e sejam eficazes.

De todo modo, a partir dessa realidade atrasada de tramitação, aos poucos o meio eletrônico passou a ser utilizado para a feitura de determinados atos processuais, mas que ainda assim terminava com algum papel entranhado aos autos representando o ato eletrônico, como a penhora *online* e o uso do fac-símile.

Peter Gilles ensina que se vive na era da informação, tendo em vista a larga utilização da rede mundial de computadores e de teletecnologias que foram aos poucos conquistando primeiramente o setor privado e hoje vêm sendo introduzidos no setor público, em especial no Poder Judiciário, em todo o mundo (2008). Ora, no Brasil não seria diferente.

Desse modo, a realidade vem mudando gradativa e drasticamente, com a edição da Lei do e-Processo (BRASIL, 2006) a informatizar o processo jurisdicional e trazer a figura do processo jurisdicional eletrônico, também chamado de e-processo, que tramita nos seus sistemas de tramitação eletrônica, já adotados por vários tribunais Brasil afora, seja total ou parcialmente. Os dispositivos da Lei do e-Processo regulam, sobretudo, o *modus operandi* da concretização dos procedimentos e atos a compor o processo eletrônico (2012).

Aplica-se, para tanto, o *princípio da equivalência instrumental ao papel*, preceito desenvolvido por Augusto Tavares Rosa Marcacini (2013). Em outras palavras, toda vez que não for possível realizar um ato pelo meio eletrônico, este será feito por papel e digitalizado após ser diligenciado para que seja possível integrá-lo ao processo em meio eletrônico.

Nesse sentido, para Henrique Guelber Mendonça não há porque se falar em novos institutos processuais a serem acrescentados como condições da ação ou pressupostos processuais de existência ou validade, apenas a conformação e adaptação dos já existentes ao meio eletrônico (2012, p. 122), já que sempre haverá uma equivalência de modo que, quando necessário, recorrer-se-á ao papel, como, por exemplo, a citação ou intimação daqueles que não têm cadastro no sistema eletrônico pela via postal ou outra estipulada em lei.

Outrossim, a comunicação dos atos processuais também é possível pelo meio eletrônico de tal sorte que as partes, seja pessoalmente ou por seus patronos, mediante prévio cadastro, poderão receber em seus endereços eletrônicos notificações de cada andamento processual, bem como das citações e intimações. Ademais, caso exista um Diário da Justiça eletrônico naquele tribunal, preconizado pela Lei do e-Processo, este será alimentado com as publicações dos atos nos processos eletrônicos de modo a dar-lhes a devida publicidade que a lei exige, como é possível perceber nos artigos 4º a 7º da referida lei.

Não obstante, a citada lei também prevê a encriptação dos dados para que haja segurança na transmissão e certificação de que aquele ato praticado corresponde ao seu autor, bem como que apenas os envolvidos nos processos em segredo de justiça tenham acesso. Para tanto, é prevista a atuação de Autoridade Certificadora credenciada, ou criação sistema de cadastramento próprio de cada Tribunal, de modo a garantir a pretendida segurança (KRUEL, 2009).

Para Fernando Daniel de Moura Fonseca e Leonardo de Abreu Birchall, a assinatura digital é o mais seguro por usar da criptografia assimétrica, método de encriptação e decriptação de mensagem que garante sua autenticidade, além da possibilidade de se gerar uma certificação digital, a qual será prestada por uma Autoridade Certificadora a integrar uma Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP (2008, p. 131).

Pelo exposto, mostra-se plenamente cabível a utilização do meio eletrônico para o trâmite de um processo jurisdicional, pois os pressupostos processuais de validade e existência continuam a ser preenchidos em face das tecnologias disponíveis, como a encriptação dos dados, a equivalência instrumental ao papel e a comunicação dos atos de maneira escoreta. Destarte, o que se vislumbra é que os atos virtuais mantêm a identidade com os atos físicos, porquanto conservem a validade e a existência que haveriam de ter (ALMEIDA FILHO, 2015). Na mesma linha de pensamento, Renato de Magalhães Dantas Neto diz que:

[...] o processo eletrônico é a alteração dos autos em papel para os autos virtuais, compostos do encadeamento de documentos eletrônicos, que seguem a mesma sequência de atos convencionais, modificando assim apenas sua aparência ou seja, nos e-autos não ocorre a modificação da ritualística processual, apenas o aspecto ou aquilo que se mostra à primeira vista, isto é, sua aparência, seu *layout* [...]. (2011, p. 195) [grifos do autor].

Verifica-se, portanto, uma imaterialidade dos autos, cuja intangibilidade não favorece aos acontecimentos eventuais do processo físico, já que este pode ter os autos tocados, manuseados, folheados, rabiscados, dobrados, amassados, rasgados, arrancados, queimados, arremessados, pisados, manchados, além de poderem ser esquecidos em algum arquivo, sendo este último a pior coisa a se acontecer com um processo jurisdicional.

3 PRINCÍPIOS e-PROCESSUAIS

Como bem ensina Humberto Ávila, a norma nasce da interpretação do texto, mas não advém exclusivamente deste (2015). Disso se depreende que a análise dos institutos do direito há sempre de revelar normas ainda que não oriundas de texto, e que podem ser flexíveis e orientadoras quando da aplicação desses institutos, ao que são essas as características dos princípios, pois “[...] instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas.” (ÁVILA, 2015, p. 161). Sendo assim, cumpre traçar breves considerações sobre os princípios que norteiam a virtualização do processo jurisdicional.

O *princípio da instantaneidade*, segundo José Eduardo de Resende Chaves Júnior, advém de o e-processo tratar-se de um processo em rede, pois “[...] a instantaneidade é mais viva e interativa que o surrado e ineficiente princípio da celeridade do processo de papel.” (2010, p. 35), logo torna mais célere o desenvolvimento de um processo jurisdicional, já que há a disposição dos autos e seu trâmite a qualquer tempo.

Guarda identidade com o direito fundamental à celeridade processual, esculpido na parte final do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Assim, cumpre ressaltar que celeridade não se confunde com a duração razoável, consoante as lições de Marco Félix Jobim, posto que a celeridade tenha por escopo tornar os procedimentos mais rápidos, ao passo que a duração razoável se concentre no tempo percorrido para a decisão de mérito ou ainda a sua efetivação (2012).

Desse modo, observa-se que a difusão do processo jurisdicional eletrônico ocorre pela necessidade de um meio a garantir maior agilidade na tramitação dos processos de modo a assegurar maior celeridade, como bem aponta José Eduardo de Resende Chaves Júnior, de modo a tornar capaz o alcance do direito fundamental à celeridade processual (2010).

O *princípio da imaterialidade*, nas palavras de José Eduardo de Resende Chaves Júnior, “[...] enfatiza a corrente instrumentalista do processo, ao desmaterializar os formalismos a bem de uma adequação social dos direitos materiais.” (2010, p. 26), portanto, traz imensa economia processual pela instrumentalidade das formas.

Compreendendo-se a instrumentalidade das formas e a economia processual como modelos para aproveitamento dos atos processuais, desprendendo-se da forma quando se alcança o fim sem prejuízo às partes, conforme os ensinamentos de Humberto Dalla Bernadina de Pinho (2012). A imaterialidade que a virtualização traz para o processo se coaduna com a economia processual e a instrumentalidade das formas enquanto princípios tais que racionalizam e otimizam o trâmite processual de modo que sejam gastos menos recursos para o desenvolvimento regular de um processo jurisdicional.

Neste princípio e-processual, conforme José Eduardo de Resende Chaves Júnior, encontram-se a informalidade e a oralidade dos atos, tendentes a tornar o processo jurisdicional mais econômico (2010), conquanto estejam em conformidade com a instrumentalidade das formas, prevista no artigo 188 do CPC.

Desta feita, o processo eletrônico é substancialmente mais econômico e mais instantâneo que o processo físico, pela racionalização e otimização que houve do trâmite processual. O simples fato de o processo estar disponível para consulta, vista e feitura de atos pendentes a qualquer tempo e em qualquer lugar, precisando-se apenas de um aparato que permita tanto a conexão suficientemente rápida com a rede mundial de computadores, economiza, por exemplo, o tempo das partes, o espaço nos arquivos dos tribunais e os recursos gastos em seu trâmite, tornando eficiente a prestação jurisdicional.

Para José Eduardo de Resende Chaves Júnior, o *princípio da interação* deve ser havido como evolução natural do princípio do contraditório, uma vez que este pode se mostrar como um desserviço ao processo em razão da procrastinação processual e da desvirtuação dos fatos que carrega (2010). Assim, em sede de processo eletrônico, o contraditório a que as partes se submetem tem contornos de interação entre si e entre eles e o juízo.

Na outra ponta, o *princípio da conexão* aborda precipuamente que o processo eletrônico se encontra na rede e, assim, conectado aos agentes processuais e estes entre si em razão da rede que o e-processo forma.³ No segundo plano desse

³ Importante notar que há igual movimento em direção à desconexão no processo eletrônico, levando-se em consideração os impactos psicossociais nos agentes do processo em razão da constante conexão ao e-processo a que se submetem pelo fato de se encontrar na rede (MARQUES; GILLET, 2017).

princípio, pelo fato de essa rede ser virtual, conecta o processo ao mundo virtual como um todo. O que está na rede e no mundo virtual, está no processo eletrônico (CHAVES JÚNIOR, 2010).

Tem-se, portanto, que o contraditório, enquanto direito fundamental processual, insculpido no artigo 5º, inciso LV, da CRFB, torna-se exacerbado com a conexão e a interação promovidas pela virtualização do processo. Em tempo real, as partes argumentam e contra argumentam com suas alegações e provas dentro de um fluxo de procedimentos que se caracteriza pelo e-processo. Nesse sentido, cabe a lição de José Eduardo de Resende Chaves Júnior, *in verbis*:

Esse contraditório hipertextual, hiper-real, intermediático, imediato, imediado e participativo acaba se tornando muito mais *interação* do que mera *contradição*. A interação significa uma mudança de escala, uma transformação qualitativa em relação à mera contradição linear e segmentada. Interagir é contradizer e participar em tempo real, com sinergia e maior grau de autenticidade.

A contradição se contenta com a participação paritária, e se reduz a um mero procedimentalismo, sem qualquer compromisso material com a realidade ou com a verdade, é pura forma. O princípio da interação é, assim, um *plus* em relação ao contraditório tradicional, pois incorpora também um aspecto substancial, de compromisso com a verdade e com a realidade virtual (2010, p. 34).

Tendo a contradição *status* de garantia constitucional processual a tornar o processo um espaço democrático pelo fato de as partes poderem influenciar na convicção do juiz por meio de suas alegações e provas (PORTO; USTÁRROZ, 2009), a virtualização do processo otimiza essa concepção por oportunizar o espaço cibernético para o exercício do contraditório e da colaboração (FINCATO; CARVALHO, 2015).

O *princípio da intermedialidade* trata que o processo eletrônico é capaz de ofertar a comunicação dos atos e a produção de provas em vários formatos de mídia, sem a necessidade de, em sendo áudio ou vídeo (como .mp3 e .mp4, respectivamente) a forma como a comunicação ou a prova se apresenta, haver degravação e consequente redução a termo. Por estar em bytes, o processo virtual torna o conhecimento do conteúdo da comunicação ou da prova intermídia instantâneo, bastando haver *codecs* para a leitura no navegador.

Assim, conforme ensinamento de José Eduardo de Resende Chaves Júnior, o processo eletrônico deve se utilizar das possibilidades que as tecnologias da informa-

ção permitem senão o uso de textos escritos, imagens, sons e vídeos de tal modo que potencializaria o processo como instrumento de efetivação dos direitos materiais por aumentar a possibilidade de se aferir uma verdade processual mais próxima da verdade real, além de contribuir para a desformalização do processo (2010).

Na outra ponta, o *princípio da hiper-realidade* preceitua que a realidade a ser trazida para os autos virtuais transcende o que se documenta em papel, uma vez que é demonstrada através de imagens, sons e vídeos, além de textos. Os fatos, então, são hiper-realizados, pois são apresentados como realmente ocorreram no mundo material ao mundo virtual em que o processo eletrônico se desenvolve.⁴ José Eduardo de Resende Chaves Júnior vislumbra esse fenômeno da seguinte maneira:

O “hiper-real” não é a representação do real, senão sua *apresentação*, traduzida em linguagem binária, em *bits*; melhor seria pensar em termos de *transapresentação* do real, em simulação do real, porquanto o processo em si já é uma performance, uma encenação. Os autos já são a representação dessa performance, ou seja, uma representação de uma representação, a *precessão do simulacro* (2010, p. 33).

O direito fundamental à prova, que se extrai por eliminação da proibição constitucional à prova ilícita, insculpida no artigo 5º, inciso LVI, da CRFB, é plenamente alcançado dentro do processo eletrônico à medida em que os fatos que a prova pretende representar são mais apresentados que representados, possibilitando ao juiz que tome conhecimento de maior autenticidade da ocorrência dos fatos sobre os quais as alegações das partes se fundam (GILLET; FINCATO, 2015).

Por fim, o *princípio da desterritorialização* aponta que o processo eletrônico, por estar desmaterializado, também está desterritorializado em razão de seu alcance em qualquer lugar onde se possa ter acesso ao sistema. Eis o que ensina José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

O princípio da desterritorialização em sede de processo eletrônico significa, pois, bem mais do que a mera transposição física de territórios e circunscrições jurisdicionais e até jurisdições, significa a fluência da efetividade de direitos, que não pode mais ser contida

⁴ Um exemplo é explorado a partir da experiência na utilização de gravações de áudio e vídeo na Justiça do Trabalho, a partir do qual o juiz trabalhista passa a ter melhor compreensão do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos que está a ser alegado no e-processo, pelo que a virtualização do processo permite potencializar este tipo de documento a ser utilizado como prova enquanto argumento (FINCATO; SANTOS, 2015).

simplesmente pelas limitações materiais do espaço físico. A *longa manus* do juiz, desmaterializada, torna-se mais extensa, conectada (2010, p. 37).

O processo, enquanto instrumento da jurisdição, e este o exercício do Poder Judiciário, tem em sua virtualização a oportunidade de fazer valer a proposição de a jurisdição ser una e ubíqua, desfazendo os limites que a distribuição de competência faz impor com o processo físico e, quiçá, fomentando a cooperação jurídica nacional nos termos propostos pelo CPC de 2015, em seus artigos 67 a 69.

José Eduardo de Resende Chaves Júnior apresenta, então, princípios idealizadores, cujas observâncias levam em conta toda as possibilidades no uso do meio eletrônico voltado para a prestação jurisdicional, além de mostrar a precariedade de possibilidades do papel, corroborando a ideia de que o processo eletrônico se aproxima de um processo jurisdicional ideal (2010).

Os princípios específicos do processo eletrônico por ora elencados decerto demonstram a racionalização e otimização da prestação jurisdicional do Estado. É possível perceber, de maneira clara e inequívoca, que a utilização do meio eletrônico para que o processo tome forma no mundo acaba por se tornar mais eficiente que o meio tangível do papel pelo tanto de informação que possa abarcar, bem como pela celeridade, economia e acessibilidade que comporta desde que tais valores sejam assegurados em sua plenitude.

4 DIREITO À CONEXÃO E ACESSO À e-JUSTIÇA

Conforme anteriormente discutido, a intensa utilização de TICs pelo Poder Público já é realidade, notadamente no âmbito do Poder Judiciário, importando para a delimitação da presente pesquisa o estudo das premissas necessárias para que a modernização do Poder Judiciário por meio das TICs seja efetiva para o seu próprio exercício jurisdicional.

Neste sentido, a esfera virtual do Poder Judiciário, que tem como principal característica a virtualização do processo jurisdicional, precisa estar acessível a todos os jurisdicionados, reclamando a que todos tenham acesso à rede mundial de computadores. Esta necessidade de acesso à Internet para que se possa ser assistido pelo Poder Judiciário faz despontar o nascimento de um direito à conexão. Os contornos deste direito serão trabalhados neste tópico com vistas a garantir, portanto, o acesso à e-Justiça, entendendo-se este como a Justiça eletrônica, ou seja, a Justiça que se utiliza do meio virtual para a prestação da tutela jurisdicional.

Destarte, incumbe primeiramente delinear como o acesso à justiça configura-se como norma jurídica. Alçado a direito fundamental pela CRFB em seu artigo 5º, inciso XXXV, o acesso à justiça garante que eventual lesão ou ameaça a direito não tenha sua apreciação afastada da tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, tanto que, por vezes, recebe o nome de princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, evidenciando que a tutela jurisdicional deva ser prestada a qualquer um que se socorra do Poder Judiciário para ter lesão ou ameaça a seu direito reparada ou inibida.

O acesso à justiça possui dois aspectos: (a) acesso à tutela jurisdicional propiciada pelo Poder Judiciário, em que o termo “Justiça” passa a ser escrito com a inicial maiúscula como sinônimo daquele; e (b) acesso à justiça enquanto acesso a uma tutela efetiva de seu direito lesionado ou sob ameaça. Ambos os aspectos serão tratados neste tópico.

O primeiro aspecto diz respeito a todo um arcabouço de ações do Poder Público com vistas a garantir o acesso ao Poder Judiciário, tais como a existência de Defensorias Públicas para o patrocínio daqueles em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade econômica por meio da assistência judiciária gratuita; a gratuidade de justiça, com o benefício do não pagamento de custas processuais; o *jus postulandi* amplo a qualquer cidadão que queira ingressar em Juizados Especiais Cíveis, Criminais, Federais e da Fazenda e na Justiça do Trabalho com suas demandas etc.

O que se afere deste primeiro aspecto é que garantir o acesso à Justiça a qualquer cidadão, sem obrigar-lhe que arque com os custos da defesa técnica e do próprio processo sob pena de lhe causar prejuízo ao próprio sustento, é que a justiça é para todos, sem distinções de classes e poder aquisitivo. Mauro Cappelletti e Bryan Garth colocam tais ações do Poder Público no sentido de garantir este acesso à Justiça para todos como a primeira onda de acesso à justiça.⁵

No segundo aspecto, trata-se de ter acesso à tutela efetiva de seu direito. Neste sentido, o acesso à justiça obtém característica objetiva, ao contrário do caráter subjetivo do primeiro aspecto. Isto significa ofertar acesso ao instrumento devido para a almejada tutela efetiva, o que pode ocorrer tanto por meio do processo quanto por políticas públicas, por exemplo (CAMEJO FILHO, 2004).

No entanto, cuida-se este tópico de delimitar-se o acesso à justiça por meio do processo devido, pelo qual, ao ser perpetrado à luz dos direitos fundamentais

⁵ As segunda e terceira onda, para os juristas, seriam, respectivamente, a tutela de interesses difusos e a efetiva representação em juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

processuais, conforme anteriormente discutido, pode ser capaz de retornar tutelas efetivas àqueles que delas necessitam para o gozo de seus direitos. Nesta senda, esclarece Gustavo Medeiros Melo que o acesso à justiça reveste-se do direito fundamental de acesso adequado à justiça, a saber:

[...] significa a garantia de uma tutela *legítima ao seu comando (adequada à ordem jurídica), tempestiva quanto ao seu momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos* (2006, p. 691). [grifos do autor]

A lição do jurista, portanto, reverbera a necessidade de que não apenas se dê o acesso ao Poder Judiciário, mas que se dê condições para que a tutela pretendida surta efeitos práticos. Com estas premissas, a informatização do processo jurisdicional, enquanto realizada com o intuito de promover procedimentos eletrônicos idôneos, mas substanciados pela lógica informacional, pode servir ao intuito almejado com a garantia constitucional de acesso à justiça, mas somente se todos possuírem conexão à rede mundial de computadores.

O acesso a esta justiça virtualizada, ou e-Justiça,⁶ só poderá ocorrer caso todos tenham conexão, seja em casa ou no telefone celular, para que possam acompanhar e participar online dos atos e-processuais efetuados no chamado processo virtual. Para isto, desponta o direito à conexão como pressuposto para o acesso à e-Justiça.

O direito à conexão, ou direito à Internet,⁷ compreende-se como o direito de gozar de acesso às todas as conexões propiciadas pelas TICs, seja pela rede mundial de computadores, serviço de telefonia, transmissão via rádio etc. A compreensão da conexão como direito intrinca-se com a própria noção de Sociedade em Rede já trabalhada, na qual se torna necessário que o cidadão que se encontra numa sociedade com estas características precisa ter a conexão assegurada para dela poder participar democraticamente.

⁶ Termo cunhado com o intuito de destacar a prestação jurisdicional em ambiente virtual realizada pelo Poder Judiciário, bem como a sua esfera virtual composta pelos sítios eletrônicos dos seus órgãos e respectivos perfis em redes sociais.

⁷ Convém destacar que a Internet, escrita com “I” maiúsculo, é apenas um tipo de rede mundial de computadores, ainda que seja a única utilizada, pelo que a expressão “direito à Internet” não abarca todas as compreensões que o termo “direito à conexão” pode carregar, pelo que compreende outros tipos de conexões, como a telefônica e por outras mídias e meios de comunicação.

Sob este aspecto jurídico, Ivar Alberto Martins Hartmann discute a fundamentalidade do direito à conexão levando em conta o catálogo aberto de direitos fundamentais outorgado pela CRFB (2010). Na mesma linha de pensamento, Shaiala Ribeiro de Castro Araujo Marques, o direito à conexão se reveste de fundamentalidade pela sua natureza social, pois é por meio dele que se pode ativamente participar da Sociedade em Rede, revelando-se igualmente como garantia para a efetiva participação democrática e consequente exercício da cidadania no âmbito duma sociedade cada vez mais reticular-eletrônica (2015).

Desse modo, para que o jurisdicionado possa ter acesso à e-Justiça e à sua demanda judicial em meio eletrônico, é necessário que antes tenha seu direito à conexão reconhecido e garantido, obtendo do Estado o mínimo possível em termos de infraestrutura para que possa efetuar este acesso, o que significa oferecer conexão estável e rápida para todos os cidadãos, além de postos de acesso com aparato necessário, como já ocorre, por exemplo, no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no qual há espaços com computadores e auxílio de serventuários da justiça para proporcionar ao próprio jurisdicionado o acesso aos processos eletrônicos em trâmite naquele tribunal (FINCATO; FREITAS, 2012; FINCATO, 2015).

5 FUNDAMENTOS NÃO PROCESSUAIS: EFICIÊNCIA E SUSTENTABILIDADE

Os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo têm suas funções precípuas bem definidas, a saber: o primeiro produz as leis; o segundo exerce a jurisdição; e o terceiro administra a coisa pública. Não obstante, os Poderes ainda podem exercer atividades que seriam típicas das outras, tais como o julgamento por parlamentares, a organização funcional interna pelo próprio tribunal e a edição de medidas provisórias, como exemplos.

Com essa premissa, o Poder Judiciário tem por principal função exercer a jurisdição, ou seja, compor lides, promover a persecução penal, regular em sede de jurisdição voluntária e julgar nos processos objetivos; e por função conexa, de proceder a isso tudo do modo mais eficiente possível. Por isso tem autonomia suficiente para formar seus regimentos internos, compor seus quadros funcionais, definir sua infraestrutura etc., todas ações visando a que possa prestar a tutela jurisdicional do modo mais eficiente possível, conforme as alíneas do inciso I do artigo 96 da CRFB.

Todavia, tal construção para a atuação do Poder Judiciário vai além apenas de sua parte “administrativa” como elencado acima. Em atendimento ao final do

artigo 37 da CRFB, em que está estampado o princípio da eficiência desde a Emenda Constitucional n. 19/1998, as tutelas jurisdicionais em si devem ser obtidas de modo eficiente. Trata-se de gerenciar os próprios processos judiciais com a eficiência necessária que as partes têm direito.

É possível chegar a tal entendimento se se considerar que as partes do processo⁸ têm direito fundamental à boa administração pública, conforme preceitua Juarez Freitas (2014). Mas exercer a jurisdição também é administrar a coisa pública ou são funções tão distintas que seja equivocado o entendimento acima narrado?

Para Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública, com letras iniciais maiúsculas, deve ser entendida como o Estado. O Poder Judiciário compõe o Estado, logo faz parte da Administração Pública e seu exercício de jurisdição é uma das formas de administração pública, com as letras todas minúsculas (2008).

Mas julgar também seria administrar? Na jurisdição voluntária parece que isso encontra vazão senão porque se trata de o Poder Judiciário regulando direitos que não estão em conflito, ou seja, apenas fazendo as vezes da Administração Pública quando da regulação pública de interesses privados (TESHEINER; THAMAY, 2015).

Por outro lado, ao considerar-se que o Estado tomou para si o dever de compor as lides, de modo indireto o que o Poder Judiciário faz, ao julgar as causas que lhe são submetidas, nada mais é que administrar os interesses privados em conflito entre si ou com os interesses públicos, decidindo quem tem “razão” com autoridade, que é a marca própria da coisa julgada.

Contudo, cumpre ressaltar que o conceito de administrar, até agora, tem sido empregado de modo amplo. O exercício da jurisdição é algo bastante específico por se tratar de julgamento, mas também se traduz como exercício de poder e de soberania pelo Estado, daí sua natureza administrativa de forma ampla, pois inevitavelmente o Estado regula seu povo pelas leis, julgados e atos de administração pública, ainda que, numa democracia, o poder emane do povo.

Com essas considerações, reputa-se demonstrado que o Poder Judiciário também deve agir com eficiência para com as partes porque se trata de um direito que lhes assiste decorrente do direito fundamental à boa administração pública. Obter uma tutela jurisdicional não decorre apenas do inciso XXXV do artigo 5º da CRFB, mas também de seu aludido artigo 37.

⁸ Apesar de na jurisdição voluntária e dos processos objetivos não haver partes, considera-se a nomenclatura de forma ampla para atender aos interessados na primeira e aos legitimados na segunda.

O processo jurisdicional eletrônico, pelo que se demonstrou nos itens anteriores, pode tornar eficiente a prestação jurisdicional em vários aspectos: celeridade, economia, produção probatória, contraditório, etc., além de até mesmo viabilizar a efetividade do direito material. A virtualização do processo, portanto, torna-se dever do Poder Judiciário, que deverá observar a informatização e a principiologia e-processual com vistas à maior eficiência da tutela jurisdicional.

Na outra ponta, ponderando-se que a informatização do processo jurisdicional eletrônico seja irreversível e que o Poder Judiciário deva proceder com eficiência inclusive em sua função precípua, cabe agora discorrer sobre como a tramitação eletrônica de processos atende não apenas ao que impõe a lei, mas a uma boa administração pública com reflexo no princípio da sustentabilidade a ser observada pelo Estado na condução de seus afazeres.

Segundo Juarez Freitas, o princípio da sustentabilidade apresenta-se como pluridimensional, como bem é possível compreender a partir do conceito que propõe, *in verbis*:

[...] é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (2016, p. 52).

Nesse sentido, o princípio da sustentabilidade encontra assento constitucional, demonstrando sua fundamentalidade: tem-se o direito fundamental à sustentabilidade inscrito nos artigos 3º, 170, inciso VI, e 225 da CRFB, dentre outros. Em que pese isso, o Estado deve agir tendo em vista a observância desse princípio nas dimensões em que ele se apresenta, quais sejam, dimensões social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política, conforme elenca Juarez Freitas (2016).

A partir disso, torna-se possível vislumbrar se a informatização do processo jurisdicional também atende ao referido princípio. Primeiramente temos a normatização com a Lei do e-Processo, ao que o Poder Legislativo fez a sua parte ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro esta modalidade de tramitação processual. Por sua vez, ao Poder Judiciário incumbe atender ao que determina a lei e, assim, informatizar o processo jurisdicional, o que já vinha sendo feito antes mesmo da edição da lei. Ocorre que, com uma lei federal, o Poder Judiciário vem implementando a nível nacional, seja em seus tribunais locais, regionais e superiores.

A tramitação eletrônica requer eletricidade, *hardwares* e *softwares* atualizados, instalação segura e acesso à rede mundial de computadores. Montar essa infraestrutura implica em gastos exorbitantes pelos tribunais, mas que se impõe ao, pelo menos em tese, deixar-se de usar papel e tinta para a tramitação física, desde que se aplique o princípio da equivalência instrumental ao papel. Os autos virtuais, portanto, devem fazer as vezes dos autos em papel sempre que possível.

Em seu desenvolvimento, cumpre aos sistemas de processo jurisdicional eletrônico respeitarem os princípios do e-processo aprimorados por José Eduardo de Resende Chaves Júnior (2010). Como tais princípios são uma mescla bem elaborada dos principais princípios processuais com a teoria da informação, o fato de serem observados significa tirar o máximo proveito da tramitação virtual, ou seja, torná-la eficiente quando a conexão, a instantaneidade, a imaterialidade, a interação, a hiper-realidade, a intermedialidade e a desterritorialização (todos os referidos princípios do e-processo) são verificados no bojo dos sistemas.

Não obstante, a desformalização e a economia processual que a tramitação eletrônica introduz para a lógica processual tem por escopo tornar o processo mais célere, garantia processual insculpida na parte final do inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB, que, por sua vez, pode contribuir para a duração razoável do processo, direito fundamental também esculpido no referido inciso.

Pelo que se demonstra, o processo jurisdicional eletrônico guarda conexão com o princípio constitucional da sustentabilidade por atender a várias de suas dimensões. Deixar de usar papel e tinta atende à dimensão ambiental. Ter uma tramitação mais eficiente é decorrência da atenção à dimensão econômica, porque os custos iniciais de infraestrutura necessária para a implementação dos sistemas são justificados pela maior eficiência que se pretende obter; e à dimensão jurídico-política, especificamente no que concerne a "(g) o direito ao processo jurisdicional e administrativo com desfecho tempestivo [...]" (FREITAS, 2016, p. 72), alinhando-se com o escopo acima narrado.

Quando o Poder Judiciário opta por modernizar a sua própria atuação, qual seja, a de virtualizar a tramitação dos processos judiciais, e o consegue fazer satisfazendo o direito fundamental à boa administração pública por meio da eficiência de sua prestação jurisdicional e, principalmente, à sustentabilidade, também o faz resguardando o bem-estar das partes porque um processo jurisdicional é capaz de trazer angústias tanto para o autor quanto para o réu. Aquele porque quer logo seu direito que considera justo, este porque não quer ser condenado injustamente.

Tornar o processo jurisdicional eficiente e sustentável por meio da tramitação eletrônica, direta ou indiretamente, contribui para que as partes obtenham decisões mais justas para si e para a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar as nuances do processo jurisdicional eletrônico se revela de extrema importância a partir do momento em que se torna irreversível a sua implementação. Assim, descobrir tais nuances é dever da academia, notadamente quando detêm vínculo com direitos de ordem constitucional.

O modo de operacionalização virtual do processo, portanto, deve ser analisado com vistas não apenas à mera transposição de meio, mas de revolução da forma de se perceber o processo jurisdicional como não apenas um fluxo de solenidades, mas como um espaço democrático e potencializado pela ágora contemporânea: o espaço cibernético.

Foi possível, com o presente trabalho, traçar linhas gerais sobre como tem ocorrido a virtualização do processo: transposição do meio físico para o virtual, feitura de atos no ciberespaço e idealização da informatização do processo jurisdicional. Essa idealização, como bem caracteriza-se o direito, parte dos princípios do processo eletrônico, cujas análises ocorreram de modo a apresentar como um processo jurisdicional que, ao ser virtualizado, possa ser otimizado e potencializado de modo a retornar um processo justo.

Destarte, a partir do exposto no presente trabalho, pode-se considerar que o processo jurisdicional eletrônico guarda profunda conexão com os princípios fundamentais da eficiência da administração pública e da sustentabilidade porque satisfaz sua pluridimensionalidade, além de ser expoente do direito fundamental à boa administração pública quando de sua implantação pelo Poder Judiciário com o intuito de tornar a tutela jurisdicional mais eficiente.

O ser humano não deve arcar com os efeitos prejudiciais que a intempestividade e a ineficiência de uma tramitação física e um processo jurisdicional provavelmente possa trazer. Nesse sentido, garantir que o processo jurisdicional eletrônico seja bem implementado porque leva em consideração os próprios princípios e os supracitados princípios fundamentais não-processuais é dever do Poder Judiciário, que por sua vez deve observar o direito fundamental ao processo justo que as partes detêm, ao que tudo se justifica pela garantia do bem-estar daqueles envolvidos em processos judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo eletrônico*: processo digital, de acordo com o novo CPC. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo jurisdicional eletrônico e teoria geral do processo jurisdicional eletrônico*: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CAMEJO FILHO, Walter. Garantia do acesso à justiça. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-46.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010. p. 15-38.
- DANTAS NETO, Renato de Magalhães. Autos virtuais: o novo layout do processo jurisdicional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 171-203, jan. 2011.
- FINCATO, Denise. O processo judicial eletrônico na justiça do trabalho brasileira e o ius postulandi: reflexões e propostas. In: BIER, Clerilei Aparecida; PLAZA, José Luiz Tortuero (Org.). *I Encontro de Internacionalização do CONPEDI*. Barcelona: Laborum, 2015, v. 11.
- FINCATO, Denise; CARVALHO, George Jales. A aplicação do princípio da cooperação no âmbito do processo judicial eletrônico. *Revista Jurídica do Cesuca*, Cachoeirinha, RS, v. 3, n. 5, p. 130-152, jul. 2015.
- FINCATO, Denise Pires; FREITAS, Raquel Hochmann. *Ius postulandi*, assistência judiciária e processo eletrônico: reflexões sobre o processo do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 29, n. 347, p. 7-18, nov. 2012.
- FINCATO, Denise Pires; SANTOS, Luciana Pessoa Nunes. Vídeo como prova e processo eletrônico na Justiça do Trabalho: tecnologias em conflito. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 32, p. 7-27, 2015.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FONSECA, Fernando Daniel de Moura; BIRCHAL, Leonardo de Abreu. Algumas considerações sobre os atos processuais em meio eletrônico: da Lei 9.800/99 à Lei 11.419/2006. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 166, p. 125-153, jan., 2008. p. 131.

- FREITAS, Juares. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. refund. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GILLES, Peter. Electronic civil procedure (some remarks to general aspects in concern of civil court proceedings, teletechnology and e-procedural law). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 158, p. 185-200, abr. 2008.
- GILLET, Sérgio Augusto da Costa; FINCATO, Denise Pires. Do papel à tela: conexões entre o direito à produção probatória e a aplicação dos princípios da intermedialidade e da hiper-realidade no processo judicial eletrônico. In: FINCATO, Denise Pires (Org.). *Novas tecnologias, processo e relações de trabalho*. Porto Alegre: Sapiens, 2015, p. 647-659.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *e-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KRUEL, Eduardo. *Processo jurisdicional eletrônico e certificação digital na advocacia*. Brasília: OAB, 2009.
- LOPES, Antônio Paraguassú. *Justiça, carimbos e bolachas*. São Paulo: Altana, 2005.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Processo e tecnologia: garantias processuais, efetividade e informatização processual*. São Paulo: edição do autor, 2013.
- MARQUES, Shaiala Ribeiro de Castro Araujo. Acesso à Internet como meio essencial para o exercício da cidadania: análise à luz do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). In: FINCATO, Denise Pires (Org.). *Novas tecnologias, processo e relações de trabalho*. Porto Alegre: Sapiens, 2015, p. 581-686.
- MARQUES, Shaiala Ribeiro de Castro Araújo; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. e-Processo e desconexão. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho II**. Curitiba: CRV, 2017, p. 45-58.
- MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 691.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: 2008.
- MENDONÇA, Henrique Guelber. A informatização do processo jurisdicional sem traumas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 166, p. 118-135, dez., 2008. p. 122.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SOARES, Marcus Vinícius Brandão. Art. 1º. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010. p. 64-68.
- TESHEINER, José Maria da Rosa; THAMAY, Renan Faria Krüger. *Elementos para uma teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC*. Rio de Janeiro: 2015.
- TORRES, Artur. *Processo de conhecimento*. Porto Alegre: Arana, 2013. v. 1.
- VINCENZI, Brunela Vieira de; SAMPAIO, Luiza Saito. The electronic judicial proceeding in Brazil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 77-85, jan./jun. 2012.

MULTA APLICADA AO JOGADOR DE FUTEBOL

Sergio Pinto Martins¹

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é estudar se é possível aplicar multa ao jogador de futebol.

A imprensa esportiva noticia que o jogador fulano de tal foi multado pelo fato de que chegou atrasado ao treino, de que foi indisciplinado, etc.

O jogador Somália, do Botafogo, do Rio de Janeiro, simulou sequestro e fez queixa na Delegacia de Polícia. Imagens do elevador do seu prédio mostraram que ele estava no elevador ou na sua residência no horário do suposto sequestro. Foi alegado o sequestro para que ele justificasse a falta ao treino do clube. Posteriormente, o jogador foi multado pelo clube.

É sabido que em relação a outros empregados não é possível aplicar multa, por falta de previsão legal.

Assim, é necessário estudar se a multa ainda pode ser aplicada ao jogador de futebol.

¹ Desembargador do TRT da 2ª Região. Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

2. HISTÓRICO

O artigo 38 da Portaria n.º 254, de 1941, do Ministro da Educação e Saúde, que regulava o contrato de trabalho desportivo, permitia a aplicação de multa de 60% do salário do atleta. Esta multa era ilegal, pois a norma administrativa não poderia estabelecer multa.²

Prevía o parágrafo 1.º do artigo 15 da Lei n.º 6.354/76:

Art. 15 A associação empregadora e as entidades a que a mesma esteja filiada poderão aplicar ao atleta as penalidades estabelecidas na legislação desportiva, facultada reclamação ao órgão competente da Justiça e Disciplina Desportivas.

§ 1º As penalidades pecuniárias não poderão ser superiores a 40% (quarenta por cento) do salário percebido pelo atleta, sendo as importâncias correspondentes recolhidas diretamente ao “Fundo de Assistência ao Atleta Profissional - FAAP”, a que se refere o Artigo 9º da Lei nº 6.269, de 24 de novembro de 1975, não readquirindo o atleta condição de jogo, enquanto não comprovar, perante a Confederação, a Federação ou a Liga respectiva, o recolhimento, em cada caso.

Afirmava Luiz José de Mesquita:

“a multa é uma sanção pecuniária, que se efetiva por meio de desconto na remuneração do empregado. Pena de cumprimento monetário, atinge diretamente o patrimônio do empregado. Por isso, em outros países, dela se fez uso e abuso, encontrado no regime da economia liberal, um fator de sua propulsão, quando o Estado, recusando-se a defender os oprimidos, deixava ao livre jogo das vontades que o mais forte economicamente explorasse o mais fraco. Paul Pic refere-se aos verdadeiros atentados resultantes dessa arbitrariedade na aplicação das multas. Constituíram, para certos padrões, um meio de reduzir indiretamente os salários, tal como o *truck system*. Infligidas, com frequência, abusivamente, sem que os trabalhadores pudessem protestar, sob pena de serem despedidos, feriam duramente a família toda do empregado. Caráter relevante desta pena é, pois, o seu conteúdo pecuniário.

A multa terá natureza jurídica diversa, conforme tiver caráter de pena civil ou disciplinar. Pena civil será ela se tiver por objetivo a

² CATHARINO, José Martins. Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1969, p. 41-42, 75-76.

execução de uma obrigação contratual. Neste caso, normalmente, ela é reparadora ou compensadora dos prejuízos, por exemplo, se instituída para o caso de compensar estragos do material, se instituída para reparar o não cumprimento do contrato, por falta de entrega de tarefas, etc. Será, então, uma cláusula penal. Tem caráter patrimonial e, portanto, a rigor, seria, até transmissível.

Pena disciplinar será ela quando tiver por objetivo a manutenção da ordem interna da empresa. Ela é, neste caso, repreensiva. Tem caráter estritamente pessoal, e, portanto, daí resulta a intransmissibilidade aos herdeiros do débito da multa em que incorreu o *de cujus*.

Quando tiver por objetivo proteger os interesses comuns da comunidade, não pode ser a multa equiparada à cláusula penal do direito civil”.³

A multa não poderia ser superior a 40% do salário do atleta. Ela deveria ser recolhida ao Fundo de Assistência ao Atleta Profissional (FAAP).⁴

A redação do inciso III do artigo 48 da Lei n.º 9.615/1998 é diferente da regra anterior:

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

I - advertência;

II - censura escrita;

III - multa;

IV - suspensão;

V - desfiliação ou desvinculação.

3. MULTA

A desfiliação ou desvinculação não pode ser feita pelo Clube, mas pela entidade administradora do Desporto, mas a advertência, a censura escrita e a multa podem ser aplicadas pelo Clube.

O inciso III do artigo 48 da Lei n.º 9.615/98 é claro no sentido de que é possível aplicar multa ao atleta profissional. O objetivo é de manter a ordem desportiva.

³ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 221.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

A multa será aplicada pelo Clube, que é quem dirige o atleta. Não pode, portanto, ser aplicada pela entidade de administração do desporto.

A aplicação da multa tem característica pedagógica para que o jogador não tenha o mesmo procedimento incorreto novamente.

Empregado comum não pode sofrer a punição de multa, por falta de previsão legal.

Leciona Arnaldo Sússekind que “a doutrina e a jurisprudência, em nosso país, não endossam a aplicação de multa pelo empregador a ser descontada do salário, salvo quando admitida na regulamentação legal da categoria ou na convenção ou acordo coletivo aplicável. Ela não se confunde com a indenização prevista no §1.º do art. 462 da CLT, devida na ocorrência de dano causado pelo empregado. É que a multa constitui penalidade concernente à violação do dever contratual, enquanto a indenização estipulada no contrato ou em caso de dolo, visa à reparação de danos causados pelo empregado no estabelecimento onde trabalhe. Neste sentido prevalece a doutrina”.⁵

Não é o caso de aplicar graduação de punições ou de seguir a ordem dos incisos do artigo 48 da Lei n.º 9.615/98 para aplicar punições ao jogador. O jogador pode ser multado, mesmo não tendo sido advertido.

Não há mais o teto de 40% para a multa, que era previsto no parágrafo 1.º do artigo 15 da Lei n.º 6.354/76. A multa, em tese, poderia ser integral em relação ao salário do jogador. Entretanto, a situação teria que ser muito grave para que pudesse ser assim aplicada. Do contrário, não seria razoável a sua fixação e seria desproporcional.

A aplicação da penalidade de multa deve ser feita logo após o cometimento da falta para não se descaracterizar e revelar o chamado perdão tácito, ou seja, de que a falta teria sido perdoada.

Não se pode também falar em dupla punição. Se o jogador já foi multado por um fato, não pode ser multado novamente. Se já foi advertido por escrito, não pode ser multado pelo mesmo fato.

A necessidade de procedimento administrativo só se justifica em casos envolvendo a Justiça Desportiva. Não há necessidade de procedimento administrativo para o clube aplicar multa ao jogador.

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 279.

Havia autores que já questionavam a multa para o jogador de futebol sob o ângulo por afrontar a irredutibilidade salarial e a intangibilidade salarial.⁶

Na vigência da Lei n. 6.354, Domingos Sávio Zainaghi entendia que não havia violação em se estabelecer na lei a multa disciplinar, desde que fosse observada a determinação legal de repasse do recolhimento ao FAAP.⁷ Na prática, os clubes recolhiam as multas para as “caixinhas” dos jogadores.

Não se pode dizer que a multa é inconstitucional por reduzir o salário do empregado. O inciso VI do artigo 7.º da Constituição dispõe que o salário só poderá ser reduzido por meio de convenção ou acordo coletivo. A multa não está reduzindo o salário nominal do atleta. O artigo 462 da CLT permite descontos no salário do empregado previstos em lei. A multa atualmente representa um desconto previsto em lei.⁸

⁶ SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo, apud Souza Neto, Fernando Tasso de. Das multas aos atletas profissionais de futebol: constitucionalidade e aplicabilidade, in: Machado, Rubens Approbato Machado e al. Curso de direito desportivo sistêmico. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2010, p. 631; MOTA, Konrad Saraiva. A pena de multa ao atleta profissional e o direito fundamental a intangibilidade salarial. In: Mello Filho, Álvaro et al. Direito do trabalho desportivo: homenagem ao professor Albino Mendes Baptista. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 326-328; SÁ FILHO, Fábio Menezes de. Alterações na legislação desportiva: incidência prática futebolística. Revista de Direito do Trabalho – RDT, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 37, n. 144, p. 293-307, out/dez, 2011.

⁷ ZAINAGHI, Domingos Sávio. Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, 42-43.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

