



Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

Edição comemorativa dos 80 anos da CLT

Doutrina

Volume 42, Número 42 (novembro / 2023)

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Paulo Régis Machado Botelho
Diretor da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Desembargador Francisco José Gomes da Silva
Vice-Diretor da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Desembargadora Maria Roseli Mendes Alencar
Conselheira da Escola Judicial do TRT da 7ª Região e
Vice-Presidente do TRT da 7ª Região

**Desembargador Francisco Tarcísio Guedes
Lima Verde Júnior**
Conselheiro da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Juíza Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto
Coordenadora Pedagógica da Escola Judicial do TRT da
7ª Região

Juíza Rossana Talia Modesto Gomes Sampaio
Conselheira da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Juíza Daniela Pinheiro Gomes Pessoa
Conselheira da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Juiz Jean Fábio Almeida de Oliveira
Conselheiro da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

**Servidora Sylvianne Fontenelle Santos de
Oliveira**
Conselheira da Escola Judicial do TRT da 7ª Região

INSTITUCIONAL:

Presidente

Desembargador do Trabalho Durval César de Vasconcelos Maia

Vice-Presidente

Desembargadora do Trabalho Maria Roseli Mendes Alencar

Corregedor

Desembargador do Trabalho Clóvis Valença Alves Filho

Pleno

Desembargador do Trabalho José Antonio Parente da Silva (Decano do Tribunal e Ouvidor-Geral)

Desembargadora do Trabalho Maria Roseli Mendes Alencar (Vice-Presidente do Tribunal)

Desembargador do Trabalho Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde Júnior

Desembargador do Trabalho Plauto Carneiro Porto (Ouvidor-Geral Substituto)

Desembargadora do Trabalho Regina Gláucia Cavalcante Nepomuceno

Desembargador do Trabalho Jefferson Quesado Júnior

Desembargador do Trabalho Durval César de Vasconcelos Maia (Presidente do Tribunal)

Desembargadora do Trabalho Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque

Desembargador do Trabalho Francisco José Gomes da Silva (Vice-Diretor da Escola Judicial)

Desembargador do Trabalho Emmanuel Teófilo Furtado

Desembargador do Trabalho Paulo Régis Machado Botelho (Diretor da Escola Judicial)

Desembargador do Trabalho Clóvis Valença Alves Filho (Corregedor-Regional)

Desembargador do Trabalho João Carlos de Oliveira Uchoa

Desembargador do Trabalho Carlos Alberto Trindade Rebonatto

EQUIPE EDITORIAL

Celia de Sá Roque

Assistente Administrativa da Assessoria de Publicações
Oficiais do TRT da 7ª Região

Cláudia Giovana Lopes Silva

Diretora da Divisão de Gestão Documental e Memória
do TRT da 7ª Região

Flávia Regina Mendes Bezerra de Moraes

Secretária Executiva da Escola Judicial do TRT da 7ª
Região

Mariana Dionísio de Andrade

Diretora da Divisão de Formação e Aperfeiçoamento da
Escola Judicial do TRT da 7ª Região

Rosângela de Aguiar Muniz Bandeira

Assistente Administrativa da Assessoria de Jurispru-
dência do TRT da 7ª Região

Rejane Maria Façanha de Albuquerque

Bibliotecária do TRT da 7ª Região

COMPOSIÇÃO DO TRT DA 7ª REGIÃO

Primeira Turma

Desembargador do Trabalho Plauto Carneiro Porto (Presidente)
Desembargadora do Trabalho Maria Roseli Mendes Alencar
Desembargador do Trabalho Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde Júnior
Desembargadora do Trabalho Regina Gláucia Cavalcante Nepomuceno

Segunda Turma

Desembargador do Trabalho Jefferson Quesado Júnior (Presidente)
Desembargador do Trabalho Francisco José Gomes da Silva
Desembargador do Trabalho Emmanuel Teófilo Furtado
Desembargador do Trabalho Paulo Régis Machado Botelho

Terceira Turma

Desembargadora do Trabalho Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque (Presidente)
Desembargador do Trabalho José Antonio Parente da Silva
Desembargador João Carlos de Oliveira Uchoa
Desembargador Carlos Alberto Trindade Rebonatto

Seção Especializada I

Desembargador do Trabalho José Antonio Parente da Silva (Presidente)
Desembargadora do Trabalho Maria Roseli Mendes Alencar
Desembargador do Trabalho Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde Junior
Desembargador do Trabalho Plauto Carneiro Porto
Desembargadora do Trabalho Regina Gláucia Cavalcante Nepomuceno
Desembargador do Trabalho Paulo Régis Machado Botelho

Seção Especializada II

Desembargador do Trabalho Francisco José Gomes da Silva (Presidente)
Desembargador do Trabalho Jefferson Quesado Júnior
Desembargadora do Trabalho Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque
Desembargador do Trabalho Emmanuel Teófilo Furtado
Desembargador do Trabalho João Carlos de Oliveira Uchoa
Desembargador do Trabalho Carlos Alberto Trindade Rebonatto

1ª Instância - Varas da Capital

Diretora do Fórum Aufran Nunes

Juiza do Trabalho Ivânia Silva Araújo

Juiza do Trabalho: Ivânia Silva Araújo

Vara do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Fortaleza
2ª Vara do Trabalho de Fortaleza
3ª Vara do Trabalho de Fortaleza
4ª Vara do Trabalho de Fortaleza
5ª Vara do Trabalho de Fortaleza
6ª Vara do Trabalho de Fortaleza
7ª Vara do Trabalho de Fortaleza
8ª Vara do Trabalho de Fortaleza
9ª Vara do Trabalho de Fortaleza
10ª Vara do Trabalho de Fortaleza
11ª Vara do Trabalho de Fortaleza
12ª Vara do Trabalho de Fortaleza
13ª Vara do Trabalho de Fortaleza
14ª Vara do Trabalho de Fortaleza
15ª Vara do Trabalho de Fortaleza
16ª Vara do Trabalho de Fortaleza
17ª Vara do Trabalho de Fortaleza
18ª Vara do Trabalho de Fortaleza

Juiz (a)

Juiz Titular: José Maria Coelho Filho
Juiz Titular: Rafael Marcilio Xerez
Juiz Titular: Germano Silveira de Siqueira
Juiza Titular: Maria Rosa de Araújo Mestres
Juiza Titular: Camila Miranda de Moraes
Juiza Titular: Milena Moreira de Sousa
Juiz Titular: Francisco Antônio da Silva Fortuna
Juiz Titular: Konrad Saraiva Mota
Juiz Titular: Francisco Gerardo de Souza Júnior
Juiza Titular: Regiane Ferreira Carvalho Silva
Juiza Titular: Christianne Fernandes C. Diógenes Ribeiro
Juiz Titular: Antônio Teófilo Filho
Juiz Titular: Sinézio Bernardo de Oliveira
Juiza Titular: Suyane Belchior Paraíba de Aragão
Juiza Titular: Fernanda Monteiro Lima Verde
Juiza Titular: Aldenora Maria de Souza Siqueira
Juiz Titular: José Henrique Aguiar
Juiza Titular: Ivânia Silva Araújo

1ª Instância - Varas do Interior

Vara do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Caucaia
2ª Vara do Trabalho de Caucaia
1ª Vara do Trabalho de Maracanaú
2ª Vara do Trabalho de Maracanaú
1ª Vara do Trabalho da Região do Cariri
2ª Vara do Trabalho da Região do Cariri
3ª Vara do Trabalho da Região do Cariri
1ª Vara do Trabalho de Sobral
2ª Vara do Trabalho de Sobral
Vara do Trabalho de Aracati
Vara do Trabalho de Baturité
Vara do Trabalho de Crateús
Vara do Trabalho de Iguatu
Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte
Vara do Trabalho de Pacajus
Vara do Trabalho de Quixadá
Vara do Trabalho de São Gonçalo do Amarante
Vara do Trabalho de Tianguá
Vara do Trabalho de Eusébio

Juiz

Juiz Titular: Antônio Gonçalves Pereira
Juiz Titular: Hermano Queiroz Júnior (Diretor do Fórum)
Juíza Titular: Rossana Tália M. G. Sampaio (Diretora do Fórum)
Juiz Titular: Mateus Miranda de Moraes
Juiz Titular: Fabrício Augusto Bezerra e Silva
Juiz Titular: André Esteves de Carvalho
Juiz Titular: Eliude Dos Santos Oliveira
Juíza Titular: Kaline Lewinter
Juiz Titular: Lucivaldo Muniz Feitosa (Diretor do Fórum)
Juíza Titular: Rosa de Lourdes Azevedo Bringel
Juiz Titular: Lena Marcilio Xerez
Juiz(a) Titular: Atualmente vacante
Juiz Titular: Jaime Luis Bezerra Araujo
Juíza Titular: Daniela Pinheiro Gomes Pessoa
Juíza Titular: Kelly Cristina Diniz Porto
Juiz Titular: Marcelo Lima Guerra
Juiz Titular: André Esteves de Carvalho
Juiz Titular: Lucio Flávio Apoliano Ribeiro
Juíza Titular: Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto

1ª Instância - Juizes Substitutos

Relação de Juizes Substitutos:

Dra. Gláucia Maria Gadelha Monteiro
Dra. Daiana Gomes Almeida
Dra. Naira Pinheiro Rabelo de Alencar
Dr. Ronaldo Solano Feitosa
Dr. Jammyr Lins Maciel
Dr. Antonio Célio Martins Timbó Costa
Dra. Karla Yacy Carlos da Silva
Dr. Ney Fraga Filho
Dr. Raimundo Dias de Oliveira Neto
Dr. Tiago Brasil Pita
Dra. Ana Paula Barroso Sobreira Pinheiro
Dra. Taciana Orlovicin Gonçalves Pita
Dr. André Braga Barreto
Dr. Carlos Leonardo Teixeira Carneiro
Dra. Raquel Carvalho Vasconcelos Sousa
Dra. Luciana Jereissati Nunes

Dra. Ana Caroline Bento Maciel Freitas
Dra. Manuela de Albuquerque Viana
Dr. Jean Fábio Almeida de Oliveira
Dr. Mauro Elvas Falcão Carneiro
Dra. Rafaela Soares Fernandes
Dra. Maria Rafaela de Castro
Dra. Jorgeana Lopes de Lima
Dr. Adalberto Ellery Bareira Neto
Dr. Rafael de Souza Carneiro
Dra. Liana Maria Freitas de Sá Cavalcante
Dr. Filipe Bernardo da Silva
Dr. Vladimir Paes de Castro
Dra. Joana Maria Sá de Alencar
Dra. Daniele Fernandes dos Santos
Dr. Guilherme Camurça Filgueira

DIAGRAMAÇÃO

Carla Botto de Barros

ARTE DA CAPA

Mateus Marques de Aquino

Fortaleza, novembro de 2023



Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

Edição comemorativa dos 80 anos da CLT

Doutrina

Volume 42, Número 42 (novembro / 2023)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP
Biblioteca Aderbal Nunes Freire do TRT 7ª Região

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região/ Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região _ V. 1, n.1 (jan./dez.1971)_ Fortaleza, CE: TRT 7ª Região, 1971-

Anual.

V. 42, 2023 - Edição Especial comemorativa dos 80 anos da CLT.

Conteúdo: Doutrina.

Interrompida, 2018-2022, a partir do volume 41. Retomada a partir desta edição comemorativa.

Disponível na internet: <<https://revistas.trt7.jus.br/REVTRT7/issue/view/16>>, a partir do v. 26, n. 26 (jan./dez. 2003).

ISSN 1980-9913

1.Direito do trabalho. 2. Processo do Trabalho. 3. Jurisprudência trabalhista. 4. Justiça do Trabalho. I. Tribunal Regional do trabalho da 7ª Região.

CDDir 341.6(05)
CDU 349.2

Catalogado por Rejane Maria Façanha de Albuquerque
CRB 3/679

APRESENTAÇÃO

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região é um periódico técnico-científico de fluxo contínuo, atualmente estratificação Qualis B3, composto por artigos doutrinários, jurisprudência comentada ou outras produções científicas, com o objetivo de contribuir para a promoção do debate jurídico e do aprimoramento da Justiça com foco nos temas de Direito e Processo do Trabalho, sem prejuízo das ciências interdisciplinares. A presente Edição Comemorativa está disponível na versão física e para acesso online na plataforma virtual da Revista.

Em 2023, celebramos os 80 anos da Consolidação das Leis do Trabalho com um olhar respeitoso e contemplativo, mas também crítico, na medida em que os desafios para acompanhar as mudanças sociais se impõem. Os avanços tecnológicos, o difícil equilíbrio entre os sujeitos da relação de trabalho, as alterações econômicas e os conflitos interpretativos, constantemente moldam a dinâmica das relações jurídicas, tornando absolutamente necessária a retomada de debates para o mundo do trabalho. A edição n. 42 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região traz conteúdos para consolidar o dever de informar com responsabilidade e fornecer um material adequado às consultas com o maior grau de exigência.

Esta Edição Especial foi construída por profissionais extremamente envolvidos(as) com as temáticas aqui expostas, e que consideram a abordagem direta sobre os novos rumos do Direito do Trabalho uma questão não apenas necessária, mas urgente. As discussões são contemporâneas, possuem propostas de intervenção relevantes e se destacam pela pontualidade e clareza das ponderações.

Expressamos imensa gratidão a todos os autores e autoras

que aceitaram o convite e o desafio de contribuir para este tradicional periódico, aproveitando o momento para convidar o público a apreciar o resultado dessa proposta original.

Desejamos uma excelente leitura!

DURVAL CÉSAR DE VASCONCELOS MAIA

Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

PAULO RÉGIS MACHADO BOTELHO

Desembargador Diretor da Escola Judicial do Tribunal
Regional do Trabalho da 7ª Região

SUMÁRIO

CLT, 80 ANOS, E A JUSTIÇA DO TRABALHO: ORIGENS E PERSPECTIVAS	11
Aloysio Corrêa da Veiga Cesar Zucatti Pritsch	
ACIDENTES NO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS: INDENIZAÇÃO POR DANOS FUTUROS	27
Amaury Rodrigues Pinto Junior	
O TRABALHO NA ERA DIGITAL: CONSTRUÇÃO DO MARCO JURÍDICO	49
Arnaldo Boson Paes	
DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS	71
Camila Miranda de Moraes Naira Pinheiro Rabelo de Alencar Beatriz Moraes Guerra	
CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL	87
Charles da Costa Bruxel	
OS DESAFIOS DO MOVIMENTO SINDICAL FRENTE ÀS NOVAS MORFOLOGIAS DO TRABALHO	111
Delaíde Alves Miranda Arantes Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos	
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A DEMOCRACIA DAS “NUVENS”	139
Douglas Alencar Rodrigues Luiz Felipe Gallotti Rodrigues Rodrigo Garcia Duarte	
EXAME DE CONVENCIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A RECOMENDAÇÃO Nº 123/2022 DO CNJ E SUA APLICAÇÃO NO PLANO TRABALHISTA	159
Francisco Gérson Marques de Lima	

DA RENÚNCIA EM DIREITO DO TRABALHO: EM TORNO DO NOVO N.º 3 DO ART. 337.º DO CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÊS	181
João Leal Amado	
PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO DIGITAL.....	205
Konrad Saraiva Mota	
80 ANOS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO COMO GUARDIÃ DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO DECENTE	227
Lelio Bentes Corrêa	
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA CULTURA DO CANCELAMENTO	243
Magno Gomes de Oliveira Sylvianne Fontenelle Santos de Oliveira	
A CONSOLIDAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA	267
Paulo Régis Machado Botelho	
A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO STF TAMBÉM NO CASO DA UBERIZAÇÃO	285
Raimundo Dias de Oliveira Neto Valdélío de Sousa Muniz	
O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL E NA ESPANHA: AVANÇOS E RISCOS	305
Sergio Torres Teixeira Flora Oliveira da Costa	
RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO, SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY....	323
Tiago Brasil Pita	

CLT, 80 ANOS, E A JUSTIÇA DO TRABALHO: ORIGENS E PERSPECTIVAS

CLT, 80 YEARS OLD, AND LABOR JUSTICE: ORIGINS AND PERSPECTIVES

Aloysio Corrêa da Veiga¹

Cesar Zucatti Pritsch²

Resumo

Este ensaio busca examinar alguns antecedentes históricos que levaram à regulamentação do trabalho no Brasil e no Mundo, dando origem à Justiça do Trabalho e à Consolidação das Leis do Trabalho. Nos oitenta anos de protagonismo da CLT na gestão dos conflitos sociais no país, lança-se reflexão sobre sua atualidade para continuar regulando o trabalho, num contexto de efervescentes mudanças.

Palavras-Chave: Justiça do Trabalho. Consolidação das Leis do Trabalho. Origens. Atualidade.

1. Ministro Vice-Presidente Tribunal Superior do Trabalho. Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho em 2020/2022. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça em 2017/2019. Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT em 2011/2013 e Fev./ Out. 2022. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ABDT. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro Honorário da Academia Petropolitana de Letras Jurídicas. Membro Honorário da Academia Petropolitana de Letras. Professor *Honoris Causa* da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis.

2. Juiz Auxiliar da Vice-Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, *Juris Doctor* pela Universidade Internacional da Flórida, Mestre em Processo Civil pela UFRGS e Doutorando em Processo Civil Comparado pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Autor de “Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho” (2ª ed., Mizuno, 2023), “O TST e o paradigma das cortes supremas” (Mizuno 2023), e “Direito Emergencial do Trabalho” (RT 2020), bem como coordenador de “Precedentes no Processo do Trabalho” (RT 2020). Professor da ENAMAT e de Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho.

Abstract

This paper aims to investigate some of the historical antecedents that led to the regulation of work in Brazil and around the world, giving rise to the Labor Courts and the Consolidation of Labor Laws. In the eighty years since the CLT played a leading role in the management of social conflicts in the country, we reflect on its relevance in continuing to regulate work, in a context of effervescent changes.

Keywords: *Labor Justice. Consolidation of Labor Laws. Origins. Current situation.*

Introdução

A celebração dos 80 anos da CLT, que vem propiciando a consolidação legislativa de um ramo do Direito civilizatório e protetivo das relações de trabalho, nos leva a uma reflexão, um ímpeto de breve lembrança sobre como o Direito e a Justiça do Trabalho chegaram até aqui, e quais as perspectivas que se apresentam para o porvir. Nossa CLT deve ser efusivamente celebrada – diante de sua fundamentalidade para a construção de um Brasil com relações econômicas razoavelmente modernas, equilibradas e justas. Tais são premissas para o progresso e desenvolvimento humano de qualquer país – o que é ainda mais verdadeiro quanto a uma nação que, à época da CLT, tinha apenas as suas primeiras leis trabalhistas, ainda com a dívida histórica de quatro séculos de trabalho em regime de escravidão.

É neste contexto que o presente ensaio pretende tecer algumas considerações sobre as origens e perspectivas da Justiça do Trabalho e da CLT – incumbência desafiadora, dada a importância de tal diploma, praticamente onipresente no dia-a-dia da sociedade brasileira.

A Consolidação das Leis do Trabalho, criada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, se tratou de um dos principais legados do governo de Getúlio Vargas. Unificou, sistematizou e aprimorou toda a legislação trabalhista que nos anos anteriores vinha sendo forjada e maturada. Regulou o trabalho assalariado e criou uma Justiça Especializada para lhe conferir efetividade. Culminou intensa institucionalização do direito do trabalho, a partir de 1930, superando a fase de leis trabalhistas esparsas da

1ª República, na qual a luta por direitos era reprimida de forma policial, reflexo do liberalismo – ausência do Estado nas relações de trabalho, o *laissez faire*, como linha de conduta.

Na atualidade, apesar dos periódicos ataques que sofre, acusando-se a CLT de ineficiente ou desatualizada, não se pode negar que foi ela quem, durante décadas, pacificou os naturais conflitos entre capital e trabalho, servindo de base para a urbanização e modernização do país, que chegou à década de 2000 com pleno emprego e entre as 8 maiores economias do mundo. A Consolidação das Leis do Trabalho continua sendo fonte inspiradora de grandes alterações legislativas, quer no direito material, quer no direito processual civil.

Assim, há que se ter muita cautela com os discursos populistas que pregam o descarte de nossa teia de proteção do trabalho humano como condição *sine qua non* para um novo surto de desenvolvimento nacional. Antes pelo contrário, uma análise da história recente revela que a garantia de um mínimo de proteção social fomenta a solidificação de uma classe com poder de consumo, mola propulsora do desenvolvimento econômico – como exemplificam o New Deal americano dos anos 30, e o Estado do Bem-Estar Social europeu do pós-guerra.

Por outro lado, dentre tantas conquistas amalgamadas em nossa CLT, um de seus principais avanços foi estabelecer métodos objetivos e rápidos de solução de conflitos, com foco na simplicidade, na oralidade, na conciliação, e na limitação dos recursos – na vanguarda do direito processual. O processo especializado juslaboral, maturado na CLT, foi a seu tempo revolucionário, dele decorrendo a reconhecida efetividade da aplicação do Direito do Trabalho, e a consequente pacificação dos conflitos laborais.

No entanto, a vertiginosa mudança das relações de trabalho em razão dos recentes saltos tecnológicos, e a delicada necessidade de atualização do Direito em face do ritmo das inovações que vivenciamos são desafios para a CLT, assim como para o Direito do Trabalho como um todo, neste início de Terceiro Milênio. É necessário refletir a fim de que possa haver adequada regulamentação para os novos fatos, preservando-se o complexo equilíbrio das relações sociais e econômicas, a fim de sempre maximizar avanços

e evitar retrocessos na proteção aos direitos humanos, finalidade última de nossa Constituição e do Poder Judiciário.

1. Antecedentes históricos

A CLT não é um fato isolado, nem recente. Nasce de um contexto, no mundo, de maior intervenção estatal nas relações de trabalho, com a finalidade de regulação, de pacificação e de proteção do mais fraco. É a culminância de ao menos 2.000 anos de evolução social.

Podemos pensar que a CLT não existiria, como tal, não fosse toda uma sucessão de dramáticos eventos históricos, que vão desde a derrocada do sistema mercantil baseado no trabalho escravo, a que o Império Romano tinha acesso graças às sucessivas subjugações em suas conquistas militares. Não havia como manter um sistema de produção em larga escala sem segurança dentro de suas largas fronteiras – o que obstaculizava uma rede de comércio de longo alcance, dado o esfacelamento do Império e os constantes ataques, saques e destruição.

Aliás, ante tais ataques, não havia nem mesmo como manter a segurança de grandes propriedades com escravos, tendo as elites se refugiado em reduzidos espaços fortificados, deixando as terras para o uso pelos camponeses, para produção de subsistência e para pagamento dos senhores, em troca da proteção militar durante os frequentes ataques – base do sistema de servidão feudal que dominou a Europa pelo milênio seguinte.

Assim, são antecedentes da CLT não apenas os movimentos operários do início do século XX, mas toda a sucessão de fatos desde o modelo escravocrata romano, a servidão feudal europeia e depois, novamente, o modelo escravista europeu, agora para produção agrícola em larga escala nas Américas – que voltava a ser novamente possível tendo em vista a formação de Estados nacionais mais fortes e estáveis, a partir do século XV. (Delgado, 2023, p. 72).

Não se dispendo, o europeu aventureiro que enfrentava o novo mundo, a livremente aderir ao trabalho da lavoura (considerado menor), nem a ela se tendo adaptado a mão de obra dos indígenas – inicialmente escravizados – a opção foram os africanos. Largas porções do continente africano foram tomadas, através da superioridade

bélica europeia, sequestrando-se tribos e vilas inteiras, ou obrigando-se tribos subjugadas a pagarem “tributos” – capturando tribos rivais e entregando-as aos europeus. Tal mister foi desempenhado com maestria, primeiro pelos portugueses, que dominaram o comércio de escravos no século XVI, e depois por espanhóis, holandeses, ingleses e franceses. Tais países engendraram a hegemonia europeia dos séculos seguintes a partir da riqueza acumulada, especialmente com o tráfico negreiro e a produção em larga escala baseada em mão-de-obra escrava nas colônias das Américas. (Carmo, 2013).

Ao mesmo tempo, a maior estabilidade e o afrouxamento do regime servil na Europa permitiram a progressiva migração interna – ampliando-se burgos, vilas e cidades – e externa, para as colônias. Tais migrações incrementaram uma força de trabalho livre. No entanto, não se tratando de um comerciante ou artesão, ou outro profissional por conta própria, restava trabalhar como auxiliar destes – em um regime quase servil, sem qualquer regramento ou proteção estatal. Frequentemente a relação de trabalho subordinado se dava como mestre-aprendiz, sendo este último não muito mais do que um servo. No entanto, não era incomum que o aprendiz viesse, ele próprio, a se tornar mestre, chefiando uma oficina e sendo o proprietário dos respectivos meios de produção. (Delgado, 2023).

Alguma pressão por maior proteção das relações de trabalho se iniciou a partir do início da revolução industrial, no século XVIII e XIX, e com o incremento da urbanização. A progressiva aglomeração de trabalhadores em razão do aumento das estruturas produtivas facilitou a organização dos trabalhadores para manifestar suas insurgências, por meio de greves e boicotes.

Nota-se, entretanto, peculiar contraste entre os países europeus, em cujo território a escravidão já estava longamente sepultada, e suas colônias ou ex-colônias, onde a escravidão imprimiu profundas marcas. Tal contraste fica claro, por exemplo, nos Estados Unidos. Apesar do grande sucesso econômico após a Guerra Civil que libertou os escravos em 1865, as relações de trabalho mantiveram por décadas, nos estados do sul escravocrata – e ainda mantém – traços residuais implícitos ou explícitos impingidos à população antes escravizada. É notória, até meados do século XX, a segregação

explícita, juridicamente chancelada (situação inexistente no Norte).³ Nos locais onde houve escravidão, remanesce ainda nos dias de hoje uma maior dificuldade de ascensão social de integrantes da raça negra – situação também aqui presente. (Delgado, 2023).

No Brasil, o uso em larga escala de trabalho livre inicia com a progressiva substituição da mão de obra escrava nas fazendas de café pela de imigrantes europeus, a partir de meados do século XIX. Nas negociações com Inglaterra e Portugal pelo reconhecimento da independência, o Brasil já se havia comprometido com a cessação do tráfico negreiro. Ademais, o cerco ao tráfico inflacionara o preço dos cativos. No entanto, a pressão por mudanças se acentua com a escassez de mão de obra africana, a partir da década de 40 e 50, precipitada pela abordagem ou afundamento de navios negreiros pela marinha inglesa.

Em tal contexto, são inicialmente feitos convites para a vinda de imigrantes da Prússia e Suíça, a fim de trabalharem nas lavouras de café. No entanto, o trabalhador já iniciava profundamente endividado e atado a contratos de “parceria”, cujo descumprimento ensejaria a sua prisão (Lei de 13 de setembro de 1830, Lei nº 108, de 1837). Por perceber que seus cidadãos caíam em um regime de “escravidão disfarçada”, Prússia e Suíça rapidamente impuseram severas restrições aos agentes de emigração, praticamente interrompendo o fluxo para as colônias de “parceria” de São Paulo. (Franco; Moreira, 2011, p. 18).

Com a Lei do Ventre Livre (1871), a Lei dos Sexagenários (1885) e, finalmente, a Lei Áurea (em 1888), é finalmente extinto o modo de produção escravista. No entanto, os negros libertos remanesciam aliados da posse de terras, de educação – e até de local para trabalhar, já que os contratos de “parceria” com os colonos europeus eram frequentemente considerados mais vantajosos para os fazendeiros.

3. A segregação explícita foi combatida por meio judicial e legislativo. A partir de 1935, a NAACP (Associação Nacional para o Avanço das Pessoas de Cor) obteve uma série de vitórias em ações exigindo condições iguais de ensino para os negros, enfrentando a infame doutrina *separate but equal*, estabelecida em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), até que superada no célebre caso *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954). A resistência à dessegregação das escolas, nos estados do sul, e o recrudescimento de protestos, atraíram cobertura jornalística internacional e precipitaram a intervenção legislativa federal por meio da Lei dos Direitos Civis de 1964, promovendo dessegregação ampla, inclusive nas relações de trabalho.

Entre 1884 e 1920 mais de 3 milhões de estrangeiros desembarcam no Brasil, mais da metade em São Paulo, predominantemente italianos. Chegavam não apenas nas fazendas de café, mas agora também em empregos urbanos na nascente indústria e no comércio. No Rio de Janeiro também surge uma classe operária, principalmente imigrantes portugueses, ex-escravos, funcionários das estradas de ferro e da marinha mercante. O forte influxo de operários europeus traz ideias de reivindicação e de organização para a obtenção de melhores condições de trabalho – ideias que já estavam mais desenvolvidas no velho continente e que agora desembarcavam no Brasil.

São legalizados os sindicatos de trabalhadores rurais em 1903 (Decreto 979/1903, antes do que os urbanos, presumivelmente pela pressão diplomática dos países que possuíam emigrados nas fazendas brasileiras) e dos trabalhadores urbanos em 1907 (Decreto 1637/1907 – por pressão de instituições católicas). Uniam-se para protestar por pautas econômicas (aumento de salário, evitar atrasos salariais, aposentadoria), mas também para ter dignidade e saúde (extinção de multas e castigos físicos aos trabalhadores, trabalho insalubre), assim como contra a falta de órgãos governamentais a quem recorrer contra arbitrariedades, como a dispensa de companheiros por atividade sindical, sob acusações de anarquia ou agitação política. (Franco; Moreira, 2011).

À falta de órgãos e leis para regular o trabalho, tais reivindicações eram frequentemente tratadas como caso de polícia e, nas vezes em que resultavam em acordos entre empregadores e empregados, retornando a fábrica à normalidade, tais acordos eram engavetados e descumpridos.

Tal era o quadro quando São Paulo rompeu a política do “café com leite”, levando Minas Gerais a se associar com outros estados para as eleições presidenciais, levando à candidatura de Getúlio Vargas (RS) e de João Pessoa (PB), chapa que prometia regulamentar a questão social trabalhista, elevando a dignidade dos trabalhadores. O rompimento da política do “café com leite” foi, inclusive, imortalizado na bandeira do estado da Paraíba – o “nego”, que representa a não aceitação do sucessor à Presidência da República indicado por Washington Luís. Assumindo o poder com a Revolução de 1930, Ge-

túlio passou a implementar a regulamentação e institucionalização das relações de trabalho. (Carmo, 2013, p. 68).

2. A Justiça do Trabalho

Antes da era Vargas, já houve alguns esboços de resolução estatal dos conflitos trabalhistas.

2.1. Tribunais Rurais – SP – 1922

Dentro da autonomia legislativa que até então os estados portavam, São Paulo havia tido uma iniciativa pioneira, pela Lei Paulista nº 1.869, de 10/10/1922, que criara os tribunais rurais. Eram compostos do juiz de direito da comarca onde surgisse a disputa de labor rural, além de dois outros membros. Um era um designado pelo “locador” de serviços, e outro pelo “locatário” (trabalhador). O tribunal rural tinha competência até a alçada para pequenas causas, 500.000 réis (menos de R\$ 20 mil reais, em valores de hoje). O juiz de direito se pronunciaria apenas se os juízes leigos divergissem e a sentença era irrecorrível, salvo embargos (“modificativos” ou de “nulidade” para o próprio julgador). (Pitas, 2005, p. 114).

2.2. Conselho Nacional do Trabalho – CNT (órgão consultivo) – 1923

Por outro lado, em 1923, o Decreto (federal) 16.027 criou, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC), uma modesta estrutura administrativa que atuaria como “órgão consultivo dos poderes públicos em assumptos referentes à organização do trabalho e da previdência social” o Conselho Nacional do Trabalho (CNT) – que mais tarde seria transformado em Tribunal Superior do Trabalho. À época, entretanto, como um órgão julgador administrativo ou meramente consultivo, a parte derrotada poderia simplesmente descumprir a decisão, que teria de ser judicializada na Justiça Comum, para um trâmite que poderia levar 10 anos. (Franco; Moreira, 2011).

O Conselho Nacional do Trabalho, como órgão administrativo, demonstrou a sua importância para a futura criação do TST. O primeiro presidente do CNT, Ministro Augusto Viveiros de Castro

(de 1923 até 1925), que também fora Ministro do Supremo Tribunal Federal, notabilizou, com sua atuação, os primeiros passos da Justiça do Trabalho na sua história.

2.3. Comissões Mistas de Conciliação e Juntas de Conciliação e Julgamento – 1932 – sujeitas a avocatórias e sem poder de execução

A partir do governo revolucionário de 1930, entretanto, a questão social – antes caso de polícia, passa a ser tratada como política pública a demandar o intervencionismo do Estado, em busca de uma relação produtiva pacífica e equilibrada. Destaca-se a criação Comissões Mistas de Conciliação, para dirimir os conflitos coletivos (Decreto 21.396, de 12/05/1932) e das Juntas de Conciliação e Julgamento, para dirimir dissídios individuais (Decreto 22.132, de 25/11/1932).

Tais órgãos funcionavam de forma bastante precária, entretanto, já que as Juntas de Conciliação e Julgamento eram órgãos administrativos, não ostentavam autonomia, seja em face da Justiça Comum, seja em face do Ministério do Trabalho. O Ministro do Trabalho tinha o poder de revogar as decisões das Juntas mediante as chamadas “avocatórias”, espécie de recurso com finalidades amplas e dilatados prazos de interposição. Por outro lado, as Juntas não tinham o poder de executar suas próprias decisões, as quais ainda eram passíveis de anulação na fase executória, que se processava perante a Justiça Comum.

Já quanto aos dissídios coletivos, os órgãos incumbidos de julgá-los (Comissões Mistas de Conciliação) tinham natureza embrionária e, quando as partes não quisessem conciliar e recusassem a proposta de submeter ao Juízo Arbitral, o processo era encaminhado ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, o qual, se entendesse justificada a recusa, poderia nomear comissão especial para proferir laudo vinculativo (Carmo, 2013) – portanto, um antecedente da sentença normativa em sede de dissídios coletivos.

2.4. 1941 – Estruturação da “Justiça do Trabalho” – mas sem as garantias da magistratura

Apenas em 1º de maio de 1941, com a entrada em vigor do Decreto-Lei 1.237, de 02/05/1939, regulamentado pelo Decreto

6.596, de 12/12/1940, passa a existir propriamente uma “Justiça do Trabalho”, com órgãos julgadores autônomos, dotados de cognição e poderes de império, executando suas próprias decisões. Tal Decreto-Lei continha 110 artigos, os quais posteriormente formariam a base do processo do trabalho disciplinado na CLT.

Todavia, seus “Presidentes de Junta” ainda não ostentavam as garantias inerentes à magistratura, sendo nomeados pelo Presidente da República para mandatos de dois anos (permitida a recondução), podendo ser demitidos pelo Conselho Nacional do Trabalho por falta apurada em inquérito administrativo, facultada a suspensão prévia pelo Conselho Regional. Outrossim, a “Justiça do Trabalho” ainda não era um órgão do Poder Judiciário, independente, sendo seus cargos integrantes da estrutura do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (art. 106 do Decreto-Lei nº 1.237, de 02/05/1939). (Carmo, 2013).

2.5. Integração ao Poder Judiciário

O art. 644 da CLT, em sua redação original de 1943, manteve a conformação de justiça administrativa (Juntas de Conciliação e Julgamento ou Juízos de Direito; Conselhos Regionais do Trabalho; Conselho Nacional do Trabalho). Tal seria alterado apenas com a Constituição promulgada em 18/09/1946, que incluiu a Justiça do Trabalho (arts. 122 e 123) no seu Capítulo IV, relativo ao Poder Judiciário. De forma praticamente simultânea, foram efetuadas as correspondentes alterações na CLT, com o Decreto-lei nº 9.797, de 9/9/1946, integração a Justiça do Trabalho ao Judiciário e prescrevendo aos juízes do trabalho forma de ingresso e garantias semelhantes às da magistratura ordinária.

3. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT

Quanto à CLT, presta-nos um precioso relatado o saudoso Ministro, Jurista e partícipe da redação da CLT, Arnaldo Sussekind, o qual narra que a Consolidação constituiu pedido de Getúlio Vargas ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Marcondes Filho, nomeado em 02/01/1942. O presidente almejava que, em um mesmo diploma, se consolidassem as normas dos três períodos de seu governo: os decretos legislativos de 1930 a 1934,

as leis do Congresso Nacional até 10/11/ 1937, e os decretos-lei do período subsequente. Estavam autorizadas correções, entretanto, excluindo-se normas superadas e ajustando certos antagonismos.⁴

A CLT não seria um mero amálgama, pois isso retiraria a cientificidade e organização do projeto. Como relata Sussekind (2009), o Presidente autorizou algumas inovações, já que “não seria possível armar um ordenamento sistematizado sem complementar as disposições vigentes. Assim, por exemplo, seria indispensável uma introdução com definições e princípios; um amplo título sobre o contrato individual de trabalho, porquanto a Lei n. 62, de 1935, só tratava da sua rescisão e da estabilidade; um capítulo referente a salário, pois só vigorava legislação sobre o salário-mínimo”. Logo, é mais um Código do que uma mera Consolidação. (Süssekind, 2009)

Finalmente, registra que suas fontes materiais foram as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social (São Paulo, 1941), as convenções da OIT, a encíclica *Rerum Novarum* e os pareceres do Consultor Jurídico do Ministério — Oliveira Viana — e do seu sucessor Oscar Saraiva. Refuta a falsa, mas recorrente afirmação de que a CLT foi influenciada pela “Carta del Lavoro” de Mussolini. Esta, na realidade, possuía apenas 17 itens sobre o Direito do Trabalho (ao contrário da CLT de quase um milhão de artigos). Por outro lado, a lei italiana consagrava princípios como justo salário, repouso semanal, férias, indenização por despedida injusta, e poder hierárquico do empregador, instituições que, na realidade, já constavam do ordenamento trabalhista de diversos países, não sendo exclusividade daquela. (Süssekind, 2009). Ainda, corrobora tal conclusão o simples fato de a CLT contar com a inspiração de intelectuais socialistas, como

4. Sussekind, que ingressara no Ministério do Trabalho como “Auxiliar de Escrita” do Conselho Nacional do Trabalho em 1939, ainda estudante de Direito, formou-se em 1940 e foi lotado pelo Presidente do CNT em seu gabinete para elaborar parecer nos pedidos de “avocatória” contra as decisões das Juntas (o que só acabou com a instalação da Justiça do Trabalho, em 1º de maio de 1941). Foi então alçado a Procurador-Chefe do Conselho Regional do Trabalho da 2ª Região (aos 23 anos), para coordenar os procuradores-adjuntos e, junto do Delegado Regional do Trabalho em São Paulo, preparar a instalação dos respectivos órgãos julgadores (abrangendo PR, SP e MT). Antes mesmo do início das atividades em 1º de março de 1941, foi designado como Procurador junto ao Conselho Nacional do Trabalho (no Rio) e, posteriormente, de forma concomitante, para compor a Comissão da CLT, junto com Oscar Saraiva (— Consultor Jurídico do Ministério), José de Segadas Vianna (Diretor da DOAS) e o Procurador Dorval Lacerda. (Süssekind, 2009, p. 647).

Joaquim Pimenta, além dos integrantes do grupo de trabalho com a presença de Arnaldo Sussekind, Segadas Viana, Dorval Lacerda, Oscar Saraiva e Luiz Augusto Rego Monteiro.

A sabedoria de nossa CLT – e sua longevidade de oito décadas, apesar dos periódicos ataques sofridos – está no suprimento jurídico da inferioridade econômica do empregado, fazendo atuar ditames de isonomia em sentido material, e paridade de armas na disputa judicial sobre tais relações laborais. Promove tal equilíbrio através de mecanismos, cujas premissas podem ser sintetizadas, por exemplo, nos princípios da proteção, da norma mais favorável, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da inalterabilidade contratual lesiva, da primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego. (Carmo, 2013).

4. Oito décadas de atuação diferenciada: a CLT e o futuro

Feitas algumas considerações acerca das origens da regulamentação do trabalho no Brasil, e de nosso principal diploma legal, a octogenária CLT, tais reflexões nos levam a uma conclusão central: a CLT nunca deixou de estar pronta para receber o futuro.

Tal se faz especialmente importante à vista da necessidade de equilibrar a adaptabilidade aos novos fatos sociais com a preservação do valor humano, central em nossa Constituição. Afinal, a *dignidade da pessoa humana* e o equilíbrio entre *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* são fundamentos da nossa República (art. 1º, III e IV), a qual tem como objetivos *erradicar a pobreza e promover o bem de todos* (art. 3º, III e IV).

Temos vivido profundas revoluções tecnológicas, as quais frequentemente são disruptivas, gerando prejuízos imediatos a uns (indivíduos, empresas, modelos de negócio), que não estão preparados ou aptos a se adaptar, mas ganhos coletivos a médio e longo prazo. Ninguém cogitaria, certamente, que a humanidade estaria melhor, por exemplo, se não houvesse passado pela Revolução Industrial.

Por exemplo, a mecanização da lavoura prejudicou a parte dos produtores e tornou obsoletos muitos empregos, mas aumentou ver-

tiginosamente a produtividade de alimentos e tende, a médio prazo, a direcionar a mão-de-obra para trabalhos com maior valor agregado. Já a generalização da internet, computadores e smartphones criou a figura dos “excluídos digitais”, mas também democratizou e acelerou a circulação do conhecimento de forma nunca vista. Hoje, um jovem com acesso à internet, mesmo em locais relativamente remotos, pode buscar uma infinidade de conhecimentos disponíveis na rede, aprender línguas, e até mesmo complementar os conteúdos que, eventualmente, sejam ministrados de forma deficiente em sua escola.

Desenvolver produtos tecnológicos traz mais divisas ao país, e demanda postos de trabalho mais qualificados e remunerados, ao contrário do que ocorre nas economias com menor nível de inovação, com ênfase na exportação de gêneros e minérios, com menor valor agregado – impactando negativamente na qualidade de vida e, portanto, no nível de prosperidade da população.

As mudanças das relações de trabalho decorrentes da espiral tecnológica é, assim, um dos temas mais sensíveis da atualidade, forçando o Direito a se posicionar, a cada um de seus novos desdobramentos – muitos deles impensáveis três décadas atrás. Há dificuldade de regulação destes novos fatos sociais sob as lentes do direito tradicional, pensado sob as premissas fáticas das décadas anteriores, sendo inúmeras as controvérsias, que acabam chegando aos Tribunais.

Alguém que dormisse no século I e acordasse, por exemplo, no século XV, talvez nem notasse significativa evolução do modo de viver e trabalhar. No entanto, se alguém do início do século XX viajasse no tempo para os tempos atuais, nem seria capaz de compreender o mundo em que passaria a viver. As dinâmicas do trabalho e da convivência em sociedade foram, em curto espaço de tempo, submetidas ao impacto de vertiginosa mutação tecnológica. No espaço de uma ou duas gerações, passamos da máquina de escrever ao computador, à internet, à nuvem, ao smartphone, ao teletrabalho viabilizado pelos mais diversos meios telemáticos, como e-mail, aplicativos de mensagens, chamadas de voz e de imagem para qualquer parte do planeta etc.

A maior parte dessas tecnologias é disruptiva do trabalho humano, eliminando empregos por obsolescência e criando

outros, acessíveis àqueles que dominam ou que são capazes de se adaptar rapidamente a tais novos saberes. Outras tecnologias afetam a própria estrutura jurídica da prestação do trabalho, como as tecnologias de intermediação do trabalho por aplicativos, colocando em dúvida os limites entre o trabalho subordinado por conta de outrem, e o trabalho autônomo.

As inovações tecnológicas disruptivas têm chegado em ondas, que alteraram profundamente a estruturação do trabalho na história recente. Sinteticamente, podemos destacar a mecanização nas fábricas, que retirou a centralidade da produção pelos artesãos e a concentrou em cada vez maiores unidades fabris, nas mãos de quem tivesse o capital para a aquisição de máquinas, utilizando-se de menos mão-de-obra. Tal movimento atingiu outro patamar a partir da organização fordista das linhas de produção. Mais recentemente, a robotização ou automação industrial continuou a reduzir a necessidade de mão-de-obra humana. Da mesma forma, a crescente informatização e mesmo o uso de inteligência artificial, tornam desnecessária a intervenção de trabalhadores em diversas tarefas burocráticas repetitivas, ou mesmo em *call centers*.

Todavia, talvez nada tenha causado tanto debate quanto aos direitos dos trabalhadores envolvidos como a intermediação do trabalho humano por aplicativos ou plataformas digitais. É difícil pensar, hoje, em qualquer pessoa no planeta, integrada à vida urbana, que com elas não tenha tido qualquer contato, seja como trabalhador, seja como usuário ou consumidor de tal modalidade de intermediação de serviços por plataformas digitais.

Não seria exagero dizer que migramos do *fordismo* (organização de todas as etapas produtivas concentradas em um empregador) para um *toyotismo* (organização dispersa em vários empregadores, por especialização), modelo que agora compete com um *uberismo* (ou *plataformismo*, como se queira), baseado no contato direto entre o prestador de serviços e o cliente final, mas sem a coordenação direta de um ser humano. Tal coordenação acaba sendo difusamente estruturada por meio de algumas regras de trabalho e de remuneração automaticamente aplicados pelo respectivo algoritmo do *software* de tais plataformas.

Veja-se que, ao contrário de outras inovações tecnológicas disruptivas, a plataformização não substituiu a mão de obra do prestador, nem alterou a prestação do serviço em si (o motorista ou o entregador, por exemplo, ainda prestam o mesmo serviço). A mudança vem pela forma como um interessado se candidata ao serviço, como o aplicativo gerencia a oferta e distribui os serviços, bem como o consumidor o solicita e recebe. Assim, não se substituiu a figura do prestador de serviço, mas sim sua coordenação humana, ao menos em uma acepção tradicional, de subordinação clássica.

Tal parece ser uma das maiores discussões jurídicas da atualidade, em todo o planeta – se a vinculação ao aplicativo configuraria uma relação de emprego ou não. O Brasil – e a maioria dos países – ainda não sedimentaram uma fórmula para enfrentamento da questão, remanescendo muitas dúvidas. Esses trabalhadores precisam que nível de proteção social? Que tipo de regulamentação?

Há bons argumentos para a configuração de vínculo de emprego, mas também fortes elementos apontando para relação de trabalho autônoma. Seria desejável regulamentação que conferisse um determinado nível de proteção social. Todavia, em sendo considerada típica relação de emprego, há risco de que tal modelo não seja economicamente viável.

A nível global, a discussão também está longe de seu final, mas há perspectivas importantes, advindas da União Europeia. Em Portugal, por exemplo, há recentíssima alteração do Código do Trabalho, onde incluído o art. 12^o-A, Lei n^o 13, de maio de 2023, estabelecendo presunções de existência de relação de emprego, devidamente adaptadas à realidade do trabalho por aplicativos, quando se verificar a presença de algumas das características lá examinadas. Não se trata de fato isolado. O Conselho da União Europeia, em junho de 2023, fechou acordo para submeter ao Parlamento europeu regulamentação similar à Portuguesa, após o que, os Estados-Membros estarão obrigados a adaptar suas legislações internas em conformidade.⁵

5. “Colaborador será considerado funcionário caso se enquadre em 3 de 7 critérios definidos pelo bloco. Um deles é a restrição para recusar serviço. Proposta segue para votação”. (Exame, 2023).

Considerações Finais

Para celebrar o Direito do Trabalho, nos oitenta anos de seu principal diploma normativo, a CLT, colacionamos algumas considerações históricas e provocações quanto ao futuro. A CLT é um produto de nossa história, e ao mesmo tempo fez história, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento econômico e social de nosso país. Espera-se – e acredita-se – ser plenamente possível compatibilizá-la com as novas figuras laborais surgidas com as sucessivas revoluções tecnológicas, em seu vertiginoso ritmo, que cresce geometricamente neste Terceiro Milênio. É preciso que possamos promover adequada regulamentação para os novos fatos, preservando-se o complexo equilíbrio das relações sociais e econômicas, a fim de sempre maximizar avanços e evitar retrocessos na proteção aos direitos humanos, finalidade última de nossa Constituição e do Poder Judiciário como um todo.

Referências

CARMO, Júlio Bernardo do. Setenta anos da CLT, uma retrospectiva histórica. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, 2013, v. 2, n. 24, p. 65-76.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho no Brasil: formação e desenvolvimento**, Colônia, Império e República. Salvador: Juspodivum, 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Civil Rights Act of 1964**, P.L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), atualmente consolidada no United States Code, 42 U.S.C. §§ 1981-2000h-6 (2020). Disponível respectivamente em: <www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-78/pdf/STATUTE-78-Pg241.pdf#page=1> e <www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21#>. Acesso em: 04 set. 2023.

EXAME. **União Europeia cria regras para reconhecer vínculo formal entre trabalhadores e Uber**. 12/06/2023, 14h05min. Disponível em <<https://exame.com/mundo/uniao-europeia-cria-regras-para-que-trabalhadores-tenham-vinculo-formal-com-a-uber/>>. Acesso em: 21 jul. 2023.

FRANCO, Raquel Veras; MOREIRA, Leonardo Neves. A história da Justiça do Trabalho no Brasil: o olhar do TST. In TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **A história da Justiça do Trabalho no Brasil: multiplicidade de olhares**. 2011.

PITAS, José Severino da Silva. História da Justiça do Trabalho: competência. **Revista de Direito do Trabalho**, n. 120, 2005, p. 114 a 134.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Um pouco de história do direito brasileiro do trabalho. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, jun. 2009, v. 73, n. 6, p. 647-649.

ACIDENTES NO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS: INDENIZAÇÃO POR DANOS FUTUROS

ACCIDENTS AT THE WORKPLACE AND OCCUPATIONAL DISEASES: COMPENSATION FOR FUTURE DAMAGES

Amaury Rodrigues Pinto Junior ¹

Resumo:

O presente ensaio propõe a discussão sobre as demandas revisionais cujo objetivo consiste em alterar a quantificação do dano resultante de sentenças transitadas em julgado que tenham deferido indenizações futuras decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. A pesquisa é descritivo-analítica e a abordagem é qualitativa, com estudo baseado em revisão de literatura.

Palavras-chave: Acidente de trabalho; doenças ocupacionais; danos futuros.

Abstract:

his essay proposes a discussion on revisionist claims, the aim of which is to change the quantification of damages resulting from final and unappealable judgments that have granted future compensation arising from accidents at work or occupational diseases. The research is descriptive-analytical and the approach is qualitative, with a study based on a literature review.

1. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo – USP. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1113558629531868>

Keywords: *Workplace accidents; occupational diseases; future damage.*

Introdução

Em ações indenizatórias de danos ocasionados por acidentes de trabalho ou doenças profissionais, não é raro que nos deparemos com situações em que não é possível determinar, em definitivo, as consequências do ato ou fato ilícito. Os danos que precisarão ser reparados não estão restritos aos já ocorridos, pois o princípio da reparação integral exige que também os danos futuros sejam indenizados, ainda que não se possa quantificá-los no momento da formulação do pedido.

O art. 286, II, do Código de Processo Civil de 1973 já antevia essa dificuldade no momento da confecção da petição inicial, motivo pelo qual autorizou, nesses casos, a formulação de pretensão genérica. O Código de Processo Civil de 2015 confirmou essa autorização no art. 324, II, o que bem evidencia a atualidade do tema que, em verdade, é atemporal.

Não são poucas as vezes em que a impossibilidade de aferição quantitativa dos danos persiste até o tempo do julgamento e com um agravante: sem que haja a mínima previsão de quando serão definitivas as consequências do ato/fato ilícito. Em outras oportunidades, há aparente definição dos efeitos acarretados pelo acidente do trabalho/doença profissional, porém, alterações supervenientes nas circunstâncias fáticas provocam relevantes modificações na quantificação dos prejuízos.

O futuro é incerto, mas a sentença jamais o poderá ser, e como ao juiz não é autorizada a prolação de sentença condicional, torna-se imperiosa a utilização do quadro fático existente no tempo do julgamento para se definir o provimento indenizatório cabível. Disciplina o art. 492, parágrafo único, do CPC/2015: “A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional”. Ainda quando provê para o futuro, como ocorre quando defere pensionamento, o julgador adota presunções autorizadas pelo ordenamento jurídico (Dinamarco, 2019), sendo a principal delas a de que as circunstâncias fáticas não se alterarão com o decorrer do tempo.

Quando circunstâncias fáticas relevantes se modificam após o ajuizamento da ação, mas antes da prolação da sentença, elas devem ser consideradas pelo juiz no momento do julgamento. (Pinto Junior, 2014).

Quando, eventualmente, ocorrerem alterações relevantes nas circunstâncias fáticas que definiram o provimento jurisdicional, é justo e legal que ele seja revisto. Por isso é que o art. 505, I do Código de Processo Civil estabelece exceção à regra que proíbe ao juiz rever suas decisões, prevendo-a no caso em que “tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

A disposição legal em comento revela que a revisão do comando imperativo que provém da sentença transitada em julgado não é automática ou pode ser implementada de ofício, cabendo ao interessado pedir revisão do anteriormente estatuído, pretensão que deverá ser veiculada por meio de nova demanda, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A ação de revisão ou de modificação, como intitula Pontes de Miranda (1997) é escassamente utilizada no âmbito das rotinas processuais trabalhistas, sendo oportuno aprofundar seus objetivos, pressupostos e principais características.

O ensaio pretende trazer ao debate peculiaridades próprias das demandas revisionais, as quais passam, por diversas vezes, desapercibidas dos operadores do direito do trabalho, exatamente em decorrência de sua pouca utilização.

1. Características essenciais e hipóteses de cabimento

Embora o presente estudo, por questão metodológica, esteja concentrado na demanda revisional que tenha por objetivo alterar a quantificação do dano resultante de sentenças transitadas em julgado que tenham deferido indenizações futuras decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais é importante destacar sua incidência e aplicabilidade em todas as causas em que a sentença disciplina relações jurídicas continuativas, ou, em

outras palavras, relações jurídicas que continuam a existir mesmo após a prolação do julgamento que as disciplina. No campo do direito do trabalho, sempre que a relação de emprego sobreviva ao ajuizamento da ação e ao trânsito em julgado da sentença respectiva, haverá possibilidade da utilização da demanda revisional.

E quando surgir uma alteração da situação fática ou de direito que seja relevante, ou seja, suficiente para autorizar a modificação do estatuído na sentença, a demanda revisional não será apenas cabível, será imprescindível, pois o juiz da execução não poderá acolher a pretensão veiculada, por exemplo, em embargos à execução, sob pena de indiscutível violação da coisa julgada.

A ação revisional, porém, não ofende ou se constitui em exceção ao instituto da coisa julgada, pois a sentença transitada em julgado continuará válida e eficaz em relação às premissas definitivamente estabelecidas. Essas premissas não poderão ser objeto de contestação ou reavaliação na demanda revisional, que, ao contrário, tê-las-á como fundamento básico e indiscutível para o provimento almejado. Na ação de revisão parte-se dos pressupostos fixados na sentença revisanda para, à luz das novas circunstâncias fáticas, buscar provimento compatível e harmônico.

Daí por que a doutrina sustenta que o pedido revisional não olvida, antes faz cumprir com maior perfeição, o comando que emerge da sentença original, transitada em julgado. Sobre o tema, destaque-se:

O segundo julgamento em outra ação apenas ajusta o comando da sentença anterior à nova realidade fática, para garantir a continuidade do espírito de justiça do valor ou percentual da indenização fixada em forma de pensionamento. Presume-se que o prolator do primeiro julgamento, se estivesse diante desse novo estado de fato da vítima, teria proferido a mesma sentença da ação revisional. Pode-se afirmar, portanto, que não há desrespeito, mas verdadeira fidelidade à coisa julgada [...] (Oliveira, 2022, p. 577).

A pretensão revisional, portanto, não reaviva questões pertinentes ao reconhecimento judicial do dever de indenizar: sua existência incontestada é pressuposto inicial e básico para que se

veicule o pedido modificatório da disposição sentencial. O problema envolverá sempre a extensão do dano que precisa ser indenizado, pois o cabimento da revisão está intrinsecamente ligado à faculdade legal de se optar pelo ajuizamento de pretensão indenizatória antes de exauridas as consequências dos atos/fatos ilícitos.

A demanda revisional tem como objetivo modificar disposição sentencial referente a prestações sucessivas e futuras, que, no âmbito das ações de indenização por danos decorrentes de acidentes do trabalho, estão restritas ao pensionamento (originalmente deferido ou indeferido)² e danos emergentes futuros³.

É preciso registrar, porém, que o agravamento de lesões acidentárias ou doença ocupacional poderá justificar novas demandas indenizatórias veiculando pretensões associadas a novos danos emergentes e, até mesmo, novos prejuízos de natureza extrapatrimonial. Não serão, nesse caso, demandas revisionais, já que não objetivam modificar comando imperativo de sentença anterior. São prejuízos nem sequer cogitados na primeira demanda e que, portanto, não foram acolhidos ou rejeitados na sentença proferida naquele processo.

As principais modificações fáticas que poderão influenciar na extensão dos danos indenizáveis dizem respeito ao agravamento, atenuação ou desaparecimento das lesões/doenças incapacitantes. Além disso, em coerência com a ideia de que, para efeitos de pensionamento, importa mais a efetiva diminuição de ganho do que a incapacidade laborativa em si⁴, será de importância capital

2. Mesmo a sentença que indefere pensionamento e, portanto, não instaura relação jurídica de natureza continuativa poderá ser objeto de revisão. Isso ocorrerá quando posterior agravamento da lesão tornar o trabalhador incapacitado para o exercício de atividade laborativa ou quando o indeferimento tiver sido fundamentado na continuidade do vínculo empregatício sem prejuízo remuneratório e, posteriormente, ocorra rompimento contratual e surja o prejuízo material, inexistente até o momento da sentença original.

3. Como, por exemplo, sessões de fisioterapia ou psiquiátricas que precisarão ser realizadas durante vários anos.

4. Defende-se que a deficiência física ocasionada pelo acidente do trabalho deve ser indenizada a outro título: dano extrapatrimonial. O pensionamento indeniza os “lucros cessantes”, que se caracterizam pela perda do rendimento mensal resultante da atividade laborativa. Se não há perda remuneratória, não há prejuízo material a ser indenizado, ainda que persista o defeito físico que teoricamente ocasiona perda da capacidade para o exercício de atividade laboral (Pinto Junior, 2016, p. 100). É

eventual modificação concreta na percepção de rendimentos por parte do trabalhador incapacitado. Assim, por exemplo, se o trabalhador sofreu lesão que reduziu sua capacidade laborativa (parcial ou totalmente), mas manteve íntegro o vínculo empregatício e a remuneração respectiva até o momento da prolação da sentença, poderá o juiz, tendo como fundamento o escopo indenizatório da reparação civil e o viés negativo do princípio da reparação integral, indeferir-lhe o pensionamento.

Nessas hipóteses, caso, posteriormente, o trabalhador perca o emprego e fique sem rendimentos, mantida sua incapacidade laborativa, poderá ingressar em juízo com demanda revisional e, com lastro na modificação da situação fática (situação de desemprego superveniente), vindicar o pensionamento que inicialmente não lhe foi deferido.

De outro modo, o pensionamento deferido de modo vitalício, por suposição de que a incapacidade laborativa seria permanente, poderá ser objeto de pretensão revisional caso, contrariando todas as previsões, ocorra o completo desaparecimento da lesão/doença.

preciso reconhecer, entretanto, que na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho prevalece o cabimento da condenação indenizatória pela simples ocorrência da incapacidade laborativa, ainda que o trabalhador tenha conservado o emprego e a remuneração, sendo apenas readaptado de função. Neste sentido: “RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE. EMPREGADO QUE CONTINUA NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Nos termos do artigo 950 do CCB, no caso de ofensa à saúde que ocasione perda ou limitação da capacidade laboral, é devida indenização a título de danos materiais. O trabalhador foi admitido com a audição normal, sendo constatada perda auditiva em que o trabalho concorreu para a doença ocupacional, necessária a reparação proporcional ao comprometimento funcional pela redução da capacidade, nos termos da norma citada. Registre-se que o fato do empregado voltar a trabalhar, ou mesmo permanecer no emprego, sem a redução do padrão salarial, não enseja a conclusão de que não é devida a indenização por danos materiais. Isto porque, deve-se levar em consideração as repercussões do dano na esfera pessoal do empregado, bem como a possibilidade ou não de se conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho, se necessário, sem que a limitação interfira na admissão e até na remuneração. Ademais, a indenização por danos materiais, no caso, decorre do ato ilícito praticado pela reclamada que enseja o pagamento de pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação que sofreu, o que restou devidamente constatado no caso em exame, a determinar a devida reparação, que não se confunde com o salário pago pela permanência no emprego. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-ARR – 1233-28.2013.5.04.0232 Data de Julgamento: 14/06/2018, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018).

Enfim, como destaca Antônio Lindbergh Montenegro (2005, p. 218): “tanto seria injusto continuar a pagar-se uma pensão por incapacidade física que deixou de existir, quanto não reajustar essa mesma pensão, como se exprime Alfredo Orgaz, ‘por força de uma agravação imprevista’”. Assim, qualquer circunstância fática apta a influir na extensão do dano indenizável autorizará o manejo da ação revisional, competindo ao autor da demanda provar a efetiva ocorrência da modificação de fato e sua relação com o fator causal que justificou a sentença condenatória que se pretende revisar.

Acerca do tema, cumpre salientar que a vinculação causal com a demanda originária é bem destacada por Sebastião Geraldo de Oliveira (2022, p. 577):

[...] se o reclamante postula aumento da pensão pelo agravamento da doença ocupacional, terá que comprovar o novo dano (agravamento da doença ou percentual de invalidez fixado na primeira sentença) e o nexos causal desse agravamento com a situação que gerou a referida doença ocupacional.

2. Forma de veiculação da pretensão revisional e competência para apreciá-la

A pretensão revisional não pode ser veiculada incidentalmente na execução da sentença que se pretende rever, impedimento que se justifica por vários motivos. Em primeiro plano, é preciso realçar que a revisão aqui tratada sempre almejará operar efeitos para o futuro (*ex nunc*), razão pela qual, por definição e natureza, não atingirá os efeitos pretéritos definidos na sentença transitada em julgado, os quais estão acobertados pelo manto da coisa julgada material. Há, portanto, absoluta incompatibilidade lógica entre a pretensão revisional e a execução de sentença: a primeira visa modificar efeitos futuros, enquanto a segunda existe para dar efetividade aos efeitos pretéritos do julgado. Ademais, não há previsão procedimental ou espaço propício para a veiculação da pretensão revisional: os embargos à execução e a impugnação à sentença de liquidação não se revelam como instrumentos adequados para a formulação de pedido de revisão,

exatamente porque foram idealizados para questionar o irregular descumprimento do julgado.

Finalmente, é impossível veicular a pretensão revisional como mero incidente porque a alegação de modificação fática exige observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, admitindo-se irrestrita dilação probatória e nova sentença para dispor a respeito dessa pretensão (revisional ou modificatória).

Inquestionável, portanto, que a pretensão revisional precisa ser veiculada em ação autônoma, consubstanciada em petição inicial que preencha todos os requisitos legalmente exigíveis. Ademais, deverá o autor apresentar, como documento indispensável (Art. 320, CPC/2015), cópia válida (legível e autenticada por um dos meios autorizados no ordenamento jurídico) da sentença revisanda. O réu da ação revisional (que poderá ser autor ou réu da primeira demanda) será regularmente citado para apresentar contestação, seguindo-se dilação probatória e julgamento, ou seja, observará o rito próprio das ações trabalhistas em geral.

A competência material para conhecer da ação revisional, por versar indenização decorrente de acidente do trabalho ou doença profissional, é da Justiça do Trabalho (Emenda Constitucional nº 45/2004), ainda que a sentença revisanda tenha sido proferida por juiz estadual e transitado em julgado perante a Justiça Comum (Oliveira, 2022, p. 576).

Não há, por outro lado, competência funcional do órgão jurisdicional que prolatou a sentença revisanda⁵ e tampouco é possível cogitar conexão, pois são demandas em fases distintas, que, portanto, não poderão ser reunidas para decisão conjunta. Ora, a conexão e a continência são institutos jurídicos que se justificam pela necessidade de reunir processos para julgamento simultâneo⁶, de forma a impedir decisões contraditórias. Esse

5. Tanto que, nas ações revisionais de alimentos e guarda, a competência é estabelecida pelo domicílio do alimentando ou de quem detém a guarda, pouco importando o juízo que prolatou a sentença revisanda.

6. É como disciplina expressamente o art. 57 do Código de Processo Civil: “Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas”.

objetivo é acentuado por Celso Agrícola Barbi (1991, p. 285): “Havendo conexão ou continência entre duas ou mais ações, de competência de juízos diferentes, elas devem ficar todas com um só juízo, que se tornará o único competente. Isto decorre da conveniência de serem decididas em *simultaneus processus*”. Nesse sentido, ponderação de Yussef Said Cahali (2002, p. 907):

Conforme já tivemos oportunidade de decidir, quanto à modificação de cláusulas sobre alimentos e guarda dos filhos, o CPC vigente repele a doutrina do anterior quando vincula a causa à precedente já julgada; a conexão e a continência somente submetem as causas ao mesmo juiz para evitar decisões conflitantes em desprestígio ao Judiciário; na realidade, mesmo a jurisprudência anterior se firmara no sentido de que a ação revisional é uma nova ação fundada em relação de direito material não originada no processo por via do qual as partes haviam se desquitado; assim também, a ação do pai para regulamentação do direito de visitar os filhos sob a guarda da mãe representa uma ação autônoma a ser ajuizada no domicílio da ré: não se trata de ação acessória, nem oriunda de outra.

Considere-se, entretanto, que nas ações revisionais de alimentos prepondera o interesse do alimentando, a justificar critério de distribuição de competência de natureza absoluta e que, por isso, prevalece sobre critérios de conveniência procedimental. É por isso que, nas demandas revisionais que versam a respeito de alimentos o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido de afastar prevenção que possibilite distribuição direcionada da ação de modificação. Vejam-se alguns precedentes:

PROCESSUALCIVIL.REVISIONAL DE ALIMENTOS.COMPETENCIA. PREVENÇÃO INEXISTENTE. A ação revisional de alimentos deve ser proposta no foro do domicílio ou da residência do alimentando, não se tornando prevento o juiz que julgou a causa-fonte. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Resp* 24045 RJ 1992/0016249-5. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgado em 10 de novembro de 1997. Diário da Justiça 16 mar. 1998, p. 133)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. RELAÇÃO

JURÍDICA CONTINUATIVA. PERMEABILIDADE A FATOS SUPERVENIENTES. MENOR HIPOSSUFICIENTE. INTERESSE PREPONDERANTE DESTES. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS (ART. 87 DO CPC). 1. A prestação de alimentos refere a uma relação jurídica continuativa, por tempo indeterminado, estando sujeita a modificações ditadas por comprovada alteração da situação fática justificadora de sua fixação. Os alimentos podem ser redimensionados ou afastados. 2. Assim, os alimentos podem ser revistos ainda no trâmite do processo originário ou em nova ação. **Essa demanda posterior não precisa ser proposta em face do mesmo juízo que fixou os alimentos originalmente, podendo ser proposta no novo domicílio do alimentando, nos termos do art. 100, II, do Código de Processo Civil. Até mesmo a execução do julgado pode se dar em comarca diversa daquela em que tramitou a ação de conhecimento, de modo a possibilitar o acesso à Justiça pelo alimentando.** Precedentes. 3. **O caráter continuativo da relação jurídica alimentar, conjugado com a índole social da ação de alimentos, autoriza que se mitigue a regra da perpetuatio jurisdictionis.** 4. **Isso porque se o alimentando mudar de domicílio logo após o final da lide, e ocorrerem fatos supervenientes que autorizem a propositura de ação de revisão de alimentos, essa vai ser proposta na comarca onde o alimentando tiver fixado novo domicílio. Do mesmo modo, a execução do julgado pode se dar no novo domicílio do alimentando, como acima visto. Assim, se a troca de domicílio ocorrer durante o curso da ação originária não parece razoável que se afaste esse entendimento com vistas somente no aspecto da estabilidade da lide, de marcante relevância para outras demandas, mas subalterno nas ações de alimentos, permeáveis que são a fatos supervenientes.** 5. Cumpre ressaltar, ademais, que no caso em tela o menor e a genitora se mudaram para o foro do domicílio do genitor; em São Paulo/SP, nada justificando a manutenção do curso da lide no Estado do Ceará, nem mesmo o interesse do alimentante. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional III – Jabaquara – SP18. (grifei e sublinhei) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, CC 114.461/SP, Rel. Ministro RAUL

ARAÚJO, julgado em 27/06/2012, DJe 10/08/2012)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PROTEÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. ART. 147, I, DO ECA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. 1 – **A Segunda Seção entende que a regra de competência insculpida no art. 147, I, do ECA, que visa a proteger o interesse da criança, é absoluta, ou seja, deve ser declarada de ofício, não sendo admissível sua prorrogação.** 2 – **Em discussões como a que ora se trava, prepondera o interesse do menor hipossuficiente, devendo prevalecer o foro do alimentando e de sua representante legal como o competente tanto para a ação de alimentos como para aquelas que lhe sucedam ou que lhe sejam conexas.** 3 – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Arneiroz, o suscitante. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, CC 102.849/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julgado em 27/05/2009, DJe 03/06/2009).

Não obstante, nas demandas revisionais de indenizações decorrentes de danos ocasionados por acidentes do trabalho e doenças ocupacionais não prevalece condição que justifique distribuição de competência por critério absoluto, sendo possível admitir a prevalência de regra que prestigie a conveniência procedimental. Assim, se a execução em trâmite diz respeito a prestações continuadas, é conveniente que a ação ordinária que pretenda modificar ou extinguir essas prestações seja distribuída por prevenção ao mesmo juízo, aplicando-se por analogia o disposto no art. 55, § 2º, I, do CPC, de modo a concentrar no mesmo órgão judicial a execução do título judicial fonte e derivado.

É nesse sentido que, invocando o art. 61 do CPC/2015, explica Sebastião Antonio de Oliveira (2022, p. 614): “A ação revisional de decisão da Justiça do Trabalho deverá ser ajuizada e decidida perante a Vara do Trabalho que a proferiu e estiver executando [...]”. A distribuição por prevenção, dentre outros benefícios, impedirá decisões contraditórias e até mesmo duplicidade de execuções. É por isso que, comentando o art. 108 do vetusto Código de Processo Civil de 1973, Celso Agrícola Barbi consigna, se referindo à demanda acessória, que

“Não importa que ela seja ajuizada antes, durante, ou depois da ação principal, nem o fato de esta já estar terminada” (Barbi, 1991), ela deverá ser distribuída no juízo que, no caso da ação de modificação, julgou a demanda principal e a está executando.

3. Situações especiais e a demanda revisional

Como já destacado, a pretensão revisional é viável nas demandas indenizatórias que disciplinam prestações sucessivas para o futuro, seja a título de perdas e danos ou lucros cessantes (pensionamento, como preferiu o Código Civil). Defendeu-se, também, a possibilidade de pedido revisional quando a indenização de prestações futuras foi indeferida por ausência de prejuízo até o momento do julgamento. Além dessas hipóteses, é importante dizer que a ação de modificação também deve ser admitida sempre que as consequências prejudiciais do ato ilícito sofrerem agravamento após o julgamento da ação indenizatória, ainda que não se esteja diante de uma relação jurídica de natureza continuativa.

Perceba-se que o legislador brasileiro possibilitou a modificação do estatuído em sentença não apenas nas hipóteses de relação jurídica de trato continuado (art. 505, I, do CPC), mas também nas situações em que não for possível estabelecer, no momento do julgamento, as consequências definitivas do ato ou fato (art. 324, III, do CPC). Ainda que não exista disposição legal expressa a respeito, parece muito lógico compreender que a opção legislativa de possibilitar a formulação de pedido genérico nessas circunstâncias compreende a permissão de julgamento com base na situação fática provisória e, em caso de sua alteração, posterior revisão da disciplina.

O que justifica o cabimento da ação revisional, portanto, não é a existência de prestações de trato continuado, mas a circunstância de a sentença haver disciplinado a relação jurídica com base em fatos suscetíveis de modificação futura legalmente relevante. Nessas situações, sempre que houver modificação dos fatos que fundamentaram o julgado, haverá necessidade de revisá-lo. A revisão, como já ressaltado, pressupõe a consideração da sentença anteriormente proferida como diploma disciplinador da

relação jurídica e a repercussão da modificação fática. Se o agravamento da lesão gerar “novo dano”, e não mera ampliação do dano anterior, o autor da nova ação indenizatória terá que provar mais uma vez todos os pressupostos que justificam a responsabilidade civil, pois a sentença proferida no processo anterior não faz coisa julgada material quanto aos seus fundamentos/motivos (ainda que relevantes). Se estivermos, porém, diante de mero agravamento de um prejuízo já disciplinado em sentença e que precisa ser revisto em razão de modificação fática relevante, bastará a prova do agravamento da lesão e do nexo causal com o acidente/doença ocupacional que justificou a condenação anterior.

Há, ainda, situações especiais que envolvem direitos futuros e fatos novos, a merecer abordagem individualizada. A primeira situação que necessita de esclarecimento especial diz respeito à morte do trabalhador beneficiado por pensionamento indenizatório por incapacidade laborativa deferido em sentença transitada em julgado. A morte do trabalhador, por óbvio, é fato extintivo do direito ao referido pensionamento, mas, nesse caso, dispensa-se ajuizamento de ação revisional.

Basta ao devedor apresentar o atestado de óbito do beneficiário e vindicar a extinção da execução. Isso porque a morte, embora seja fato futuro, é certo quanto a sua ocorrência, o que possibilita ao juiz fixá-la como termo final da condenação (pensionamento vitalício), e, mesmo quando se estabelece outro limite (por equivocada utilização de tabela de expectativa de vida), há implícita limitação ao tempo de vida do beneficiário.

Registre-se, todavia, que esse fato (a morte) poderá justificar outra demanda indenizatória. Se o falecimento ocorreu em consequência do agravamento do acidente/doença ocupacional, além de danos extrapatrimoniais novos, os herdeiros poderão vindicar pensionamento por morte. Essas pretensões, porém, não podem ser consideradas revisionais, pois abarcam direitos novos, e não mero realinhamento de direitos já reconhecidos. A distinção é importante, na medida em que o pedido revisional pressupõe indiscutibilidade dos pressupostos que fundamentaram a responsabilidade civil, o que não se dá em relação a novos pedidos,

a respeito dos quais será possível travar nova discussão, já que os fundamentos de uma sentença não fazem coisa julgada.

A segunda situação especial que merece abordagem individualizada diz respeito ao pensionamento que, por opção do trabalhador, foi quitado em quota única, na forma do art. 950, parágrafo único, do Código Civil. Em caso de posterior modificação da situação fática (agravamento, minoração ou eliminação da incapacidade), caberá pretensão revisional? Sebastião Geraldo de Oliveira considera possível, nesses casos, a proposição de demanda vindicando “dano suplementar”. Embora reconheça não se tratar de demanda revisional, afirma que “trata-se, na hipótese, de uma nova demanda com pedido e causa de pedir diferentes, fora dos limites objetivos da coisa julgada anterior”. (Oliveira, 2022, p. 583).

Não concordamos, porém, com essa linha argumentativa: o agravamento da lesão pode, é verdade, gerar novos danos, cuja indenização não se vindicou na primeira demanda e, portanto, aptos a caracterizar causa de pedir de demanda posterior. Se, entretanto, o autor vindicou pensionamento e o juiz deferiu parcialmente a pretensão, o posterior agravamento da lesão e ampliação da incapacidade configuram apenas ampliação quantitativa do dano, e não novo dano; a indenização do dano (lucro cessante) já foi vindicada e deferida, tanto que, se não houvesse pagamento em quota única, seria cabível, inquestionavelmente, ação revisional.

Em verdade, o art. 950, parágrafo único, do Código Civil prevê uma modalidade especial de quitação da obrigação de pagar pensionamento. Cabe ao credor optar entre a modalidade tradicional (de prestações sucessivas, que institui uma relação obrigacional de trato continuado) e a de parcela única (que impede o surgimento de uma relação jurídica continuativa). O fato de o trabalhador acidentado preferir esta àquela, não o impede de vindicar revisão em decorrência de agravamento posterior, pois como dito anteriormente, o que justifica o cabimento da ação revisional não é a existência de prestações de trato continuado, mas a circunstância de a sentença haver disciplinado a relação jurídica com base em fatos suscetíveis de modificação futura

legalmente relevante⁷.

Por outro lado, o empregador não poderá pedir devolução de valores pagos em razão de inesperada recuperação da capacidade laborativa. A obrigação fora extinta pela quitação em quota única, o que tornaria prejudicada a demanda revisional por falta de interesse de agir. É exatamente nesse sentido que defendem Estêvão Mallet e Flávio da Costa Higa (2013, p. 317):

É evidente que o recebimento da pensão em parcela única põe o credor ao abrigo do risco de revisão do crédito, com a redução do seu valor ou a cessação do pagamento. O que se recebeu não precisa ser restituído. Afinal, o pagamento no momento em que feito, não é indevido. Esse pagamento tem caráter “*fortaitaire et définitif*”.

Se a quitação ainda não ocorreu, porém, a pretensão revisional será viável, inclusive acompanhada de pretensão tutelar de urgência para suspender a execução correspondente, afinal, seria iníquo persistir em uma execução forjada em título executivo sujeito à revisão pela modificação da situação de fato (Liebman, 1984, p. 25; Cavalieri, 2015, p. 195), quando verificada a concretização do fato.

A última situação especial diz respeito à conciliação pela qual o empregador assume a obrigação de indenizar os prejuízos materiais e imateriais que resultaram do infortúnio. Mais uma vez registramos discordância com o entendimento exposto pelo estudioso e admirado doutrinador Sebastião Geraldo de Oliveira para quem surgindo agravamento do dano, será possível ajuizar nova ação, pois o termo de conciliação “só abrange os limites do pedido e das lesões até então conhecidas”. (Oliveira, 2022, p. 585). Considera ele que a transação deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 843 do Código Civil, motivo por que não se admite “quitação implícita de danos desconhecidos e futuros” (Oliveira, 2022, p. 586).

A discordância é fundamentada no raciocínio de que a

7. Defende-se que não caberia nem mesmo a demanda revisional sob o argumento de que se o autor optasse pela quitação em quota única, prevista no art. 950, parágrafo único, do Código Civil, abriria mão da possibilidade revisional. O argumento, entretanto, tornava contraditória a afirmação de que a revisão não está vinculada ao caráter sucessivo das prestações, além do que, a opção quanto à modalidade do pagamento não pode caracterizar renúncia a direitos futuros e incertos. (Pinto Junior, 2016).

transação objetiva eliminar e prevenir litígios, logo, há que se prestigiar a intenção das partes envolvidas, sob pena de se provocar insegurança jurídica e desestímulo à concretização desse saudável meio de eliminação de conflitos. Quando o credor dá integral quitação às obrigações indenizatórias decorrentes daquele acidente/doença, eventuais modificações posteriores na situação de fato (agravamento ou melhora) deixam de ser relevantes, porquanto extinta a obrigação em momento anterior.

Certamente, as partes, ao transacionarem, levaram em conta a possibilidade de futuras alterações no estado de saúde da vítima e, não obstante, resolveram não se sujeitar àquela eventualidade, extinguindo desde logo a relação jurídica obrigacional. Não há, aqui, espaço para revisão dos termos conciliados e, tampouco, para novas demandas versando sobre as consequências prejudiciais do acidente/doença ocupacional que foi objeto da transação.

É nesse sentido, a atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, sintetizada na Orientação Jurisprudencial nº 132 da SBDI-II: **“Acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista”**.

A amplitude conferida a essa Orientação Jurisprudencial abarca, inclusive, situações em que o acordo com cláusula de quitação geral foi firmado em demanda onde nem mesmo se discutiam repercussões decorrentes da responsabilidade civil por acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais:

ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA DIVERSA – APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 -, DANDO QUITAÇÃO GERAL E IRRESTRI- TA AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE RESSALVAS. EFICÁCIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 132 DA SBDI-2/TST. AMPLITUDE DA QUITAÇÃO, INCLUSIVE COM RELAÇÃO AOS PEDIDOS RELATIVOS A INDENIZAÇÕES POR DANOS DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL E/ OU ACIDENTE DE TRABALHO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. CONFIGURAÇÃO. Nos termos da OJ 132 da SBDI-2 do TST,

o acordo celebrado – homologado judicialmente – em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as demais parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista, em que se verifique a tríplice identidade dos elementos da ação. Na hipótese, extrai-se da decisão recorrida a existência de um acordo homologado judicialmente no bojo do processo nº 0021146-78.2016.5.04.0203. O Tribunal Regional, mantendo a sentença, decidiu pela inexistência de coisa julgada, aplicando, para tanto, o entendimento de que: “A quitação do contrato de trabalho em acordo judicial firmado em ação anterior, ainda que sem qualquer ressalva, não faz coisa julgada material em relação a pretensões indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho ou de doença a este equiparada, não deduzidas naquela ação” – nos moldes da Súmula 107 do TRT da 4ª Região. A Corte de origem, portanto, concluiu, assim como o Juízo de Primeiro Grau, que, embora no acordo homologado nos autos de reclamação anterior tenha sido conferida a quitação total dos pedidos da inicial e do contrato de trabalho, o referido acordo não abarcou todas as parcelas do contrato, mormente as relativas às indenizações decorrentes de doença ocupacional. Entretanto, como visto, tem incidência, no presente caso, a diretriz da OJ 132 da SBDI-2/TST, pois, embora na presente demanda se discutam parcelas referentes à doença ocupacional, a presente ação foi proposta após a vigência da EC 45/2004, bem como, posteriormente à homologação judicial do acordo celebrado entre as partes – em ação anteriormente ajuizada -, configurando-se, nesse contexto, a existência de coisa julgada, a obstaculizar o prosseguimento da presente ação. Julgados desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido quanto ao tema” (RR-21627-41.2016.5.04.0203, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 25/03/2022).

4. Prescrição e eficácia da sentença de procedência

No que diz respeito à ação de modificação do que estatuído em sentença transitada em julgado é preciso abordar a prescrição sob dois enfoques bem distintos: no primeiro plano, o prazo para

ajuizar a ação revisional e, no segundo o prazo retroativo de eficácia de uma sentença de procedência da pretensão revisional.

Sob esse primeiro enfoque, prazo para a propositura da ação de revisão, não é relevante a data do trânsito em julgado da sentença que se pretende modificar, pois o objetivo não é desconstituir o julgado, mas apenas atualizá-lo. Também não importa a data em que se verificou a mudança da situação de fato ou de direito que fundamenta a pretensão, pois estaremos sempre diante de parcelas de trato sucessivo, cada uma delas disciplinada pela ordem jurídica⁸ vigente na época de seu vencimento, o que atrai a disciplina da Súmula 294 do TST⁹.

Sempre que tivermos diante de direitos assegurados pelo espectro normativo e que se consubstanciem em parcelas de trato sucessivo, o prazo para reclamar contra o descumprimento deve ser contado a partir do vencimento de cada prestação. É assim com a complementação de aposentadoria, com o descumprimento do Plano de Cargos e Salários¹⁰ e até com prestações sucessivas devidas pela Fazenda Pública¹¹. Em situação concreta e que muito bem ilustra o raciocínio agora desenvolvido, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho assim consignou:

I – RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO AUTOR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REVISIONAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PREVISÃO EM CLÁUSULA DE NORMA COLETIVA. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR

8. No caso, a ordem jurídica é representada pela disciplina da sentença transitada em julgado.

9. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 294: 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

10. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 452 do TST: 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

11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 85 do STJ: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

NORMA COLETIVA SUPERVENIENTE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de ação revisional ajuizada com fundamento no art. 505, I, do CPC, em face da decisão proferida nos autos da Ação Trabalhista nº 0162900- 62.1995.5.04.0811, cujo trânsito em julgado ocorreu em 17.08.2009 e por meio da qual se condenou a ré ao pagamento de complementação de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho, conforme critérios definidos em Acordo Coletivo vigente à época do ajuizamento da ação. 2. O pedido revisional está fundamentado na modificação dos critérios definidos em Acordos Coletivos posteriores e sucessivamente renovados. 3. O Tribunal Regional decretou a prescrição total da pretensão revisional em razão de ter sido ajuizada dez anos depois da sentença transitada em julgado e mais de vinte anos depois da modificação relevante alegada. 4. Porém, em se tratando de demanda revisional, tem-se por irrelevante, para efeitos prescricionais, a data em que transitou em julgado a sentença que se pretende a modificação ou a data em que houve modificação da situação de fato ou de direito, pois estaremos sempre diante de parcelas de trato sucessivo, cada uma delas disciplinada pela ordem jurídica vigente na época de seu vencimento. 5. Essa é a característica que justifica o reconhecimento da prescrição parcial de que cogita a Súmula 327 do TST. (...) (RRAg-20190-76.2019.5.04.0811, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues, DEJT 07/02/2022).

Ultrapassada a questão da prescrição para o ajuizamento da ação revisional, uma vez julgada procedente a ação modificatória, surge o problema de se saber o momento da entrada em vigor das novas condições estipuladas na sentença revisional (seja para aumentar o valor das prestações mensais, seja para reduzi-lo ou, até mesmo, extinguir a obrigação). É aqui que precisaremos tratar do instituto prescricional sob o segundo enfoque: retroatividade da eficácia de uma sentença de procedência da pretensão revisional. E, no particular, preciosa é a ponderação de Sebastião Geraldo de Oliveira (2022, p. 580):

[...] convém mencionar que a pretensão deduzida na ação revisional não está sujeita à prescrição, visto que a segunda decisão só produzirá efeitos ex nunc a partir do ajuiza-

mento, conforme acima mencionado. Uma vez decidido na sentença anterior o pagamento da pensão mensal, o fundo do direito está garantido enquanto durar essa relação jurídica de natureza continuativa. Dessa forma, a ação revisional poderá ser ajuizada em qualquer época durante o pensionamento [...]

Realmente, a demora no ajuizamento da ação revisional prejudica aquele que se beneficiaria com a modificação da situação de fato ou de direito, pois prevalecerá a disciplina da sentença anterior. Os efeitos da sentença revisional precedente não retroagem à data da modificação ocorrida, mas ao do ajuizamento da ação de revisão, momento em que o autor poderá vindicar, inclusive, uma tutela antecipatória de urgência para adequação imediata à nova realidade, mas jamais poderá veicular uma pretensão retroativa.

A não retroatividade da demanda revisional é percebida em inúmeras situações: a Lei nº 8.245/1991, que versa sobre locações imobiliárias, disciplina que, na ação revisional de aluguel, o novo valor fixado em sentença retroage à data da citação, assim também sinalizando a Súmula 277 do STJ no que se refere aos alimentos em ação de investigação de paternidade¹². Já a Súmula 226 do STF assinala que, na antiga ação de desquite, os alimentos seriam devidos desde o ajuizamento da ação¹³, o que também deve prevalecer na Justiça do Trabalho, onde a citação é realizada, de regra, pelo correio.

No precedente da Primeira Turma, citado acima, tivemos a oportunidade de abordar a prescrição também sobre esse segundo enfoque: (...) 6. Embora verificada contrariedade à Súmula 327 do TST em relação à decretação da prescrição total do direito, há que se reconhecer uma distinção importante no fato de a pretensão, ainda que seja de diferenças de complementação de aposentadoria, ter natureza revisional.

12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 277, de 16 de junho de 2003. Julgada precedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 226, de 13 de dezembro de 1963. Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede.

7. A distinção está justamente no fato de que a situação jurídica estava disciplinada por sentença transitada em julgado e que não pode ser modificada retroativamente sem que se ofenda a coisa julgada até então soberana. 8. Exatamente por isso, a nova disciplina, resultante da modificação relevante da situação de fato ou de direito, só poderá ter eficácia a partir do ajuizamento da ação revisional, não sendo possível cogitar de prazo prescricional retroativo. 9. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido para, afastando a prescrição pronunciada, determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem para que examine a matéria de fundo, como entender de direito. (RRAg-20190-76.2019.5.04.0811, 1ª Turma, Relator Ministro Amaury Rodrigues, DEJT 07/02/2022).

Não há dúvida, portanto, de que a sentença revisional procedente opera efeitos *ex nunc*, visto que sua natureza é constitutiva, isto é, modifica (ou extingue) a relação jurídica continuativa.

Considerações Finais

A ação de revisão ou modificação se constitui em mecanismo previsto e resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, não como instrumento de desconstituição ou relativização da coisa julgada, mas de atualizá-la à realidade de momento posterior à sua concretização, tendo em consideração que a sentença disciplinou relação jurídica futura com o pressuposto relativo de que a situação de fato e de direito do momento de sua prolação perduraria no tempo.

A pretensão revisional não deve ser veiculada em embargos à execução, mas em ação autônoma em que se assegure o amplo contraditório e o exercício do direito de defesa, sendo competente para conhecê-la e decidi-la o mesmo juízo que conheceu originalmente da ação em que foi proferida a sentença que se pretende modificar.

Em consideração à sua característica peculiar e objetivo, não se pode falar em prazo decadencial (próprio das ações desconstitutiva) ou prescricional, mas a demora na sua proposição prejudica aquele que se beneficiaria da alteração relevante, na medida em que a nova disciplina teria eficácia *ex nunc* e a partir do ajuizamento da pretensão revisional.

Referências

- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **REsp 24045RJ 1992/0016249-5**. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgado em 10 de novembro de 1997. Diário da Justiça 16 mar. 1998, p. 133.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, **CC 114.461/SP**, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 27/06/2012, DJe 10/08/2012
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, **CC 102.849/CE**, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 27/05/2009, DJe 03/06/2009
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. rev., ampl. e atual. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 374.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MALLET, Estevão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única: implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único do Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 303-339, 2013, p. 317.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 13 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A estabilização da demanda e o direito superveniente. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, editora Revista dos Tribunais, ano 39, v. 277, 2014, p. 87-103.
- PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. **A quantificação do dano**: acidente do trabalho e doenças ocupacionais. São Paulo: LTr, 2016, p. 100-102.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V, n. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 148.

O TRABALHO NA ERA DIGITAL: CONSTRUÇÃO DO MARCO JURÍDICO

WORK IN THE DIGITAL AGE: CONSTRUCTION OF THE LEGAL FRAMEWORK

Arnaldo Boson Paes¹

Resumo

Este artigo reflete sobre o trabalho no contexto da “revolução digital”, da *gig economy* e do trabalho por plataformas, indicando premissas para a construção do marco jurídico. Defende a subsistência da centralidade do trabalho na era digital e a necessidade de redefinição do debate em torno do futuro do trabalho, além de propor que a análise deve estar concentrada menos na quantidade de postos que eventualmente serão perdidos e mais na qualidade do trabalho na era digital. Examina a diversidade de atividades atualmente desenvolvidas por meio das plataformas, sobretudo as que têm por objeto central o trabalho humano. Ao identificar a flexibilidade, a adaptabilidade e a modernidade da categoria “subordinação jurídica”, ressalta sua operabilidade para o enquadramento de alguns tipos de trabalhadores de plataformas como empregados. Por fim, aponta as possibilidades de controle que as novas ferramentas tecnológicas permitem realizar sobre a vida profissional e pessoal dos trabalhadores e elenca aspectos que devem ser considerados na construção do marco regulatório do trabalho na era digital.

Palavras-chave: Trabalho na era digital; futuro do trabalho; inovações tecnológicas; marco jurídico.

1. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (Piauí). Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla La Mancha, Espanha. MESTRE em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM/Espanha). Professor da UNINASSAU (Teresina). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/573653335342210>

Abstract

This paper brings some reflections on work in the context of the “digital revolution”, the gig economy and platform work, pointing to premises for the construction of the legal framework. It defends the persistence of the centrality of work in the digital age and the need to redefine the debate around the future of work, in addition to proposing that the analysis should be focused less on the number of jobs that will eventually be lost and more on the quality of work in the digital age. It examines the diversity of activities currently carried out through platforms, especially those whose central object is human work. By identifying the flexibility, adaptability and modernity of the “legal subordination” category, it highlights its operability for framing some types of platform workers as employees. Finally, it points out the possibilities of control that the new technological tools allow to carry out over the professional and personal life of workers and lists aspects that must be considered in the construction of the regulatory framework for work in the digital age.

Keywords: *Work in the digital age; future of work; technological innovations; legal framework.*

Introdução

Falar sobre o futuro do trabalho não parece ser uma tarefa fácil. Talvez, antes disso, como questão anterior, se devesse perguntar se, a depender do futuro, haverá futuro para o trabalho ou até mesmo se haverá trabalho no futuro, dado que essa dimensão do tempo é insondável. É que se dependesse de profecias e vaticínios tantas vezes repetidos, poder-se-ia dizer que o presente ensaio tem um problema metodológico de difícil solução, visto que impossível falar sobre um objeto cuja morte foi anunciada.

Mas grande parte das profecias não se confirma e uma delas, cujo discurso é recidivo, diz respeito ao tão apregoado fim do trabalho ou, no limite, o fim do trabalho como uma questão central. Talvez por isso o tema desperte tanto interesse e fascínio, decorrendo daí que ao longo da história tem ocupado um espaço permanente no imaginário do homem e de sua história.

O problema se acentua a cada inovação tecnológica, fazendo surgir variadas questões sobre seu impacto no mundo do trabalho. Os postos de trabalho serão substituídos pela nova tecnologia? Qual o perfil das futuras ocupações? O padrão regulatório do ordenamento juslaboral se ajusta às novas formas de trabalho? Quais as soluções regulatórias mais adequadas para moldar o trabalho do amanhã? O marco jurídico deve ser mais flexível ou mais garantista?

Tais questões são cada vez mais urgentes no contexto da “revolução digital”, da *gig economy* e da intensificação do trabalho por meio de plataformas digitais. Proliferam-se atividades desenvolvidas por meio do *marketplaces*, em que plataformas passam a intermediar negócios. Essas atividades passam a coexistir com outras, em que serviços centrados no trabalho humano são ofertados por meio de plataformas, que tanto podem assumir formas de trabalho autônomo como formas de trabalho subordinado.

Refletir sobre o futuro do trabalho é ajudar a construí-lo. Mas não se trata de discutir aqui um futuro distante, fictício ou especulativo. O futuro contemplado é, em essência, a evolução possível das realidades atuais. Debate-se justamente o futuro a ser construído por meio da visão crítica, da resistência coletiva e da mudança de perspectivas, a partir da ideia-força de que a tecnologia deve ser dominada, regulada e utilizada em proveito do ser humano e da sociedade.

Isso por uma razão bem simples: não podemos perder de vista que a centralidade deve estar no homem e não na máquina. E como são as disputas e as atitudes de hoje que desenharão os contornos do amanhã, evidenciam-se a relevância e a urgência do debate em torno da construção do marco regulatório do trabalho na era digital.

A relação entre o homem e a tecnologia vem de longe, mas nos últimos tempos tem crescido em complexidade. A julgar pela extensão, continuidade e velocidade das transformações, parece adequado dizer que “*estamos ante un largo, un interminable proceso, no de una revolución, sino de revoluciones sucesivas, de mutaciones, de evoluciones, de rupturas, de reequilibros... en ca-*

dena". (Braudel, 1984, p. 470).

No contexto atual, *"el cambio tecnológico transforma la forma en que producimos, consumimos, gestionamos, nacemos y morimos"* (Uguina, 2017, p. 21). E como não poderia ser diferente, o fenômeno tem gerado novos arranjos produtivos que, como se fosse uma verdadeira mudança de paradigma, implicam na redefinição da forma de organização da sociedade e na desfiguração dos modos de realização do trabalho humano.

Implosão de postos de trabalho, substituição de postos por outros menos valorizados, desaparecimento de profissões, formas precárias de contratação de trabalhadores por meio de plataformas, efeitos das novas tecnologias na saúde física e mental dos trabalhadores, invasão de privacidade em razão do monitoramento eletrônico, excesso de trabalho e ausência do direito à desconexão, enfraquecimento das entidades sindicais devido ao rompimento dos laços de sociabilidade e ao isolamento.

Estas são, dentre outras, algumas das diferentes faces de uma mesma problemática, cujo enfrentamento é cada vez mais necessário e, por essa razão mesma, desafia a construção de um marco regulatório capaz de, não sendo possível sua neutralização, arrefecer os possíveis danos a serem suportados pelo trabalho, visto sob uma dupla perspectiva: como valor social e como condição de possibilidade da existência do próprio ser humano.

Ideias como "flexibilidade", "flexissegurança", "empregabilidade", "trabalhabilidade" e tantos outros conceitos têm sido manejados como respostas para adequar os mercados de trabalho aos novos contextos. Mas a história registra que essas categorias, e as respostas que oferecem, têm-se revelado insatisfatórias para atender às complexidades próprias dessas transformações, visto que, de sua aplicação, pura e simples, o resultado mais evidente vem a ser a precarização estrutural do trabalho.

Superadas essas ideias, a regulação do mercado de trabalho da era digital deve ter como premissa que "o trabalho não é uma mercadoria", conforme preconizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), de tal modo que a regulação deve se orientar necessariamente para a garantia da qualidade

do trabalho e a proteção da dignidade dos trabalhadores.

Este ensaio busca contribuir para o debate em torno da construção do marco regulatório do trabalho na era digital. Trata-se de caminho complexo que envolve múltiplas áreas do conhecimento. O Direito, por certo, desempenha papel relevante nessa trajetória. Por meio de estudos e reflexões, os juristas podem contribuir, a partir de experiências exitosas em diversas partes do mundo², para a construção de um marco doutrinário, normativo e jurisprudencial capaz de assegurar proteção jurídica e social aos trabalhadores na era digital.

O estudo, após identificar o equívoco da tese da perda da centralidade do trabalho na era digital, indica as metamorfoses do mercado de trabalho. Aponta as múltiplas atividades econômicas desenvolvidas por meio das plataformas digitais e faz a distinção entre as que envolvem simples negócios daquelas que têm como objeto essencial ou predominante o trabalho humano. Entre estas, distinguirá a prestação de trabalho realizada com autonomia daquelas desenvolvidas com subordinação jurídica.

Por se tratar de uma questão central no cenário das relações de trabalho, o estudo examinará também a noção de subordinação jurídica, procurando demonstrar em que medida seus traços de flexibilidade, adaptabilidade e modernidade autorizam o enquadramento de certas categorias de trabalhadores de plataformas como empregados.

Por fim, buscará demonstrar que o marco jurídico do trabalho na era digital deverá ser dotado de plasticidade de modo a ser rapidamente adaptável às inovações tecnológicas, a ser complementado por meio de regras pormenorizadas e específicas, para cujo fim emerge o importante papel que deverá ser desempenhado pelas entidades representativas de trabalhadores e empregadores através da negociação coletiva.

2. Na Califórnia, Estados Unidos da América, a lei estadual denominada AB5, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020, regula o trabalho em plataformas digitais, presumindo que todos os trabalhadores são empregados. Para uma análise desta experiência legislativa, conferir DUBAL, Veena B. *AB5 para democracia: segurança econômica e a regulação do trabalho do bico na Califórnia*, 2020, p. 373-386.

1. Centralidade do trabalho na era digital: o debate em torno da qualidade do trabalho do futuro

As transformações tecnológicas acompanham a trajetória da humanidade. Cada nova invenção tecnológica modifica o ecossistema que nos rodeia e nos condiciona. A denominada “revolução digital”, iniciada no começo do século XXI, tem provocado variados efeitos, resultando naquilo que tem sido designado como “sociedade pós-industrial”, “sociedade do conhecimento”, “sociedade da informação”.

O novo cenário envolve uma “inovação disruptiva”, em que as novas tecnologias alterariam o *status quo* para inovar radicalmente a realidade produtiva, emergindo uma verdadeira mudança de paradigma. Vem-se formando vasta literatura em torno do futuro do trabalho. Tornou-se quase lugar-comum a projeção de teses apocalípticas sobre o fim do trabalho, com afirmações peremptórias de que seu fim não seria uma hipótese, mas um fato certo e irreversível. Continua assim cruelmente atual a advertência de que não seria possível imaginar cenário pior do que “a perspectiva de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho” (Arendt, 2016, p. 53).

Teses defensoras da perda da centralidade do trabalho são encontradas por toda parte. “Desaparição do trabalho” (Meda, 1998), “fim do trabalho” (Rifkin, 1995), “o trabalho tornou-se dispensável” (Forrester, 1997), “crise da ética do trabalho” (Gorz, 1995) e “um mundo de desempregados” (Oppenheimer, 2018) são algumas das formulações. As reflexões concentram-se nos efeitos futuros de uma sociedade sem trabalho, orientadas para o desenvolvimento de novos modelos econômicos e sociais, baseados menos na proteção dos empregos e mais na proteção dos humanos, com a criação de mecanismos para suprir necessidades básicas, em que se incluiria a chamada renda mínima de cidadania.

A discussão envolvendo essas teses foi posteriormente atualizada, sugerindo a superação do labor degradado, precário, extenuante, seja pelo avanço tecnológico, seja pela difusão de empregos qualificados, do que resultaria o predomínio do “trabalho criativo” nas atividades de prestação de serviços. Na sociedade

pós-industrial, passariam a prevalecer tarefas de concepção e planejamento de processos produtivos, baseadas nas tecnologias da informação e comunicação (Castells, 2007). Essas formulações, no entanto, não encontram sustentação no mercado de trabalho atual, que, embora incerto, frágil e precário, está em expansão, sobretudo no setor de prestação de serviços.

A grande maioria das pessoas continua dependendo de forma exclusiva do labor para sobreviver. Com a explosão do trabalho baseado na prestação de serviços, potencializado pela tecnologia informacional-digital, em vez do fim do trabalho, vivencia-se “o crescimento exponencial do novo proletariado de serviços, uma variante global do que se pode denominar escravidão digital” (Antunes, 2018, p. 30).

A era digital impulsiona na realidade uma nova forma de assalariamento no setor de serviços, “um novo proletariado da indústria de serviços, sujeito à exploração do seu trabalho, desprovido do controle e da gestão do seu labor e que vem crescendo de maneira exponencial” (Antunes, 2018, p. 79). Subsiste então a centralidade do trabalho na era digital, mas a partir de novos matizes. Isso porque a manutenção da estrutura do trabalho subordinado constitui o fundamento do sistema capitalista de produção. Esta inclusive a razão de ser do Direito do Trabalho, marcado pelo avanço progressivo do trabalho subordinado e do retrocesso paulatino do trabalho por conta própria.

Nessa perspectiva, a subsistência do labor autônomo não implicará eliminação ou redução substancial do labor subordinado, na medida em que não parece crível um modelo econômico em que os prestadores de serviços possam decidir a cada dia quando, como, com quem e para quem desenvolverão suas atividades (Uguina, 2017, p. 49).

Logo, o debate em torno da reconstrução do mercado de trabalho não deve priorizar aspectos quantitativos relacionados ao número de empregos que serão perdidos. Essa forma de abordagem segue uma linha baseada no determinismo tecnológico, supondo que os avanços da tecnologia sempre implicarão progresso, em especial para os trabalhadores que desenvolvem as habilidades

que lhes garantam a permanência nos postos de trabalho.

Outra suposição é que os desenvolvimentos são sempre inevitáveis, de modo que a limitação do uso das tecnologias reduziria o progresso. Nesse cenário, a regulação sobre a introdução de novas tecnologias e suas implicações na quantidade e qualidade dos empregos não poderia ser implementada e qualquer tentativa nesse sentido dificultaria a inovação e levaria a perdas econômicas, com prejuízos para toda a sociedade (Stefano, 2020). Essas suposições são obviamente equivocadas, conforme demonstra a regulação que vai se formando em vários países para mitigar os efeitos potencialmente danosos em decorrência da automação e da inovação tecnológica na quantidade e na qualidade dos postos de trabalho.

Diversos países já dispõem de regulação para atenuar o impacto social das dispensas em massa e da perda de ocupações e começam instituir mecanismos para diminuir seu impacto na qualidade dos postos de trabalho, baseados principalmente na racionalização e na limitação dos poderes de gestão do tomador dos serviços, de modo a preservar a dignidade humana e os direitos dos trabalhadores (Stefano, 2020).

2. Diversidades de trabalho desenvolvido por meio de plataformas

O mundo do trabalho tem sido impactado pelo advento de novas soluções tecnológicas baseadas em plataformas que permitem o desenvolvimento de novos negócios e novas formas de trabalho.

Por meio da internet, através de aplicativos instalados em aparelhos *smartphones*, produtos são disponibilizados no mercado e a oferta de prestação de serviços circula amplamente, fomentando contatos entre a oferta e a demanda. Operadas por meio de plataformas digitais, essas atividades assumem diversos modelos, designados *marketplaces*, expressão proveniente da transposição da ideia de “mercado”, “feira-livre”, para a rede mundial de computadores, estruturando a denominada *gig economy* (Carelli, 2020, p. 65-83).

Plataformas digitais passaram então a intermediar a comercialização de produtos por meio da internet, a exemplo da Amazon, AliExpress, Shoppe, Rakuten e Ebay. São exemplos no Brasil o Mercado Livre, a Magazine Luiza e as Americanas.

Empresas tradicionais seguiram a tendência, ajustando seus modelos de negócios para venda de seus produtos pelo *e-commerce*, por meio de lojas virtuais, concorrendo com as lojas físicas. Outras empresas, além de praticarem o comércio eletrônico de seus próprios produtos, passaram a disponibilizar suas plataformas para a comercialização de produtos por outras empresas, atuando como intermediária para a realização de negócios.

Esse modelo inspirou o surgimento de plataformas para a oferta de prestação de serviços. O Airbnb tornou-se referência como plataforma para fomentar o intercâmbio entre viajantes e pessoas interessadas em disponibilizar um imóvel ou parte dele para ocupação onerosa por curtos períodos. Mas esse modelo de negócio assume maior complexidade quando a oferta de serviço é centrada no elemento humano.

Quando o produto ou serviço ofertado baseia-se prioritariamente na prestação de trabalho, o desenvolvimento da atividade pode assumir contornos jurídicos distintos. A plataforma pode atuar como mera intermediadora entre trabalhadores e demandantes de serviços, a exemplo da Cathos e da Infojobs, figurando nesse caso como simples empresa de “classificados virtuais”. A plataforma pode viabilizar ainda o contato entre trabalhadores e clientes para realização de pequenas tarefas, como a GetNinjas, sem qualquer interferência na prestação de serviços.

Nos exemplos as plataformas atuam como *marketplace*, participando da construção de ambientes a partir dos quais os negócios se desenvolvem. Nos dois últimos exemplos funcionam como espécie de agência de emprego, promovendo a aproximação entre ofertas e postos de trabalho. A plataforma limita-se a distribuir trabalho a uma multidão disposta a prestar vários tipos de tarefa, sem vincular-se a um serviço específico. Tampouco há interferência nas tratativas, como definição do preço, qualidade do produto ou condições da prestação de serviços.

A autonomia existente na prestação dos serviços afasta a configuração da relação de emprego. Mas isso não dispensa a necessidade da regulação jurídica, como inclusive já prevê a Convenção nº 181 da OIT, ao dispor sobre o desenvolvimento de atividades por agências de emprego privada.

A OIT inclusive reconhece vantagens em algumas formas de labor desenvolvido por meio de plataformas, a exemplo do *crowdsourcing*, em particular por permitir o desempenho da atividade de qualquer lugar, a qualquer momento e possibilitar a aceitação da oferta mais conveniente.

Mas ressalva os seus riscos, como a percepção de ganhos inadequados, ausência de controle sobre a quantidade de atividades disponível, inexistência de controle sobre as reais condições da prestação dos serviços e falta de instrumentos para questionar a inobservância do ajuste. Por isso, objetivando fomentar o trabalho decente em plataformas digitais, a OIT relaciona dezoito propostas para regulamentação desse tipo de trabalho, caracterizado pela grande variedade de microtarefas (Oficina Internacional del Trabajo, 2019).

Ocorre que as atividades realizadas por meio de plataformas, enquadradas como *marketplace*, que podem envolver comercialização de produtos ou serviços ou prestação de trabalho com autonomia, não se confundem com outras formas de atividades caracterizadas pela subordinação jurídica. Essa distinção é fundamental, mas tem sido mal compreendida, sobretudo pela retórica das empresas de que fazem apenas a intermediação eletrônica entre oferta e procura, otimizando o mercado.

Nesse discurso, os seus trabalhadores seriam autônomos, não estariam submetidos a qualquer subordinação, não se sujeitariam a horários e poderiam inclusive recusar o labor ofertado. Para examinar o enquadramento jurídico desses trabalhadores, com enfoque naqueles que prestam serviços no transporte de pessoas e na entrega de produtos, é necessário analisar em que medida a plasticidade do conceito de subordinação jurídica permite caracterizar essa modalidade de labor como relação de emprego.

3. A subordinação jurídica no trabalho realizado por meio de plataformas

O surgimento do trabalho por meio de plataformas digitais, conhecido como *work-on-demand* via *apps*, ressuscita o debate sobre o conceito de subordinação jurídica e sua aplicação a essa forma de labor. Por meio da velha prática de evitar a incidência da ordem jurídica laboral, recorrendo à fuga ilícita para o trabalho autônomo, empresas têm fomentado a narrativa de que conceitos jurídicos antigos não se prestariam a solucionar questões derivadas do labor da era digital. Identificando-se como simples empresas de tecnologia, tais organizações defendem que somente realizariam a intermediação entre oferta e procura, de sorte que seus trabalhadores seriam autônomos, não se sujeitando à incidência da legislação laboral.

Ocorre que, por trás dessas formas de labor, escondem-se organizações antigas de trabalho, como é o caso do transporte de pessoas e produtos. Nessas “novas” formas há muita permanência, assim como “antigos” conceitos jurídicos continuam muito atuais. É o caso da subordinação jurídica, elemento central para caracterização do contrato de trabalho.

Como o labor via *apps* conserva traços que fundamentaram desde a origem as ideias de subordinação jurídica e contrato de trabalho, a adequada compreensão de tais categorias pode ser a chave aplicativa e explicativa para o enquadramento dos trabalhadores de plataformas como empregados, como inclusive vem sendo reconhecido por relevantes decisões judiciais em diversos países³.

O Direito do Trabalho não é o direito de todo o trabalho, mas apenas de “certo” trabalho. O seu objeto é a regulação do labor livre, remunerado e subordinado. Esse modelo de relação jurídica é recolhido da experiência social e sua constatação implica a incidência de certo tratamento normativo.

3. Entre outras decisões confirmando a relação de emprego, destacam-se: London Employment Appeal Tribunal, 10/Nov/2017, Uber X Aslam, nº UKEAT/0056/17/DA28; Suprema Corte da Califórnia, 30/Abr/2018, Dynamex Operations W, Inc. v. Superior Court, nº S222732, 2018 WL 1999120; e Corte de Cassação francesa, Câmara Social, 28/Nov/2018, *Take Eat Easy*, nº 17-20.079 PBRI.

Por meio do contrato de trabalho, o obreiro se insere em uma organização estruturada por outrem, de modo que o trabalho heterodeterminado, subordinado ou dependente constitui a nota essencial que justifica a aplicação do ordenamento juslaboral. Em razão da natureza fortemente assimétrica da relação, em que o obreiro se submete à autoridade, direção e fiscalização de outrem, inserindo-se no âmbito de organização, decorre a função tuitiva do direito laboral em relação ao prestador de trabalho.

A subordinação jurídica é o elemento distintivo do trabalho subordinado do trabalho autônomo. “Essa noção tem uma flexibilidade, uma adaptabilidade e uma modernidade muito maiores do que se pensa” (Drockès, 2020, p. 179). Além da existência de limites à subordinação, esta também comporta graus distintos. Pode assumir formas muito intensas, como também se exprimir em moldes bastante tênues e até potenciais. Assim, o empregado é aquele que está submetido a um poder de direção.

Mas isso não significa que a submissão deva envolver todos os aspectos da relação, haja vista que esta comporta alguma autonomia e liberdade de organização. Certa margem de liberdade de horário de trabalho é plenamente compatível com a subordinação jurídica, podendo coexistir com outras restrições impostas pelo tomador dos serviços, como a natureza do trabalho, as condições de seu exercício, a carga de atividades, sua intensidade.

No caso dos trabalhadores de plataformas, além de estarem integrados a uma organização desenvolvida por outrem, já configurando forte indício de subordinação, geralmente há forte dependência, pois a clientela passa pela plataforma que, em seguida, organiza e distribui o trabalho.

Não se trata de dependência total, haja vista ser inexigível a exclusividade dos trabalhadores, mas tal fato não afasta certo grau de dependência. Ademais, a liberdade de horário não é uma originalidade em relação a esses trabalhadores, ainda que seja acentuada em relação a eles, sendo muito comum em relação ao trabalhador por demanda, que o prestador dos serviços ganha conforme produz ou trabalha (Drockès, 2020, p. 179).

Há também forte submissão dos trabalhadores, posto que

quase sempre instruções concretas devam ser respeitadas. O cumprimento de tais especificações é controlado pelas plataformas, seja por meio do próprio *app*, seja pela avaliação dos clientes. Tal controle é reforçado pela adoção de um sistema de geolocalização e de interação em tempo real com o prestador de trabalho, revelando um modo de controle bastante eficaz.

Além disso, as plataformas, por conta própria, desconectam certos trabalhadores, sobretudo aqueles que são mal avaliados ou que não cumprem algumas das exigências por elas impostas. Evidenciada a subordinação jurídica, resulta simplista, dissimulado e fraudulento o falseamento da realidade sob a capa de um suposto trabalho autônomo.

A liberdade contratual não se confunde com a manipulação ilícita da relação, tampouco autoriza que os contratantes decidam arbitrariamente o regime jurídico aplicável. Constatando-se então o desenvolvimento de uma atividade em regime de subordinação jurídica, em troca de uma retribuição, emerge daí um contrato de trabalho, e não qualquer contrato de prestação de serviço.

Isso porque pouco importa a qualificação jurídica dada pelos contratantes, na medida em que o contrato de trabalho não é definido por aquilo que se promete fazer, muito menos pelo modo como se promete fazer. O seu enquadramento jurídico é determinado pelo que ele de fato o é, não pelo que as partes dizem ser, uma decorrência do princípio da primazia da realidade (Amado, 2020).

Para o Direito do Trabalho, que consagra a ideia do contrato-realidade, o enquadramento jurídico dos trabalhadores por *apps* deve priorizar a vontade real dos contratantes, desvelada pela efetiva execução contratual. Nesse sentido, “interessa menos o que as partes *dizem* do que aquilo que elas *fazem*, porque o que fazem ao longo da relação ilumina a real vontade das partes, isto é, espelha com fidelidade aquilo que elas *querem*”. Pesa ainda a circunstância de que “aquilo que elas dizem ou escrevem é, quase sempre, aquilo que uma delas diz ou escreve e a outra se limita a aceitar e subscrever” (Amado, 2020, p. 126-127).

Configurada então a relação em que uma pessoa presta uma

atividade, mediante retribuição, por meio de uma plataforma, presume-se uma relação de trabalho subordinado, que somente não prevalecerá diante de prova concreta em contrário.

Mas essa conclusão não indica que todos os trabalhadores por *apps* sejam empregados. Para tal configuração é necessário primeiramente que as plataformas coordenem atividades cujo objeto central é o trabalho, ou seja, que tenham como objeto essencial ou predominante o labor humano.

É necessário que a prestação do trabalho seja relevante, não acessória, de valor considerável, comparado àquele dos produtos transmitidos pelo intermediário da plataforma. Ademais, a formação do contrato pode ocorrer diretamente com a plataforma, mas eventualmente pode se estabelecer com o cliente, desde que não se trata de simples consumidor. O essencial é que fique evidenciado o exercício de um verdadeiro poder de direção sobre a atividade do trabalhador.

4. Construção do marco jurídico do trabalho na era digital

Uma abordagem sobre a regulação do trabalho na era digital deve ir além da discussão acerca do número de postos que poderão ser perdidos pela introdução de novas tecnologias. O debate deve-se concentrar na qualidade do trabalho, já fortemente impactado pela crescente utilização de ferramentas tecnológicas e sistemas de supervisão informatizados para gerir a mão de obra.

A tecnologia da informação e a inteligência artificial já permitem em grandes proporções a coleta e o processamento de dados sobre as atividades laborais. Dispositivos portáteis permitem registrar a localização e os movimentos dos trabalhadores em tempo real, medindo o seu ritmo e suas pausas. Permitem ainda o recolhimento de dados para avaliação da produtividade e da aptidão dos trabalhadores para execução de certas tarefas (Stefano, 2020).

Sistemas de navegação por satélite permitem monitorar a localização e a velocidade dos motoristas de caminhão e veículos de

entrega, bem como dos motoristas e entregadores que trabalham por *apps*. Podem também ser utilizados para medir a velocidade e a dedicação na execução das tarefas, podendo igualmente recolher informações sobre cálculo da pontuação e das avaliações atribuídas pelos clientes. Baixas pontuações ou desempenho aquém dos padrões podem ensejar a exclusão do trabalhador da plataforma. Além disso, decisões no ambiente de recursos humanos já são tomadas a partir de amplos conjuntos de dados, eventualmente coletados por meio de práticas invasivas e destinadas a identificar aspectos altamente pessoais (Stefano, 2020).

Além disso, redes sociais, relógios inteligentes, *wearables*, *webcam*, programas de bem-estar e *softwares* que registram atividades *online* e *offline*, permitindo inclusive capturas de tela de computadores, têm sido utilizados para realizar a vigilância não apenas no ambiente laboral, mas também para ter acesso a informações relacionadas a atividades realizadas fora do local de trabalho, diluindo assim as fronteiras entre trabalho e vida. Essas iniciativas podem configurar grave violação à privacidade e à intimidade das pessoas, afetando a própria dignidade humana (Stefano, 2020).

Esses aspectos, entre outros, demonstram a necessidade da existência de um marco regulatório adequado para a proteção do trabalho do futuro. O nível de proteção, decerto, deve-se ajustar à extensão e intensidade dos poderes de organização, direção e controle exercidos pelo tomador dos serviços sobre as atividades laborais.

A regulação, decerto, não se presta apenas a salvaguardar os trabalhadores em razão de sua condição de dependência, na medida em que servem principalmente para limitar e racionalizar o exercício unilateral dos poderes de gestão da mão de obra. Nesse sentido, a legislação laboral sobre remuneração, duração do trabalho, discriminação, privacidade, para citar apenas alguns aspectos, é ainda mais necessária com a crescente utilização das ferramentas tecnológicas.

Ademais, a regulação deve estar inserida no contexto dos direitos humanos fundamentais. Essa abordagem estimula a cons-

trução de um marco regulatório capaz de responder à necessidade de que os poderes de gestão e vigilância do tomador dos serviços não prejudiquem a dignidade do trabalhador.

Disso resulta a necessidade de criar ou atualizar regras destinadas a tutelar os trabalhadores contra práticas abusivas de fiscalização de suas atividades, potencializadas por sistemas de vigilância com alta tecnologia. Inserida a proteção laboral nos discursos dos direitos humanos fundamentais, eventual limitação de qualquer deles somente se legitima quando for indispensável para o exercício de outros direitos humanos fundamentais, observando-se em todo caso a máxima de proporcionalidade (Stefano, 2020).

A normatização sobre dados recolhidos acerca do desempenho profissional e das características pessoais dos trabalhadores, bem como sobre a forma como são coletados e tratados, tem sido até aqui negligenciada pelas legislações nacionais⁴. Além de proteger a intimidade dos trabalhadores, o modo como o trabalho é orientado pela utilização das novas tecnologias deve ser regulado a fim de assegurar que a busca de maior produtividade não implique riscos para a saúde e segurança no trabalho.

O exercício do poder disciplinar, a partir de dados coletados pelo monitoramento mecânico ou por processos algorítmicos, sobretudo quando envolvam questões como o aumento do ritmo de trabalho ou a intensificação da produção, deve ser objeto de adequada regulação. Critérios de avaliação transparentes, acessíveis aos trabalhadores, precisam estar garantidos, a fim de evitar resultados arbitrários ou discriminatórios, cuja decisão final deverá sempre ser tomada por humanos (Stefano, 2020).

A regulação deve orientar-se também para assegurar proteção contra dispensas individuais. Isso porque a perda do emprego implica consequências pessoais, sociais e econômicas manifestamente negativas, que devem ser ao menos mitigadas. O dever de proteção do emprego traz como contraponto o dever

4. A União Europeia normatizou minuciosamente essa matéria, por meio do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que dispõe sobre a proteção das pessoas quanto ao tratamento e à livre circulação de dados pessoais.

de o tomador motivar as dispensas.

Nesse ponto, os tratados internacionais sobre direitos humanos, a exemplo da Convenção nº 158 da OIT, podem desenvolver papel decisivo. A regulação deve contemplar proteção contra dispensa arbitrária, cujos parâmetros já estão delineados no artigo 4º do citado tratado, segundo o qual “não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador, a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Nas dispensas coletivas, para atenuar as perdas maciças de postos de trabalho em decorrência da intensificação do uso de novas tecnologias nos processos produtivos, impõe-se uma regulação que assegure uma adequada e efetiva participação dos atores sociais na gestão desses processos.

Contrariamente ao discurso de que a regulação implicaria restrição à inovação, deve-se partir do princípio de que o diálogo social pode traduzir resultados altamente positivos nas perspectivas econômicas e sociais. Procedimentos de informação e consulta aos trabalhadores já estão institucionalizados em instrumentos nacionais, regionais e internacionais. Citem-se, entre outros, a Convenção nº 158 da OIT e a Diretiva 2002/14 do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores no âmbito da União Europeia (Stefano, 2020).

A normatização deve ser dotada de grande plasticidade, de modo a adequar-se às amplas, intensas e rápidas inovações tecnológicas. Além do relevante papel a ser desempenhado pelas legislações nacionais, regionais e internacionais, dotadas de maior abrangência e generalidade, é fundamental potencializar o exercício dos direitos coletivos, em especial da negociação coletiva.

Por meio de uma regulação detalhada e específica, a negociação poderia, entre outros aspectos, dispor sobre uso da tecnologia digital, recolhimento de dados, utilização de algoritmos para orientar e disciplinar a força de trabalho, propriedade e gerenciamento dos dados e garantir que as decisões que afetem os trabalhadores, quando baseadas em dados coletados por meio da inteligência artificial,

sejam adotadas por humanos (Stefano, 2020).

A regulação do trabalho, a ser construída por instrumentos diversos, em âmbitos também diversos, deve ser complementada por meio de múltiplas iniciativas dos governos. O manejo de incentivos fiscais para estimular estratégias empresariais tecnológicas sustentáveis precisa ser potencializado.

O incremento espetacular de produtividade e riqueza decorrente do uso intensivo da alta tecnologia precisa ser redistribuído de forma socialmente justa. A desoneração dos encargos incidentes sobre os salários, tendo como contrapartida o aumento da carga tributária sobre atividades baseadas na automação em grande escala, permitiria devolver à sociedade ao menos uma parte dos enormes financeiros auferidos por gigantescas organizações empresariais.

Considerações Finais

O desenvolvimento de novas tecnologias, sobretudo aquelas associadas à digitalização e à robotização de processos produtivos, estimulam inovações por meio de ampla variedade de atividades. Isso tem provocado o desenvolvimento de novos modelos de consumo, gerando novas formas de negócios e afetando substancialmente as formas de trabalho.

Em uma sociedade em que a lógica econômica parece a única possível, estiolando de modo generalizado as normas democraticamente estatuídas, questiona-se a capacidade do Direito como regulador de condutas num cenário de incertezas, alto grau de volatilidade e de um futuro que parece cada vez menos suscetível à intervenção humana e mais sujeito ao controle por meio da inteligência artificial.

No campo das relações do trabalho teria ainda o Direito o poder de estabelecer os interditos que se fazem necessários, de sorte a estabelecer limites que assegurem o imprescindível equilíbrio entre o capital e o trabalho humano? Tem ainda algo a oferecer ou sua capacidade regulatória se exauriu? Dito de outro modo: diante um futuro cada vez mais imponderável, o Direito pode surpreender com uma espécie de refinamento que resulte

numa técnica de regulação que possa garantir a possibilidade real de se assegurar um trabalho digno?

Sendo verdade que o Direito, historicamente, tem cumprido papel essencial na humanização das novas tecnologias, não é menos verdadeiro dizer que, na contemporaneidade, o desafio no cumprimento dessa função, que pode ser dita antropológica do Direito, tem um grau maior de complexidade, não só por conta das inovações introduzidas pelas novas tecnologias, cujos limites parecem não ter fim, mas também porque o domínio da realidade tem sido cada vez mais entregue, de novo, às “leis do mercado”.

Ainda bem que aprendemos com as lições que a tradição nos tem legado. E a experiência recente demonstrou que o apelo à desregulamentação ou à flexibilização revelou-se temerária, agravando a desestruturação do mercado do trabalho, o que nos leva à conclusão de que talvez o ponto arquimediano esteja na conjugação de duas pontas que se encontram em lados opostos.

Numa palavra final: o verdadeiro desafio consiste em conjugar técnicas de regulação variadas, a serem produzidas em âmbitos distintos, por meio da heterorregulação e autorregulação.

É que, se por um lado, os avanços tecnológicos, que tornam mais amplos e intensos os poderes do tomador dos serviços sobre as atividades do obreiro, tanto no âmbito do trabalho quanto na vida privada, têm demonstrado que o direito laboral continua desempenhando papel crucial na regulação do trabalho humano, por outro, o modelo centrado no predomínio da lei e na atuação estatal de criação normativa, conquanto continue sendo absolutamente necessário, deve ser complementado por meio da atuação de diversas forças e centros de poder normativo, em especial por meio do protagonismo dos atores sociais.

Destarte, a regulação do trabalho do futuro deve ser conformada por meio de normas contidas em instrumentos nacionais, regionais e internacionais, dotados de maior abrangência e generalidade, cuja abordagem deve-se inserir no discurso dos direitos humanos fundamentais.

Além disso, deve ser objeto de regulação detalhada e específica por meio da negociação coletiva, tanto em nível setorial quanto

na dimensão do local de trabalho, permitindo maior adaptabilidade para responder rapidamente às necessidades decorrentes das inovações tecnológicas.

Por fim, a atuação adequada dos tribunais continua essencial, abrindo novos horizontes hermenêuticos para a construção de um movimento jurisprudencial em favor de uma qualificação jurídica que fomente o trabalho digno no contexto da digitalização do mercado de trabalho.

É nesse contexto, como resultado de uma soma de esforço conjunto, onde o papel de cada um dos atores sociais deve ser levado a sério, é que, a despeito dos avanços cada vez mais crescentes das novas tecnologias, sempre será reservado ao trabalho o lugar que ele merece, e para o qual sempre foi vocacionado desde os tempos imemoriais: o de centralidade, uma vez que se confunde com o próprio sentido do humano.

É que mesmo num contexto de ampliação e intensificação do uso das novas tecnologias, da digitalização, da robotização e da inteligência artificial, é difícil imaginar um cenário em que o trabalho humano e, no limite, o próprio homem será substituído pela máquina, justamente ela que, com o apoio do Direito, só existe em razão do ser humano. O desafio da regulação jurídica, ao intentar “controlar o futuro”, é fazer do trabalho um produto da inteligência humana que garanta a harmonização prática entre desenvolvimento tecnológico, redistribuição de riqueza e poder e coexistência social com justiça e dignidade.

Referências

AMADO, João Leal. A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). **Futuro do trabalho: os desafios da revolução industrial na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BRAUDEL, Fernand. **Civilización material, economía y capitalismo**. Tomo III. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). **Futuro do trabalho**: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DROCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). **Futuro do trabalho**: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

DUBAL, Veena B. AB5 para democracia: segurança econômica e a regulação do trabalho do bico na Califórnia. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). **Futuro do trabalho**: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

GORZ, Andre. **Metamorfosis del trabajo**. Madrid: Editorial Sistema, 1995.

MEDA, Dominique. **El trabajo. Un valor em peligro de extinción**. Barcelona: Gedisa, 1998.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital**. Ginebra: OIT, 2019.

OPPENHEIMER, Andrés. **¡Salve-se quien pueda! – el futuro del trabajo en la era de la automatización**. Buenos Aires: Debate, 2018.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

STEFANO, Valerio De. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: padrões algorítmicos e o que fazer com eles. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). **Futuro do trabalho**: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

UGUINA, Jesús R. Mercader. **El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS

DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AT THE WORKPLACE ON DIGITAL PLATFORMS

Camila Miranda de Moraes¹
Naira Pinheiro Rabelo de Alencar²
Beatriz Moraes Guerra³

Resumo

Este artigo tem por objetivo a pesquisa sobre a discriminação da mulher no trabalho em plataformas digitais. Busca-se compreender de que modo a automatização utilizada pelas plataformas pode reproduzir comportamento discriminatório capaz de prejudicar as mulheres no mercado de trabalho digital. Pretende-se demonstrar, a partir de pesquisas empíricas sobre o tema, quais as tarefas que são normalmente desempenhadas pelas mulheres, qual a remuneração por elas recebida e também como se dá o processo de recrutamento e gestão das atividades. Ao final da pesquisa, conclui-se pela existência da discriminação feminina no trabalho em plataformas, verificando-se a ocorrência de disparidades de tratamento desde a contratação à remuneração, passando pelas atividades desempenhadas. Constata-se, ainda, que a discrimina-

1. Doutora em Direito do Trabalho (PUC/SP). Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Juíza do Trabalho Titular da 5ª Vara do Trabalho de Fortaleza do TRT7. E-mail: camillebr@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3569901172254064>

2. Juíza do Trabalho Substituta no TRT da 7ª Região. Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará. Especialista em Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, E-mail: nairarabelo@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0729388427018661>

3. Graduanda em Direito pela UNIFOR. E-mail: biamguerra1803@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3427223092187211>

ção é favorecida pela ausência de neutralidade nos processos de seleção e gestão dos contratos. A metodologia utilizada baseia-se em pesquisa bibliográfica, com o estudo da doutrina nacional e estrangeira, incluindo livros, revistas, periódicos, mapeamento de pesquisas empíricas e outros trabalhos de natureza científica.

Palavras-chave: Discriminação; mulher; plataformas digitais.

Abstract

This article aims to research on discrimination against women at the workplace on digital platforms. The aim is to understand how the automation used by platforms can reproduce discriminatory behavior that can harm women in the digital job market. Based on empirical research on the subject, the aim is to show which tasks are normally carried out by women, the remuneration they receive and then how the process of recruiting and managing activities takes place. At the end of the research, the conclusion is that there is discrimination against women in platform work, with disparities in treatment from hiring to pay, including the activities performed. It was also found that discrimination is favored by the lack of neutrality in the selection and contract management processes. The methodology used is based on bibliographical research, with the study of national and foreign doctrine, including books, magazines, journals, mapping of empirical research and other works of a scientific nature.

Keywords: *Discrimination; woman; digital platforms.*

Introdução

O surgimento de novas oportunidades de trabalho relacionadas à nova sistemática digital, nas últimas décadas, é algo impressionante. Atualmente, vivemos em plataformas e com a economia colaborativa, que origina uma mudança de valores e determina novos compromissos sociais (Moreira, 2021). Empresas tradicionais, companhias de tecnologia e plataformas digitais oferecem inúmeros postos de trabalho não convencionais, ligados ao trabalho *on line, on demand* (sob demanda) que, à primeira vista, oferecem

oportunidade de renda fácil a diversos tipos de trabalhadores. Esse tipo de trabalho beneficia vários grupos, inclusive, aqueles que estariam excluídos ou à margem do mercado de trabalho, por pertencerem às minorias, usualmente excluídas.

Até o momento, há um conhecimento limitado sobre as dimensões e extensões de gênero no trabalho facilitado pelas plataformas, sendo essencial o debate sobre o tema. Aqui começa o estudo, que pretende verificar se as mulheres, historicamente inseridas em grupo discriminado e pertencente às minorias, sofrem discriminação no trabalho digital, notadamente, em plataformas digitais.

Investiga-se sobre a ausência de neutralidade no processo de contratação, sobre a distribuição das tarefas e sobre a remuneração ofertada a ambos os sexos. A abordagem metodológica é qualitativa, com suporte em revisão bibliográfica.

O primeiro tópico, deste trabalho, destina-se à realização de um esforço acerca dos princípios da igualdade e da não discriminação. Em seguida aborda-se a temática da inserção da mulher em um grupo historicamente discriminado, analisando-se as questões de diferenças remuneratórias decorrentes da desvalorização do trabalho feminino.

Na sequência, faz-se uma conexão entre o novo modelo do trabalho em plataformas e a discriminação de gênero, investigando-se acerca da neutralidade do sistema frente à ausência de transparência dos algoritmos.

1. Princípio da igualdade e direito à não discriminação

A relação de trabalho é, por sua natureza, desigual, não estando os trabalhadores no mesmo patamar dos empregadores. A história do trabalho desde a Antiguidade envolve competitividade e por vezes crueldade (tanto que a origem da palavra trabalho vem do latim *tripalium* que era um instrumento de tortura). Entretanto, por mais rápidas e globalizadas que sejam as mudanças nas formas de trabalho, jamais se poderá tolerar o desrespeito aos direitos

humanos e fundamentais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental à igualdade está previsto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, onde se estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O direito à igualdade, no entanto, não se esgota neste único sentido (igualdade formal), que remete à ideia do liberalismo dominante no século XVIII, mas possui também o sentido material, que reflete sua concretude. Sob esse prisma, defende-se que os desiguais devem ser tratados de forma desigual a fim de se alcançar a igualdade fática (Alexy, 2015)

A noção de igualdade entre os homens é tão antiga quanto a própria sociedade humana, mas somente após a segunda metade do século XX é que se passou a entendê-la como patrimônio jurídico da humanidade, sendo inaceitável qualquer tipo de tratamento diferenciado entre as pessoas.

O princípio da igualdade nasce, portanto, dotado de alta carga axiológica e ideológica, colocando em xeque a antiga igualdade jurídica do Estado de Direito, passando a princípio constitutivo da ordem constitucional e elemento essencial de uma Constituição aberta (Hesse, 2015).

Este princípio possui dois objetivos: o primeiro, implica em eliminar qualquer forma de perseguição ou discriminação contra pessoas vulneráveis, garantindo que sejam tratadas da mesma maneira que as demais. O segundo, consiste em evitar qualquer forma de favorecimento que possa beneficiar essas mesmas pessoas em detrimento de outras. A ideia é promover a igualdade de tratamento, sem permitir que surjam privilégios (Lima, 1997).

Em outras palavras, o sistema jurídico busca equilibrar a proteção dos indivíduos contra a discriminação, garantindo que sejam tratados de forma justa e igualitária. No entanto, essa proteção tem limites, para evitar que se torne excessivamente protetiva em detrimento dos interesses daqueles que anteriormente estavam em desvantagem. Segundo Robert Alexy (2015, p. 417) “quem quer promover a igualdade fática, tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica”.

O objetivo é alcançar a igualdade sem criar uma proteção que privilegie em demasia um grupo em detrimento de outros. O princípio, em análise, é o direito-guardião do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Ao redor dele gira toda a concepção estrutural do Estado Democrático contemporâneo (Bonavides, 2015).

Para efetivar o princípio da igualdade, nas relações entre os particulares, especialmente entre trabalhadores e empregadores, é necessário proteger o mais vulnerável da relação e combater toda e qualquer forma de discriminação.

O direito à não discriminação surge, portanto, como forma de se garantir o direito à igualdade material, sendo igualmente um direito fundamental, eis que positivado na Constituição de 1988 e fundado no reconhecimento do princípio da dignidade humana. Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, estado civil, opinião política, origem social ou nacional que tenha por finalidade anular a igualdade de oportunidades, de tratamento e de resultados no emprego (Nascimento, 2014).

A discriminação é caracterizada pela presença de um elemento subjetivo, que é a intenção de discriminar, e um objetivo, que é a preferência real por alguém em detrimento de outro sem uma justificativa adequada. Ela ocorre principalmente devido a preconceitos relacionados ao sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, aparência física ou outros fatores.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 3º inciso IV, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para o efetivo alcance do objetivo da norma, dispõe o art. 5º XLI, da Constituição que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”.

No plano dos tratados internacionais, direito à igualdade e à não discriminação são direitos universais reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). A Convenção nº 111 da OIT (1958), ratificada pelo Brasil em 1965, dispõe que

a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O direito à não discriminação desponta, portanto, como forma de combater esse tipo de comportamento (Marmelstein, 2021).

Conclui-se desse raciocínio que igualdade e não discriminação não são a mesma coisa, podendo-se afirmar que o princípio da igualdade é gênero e o direito à não discriminação, uma de suas espécies. Este é um derivado daquele, uma concreção, efeito ou reflexo da igualdade. Para alcançar a igualdade há que se começar por não discriminar (Uriarte, 2011).

2. Mulher inserida em um grupo historicamente discriminado

A mulher historicamente é vítima de práticas discriminatórias. Rousseau, em sua obra *Emílio*, publicada em 1792, defendia veementemente a desigualdade de gênero, chegando a afirmar a existência de uma dicotomia entre o espaço público, a ser desfrutado exclusivamente pelos homens, e o espaço doméstico, onde as mulheres deveriam estar confinadas. O filósofo genebrino considerava que a desigualdade entre os sexos originava-se na natureza e na razão, afirmando que:

Quando a mulher se queixa da injusta desigualdade que o homem impõe, não tem razão; essa desigualdade não é uma instituição humana ou, pelo menos, obra do preconceito, e sim da razão: cabe a quem a natureza encarregou do cuidado dos filhos a responsabilidade disso perante o outro (Rousseau, 2015, p. 151)

Rousseau, apesar de defender tão enfaticamente os princípios iluministas de liberdade e de igualdade, deixou claro em sua teoria, que a liberdade anunciada não deveria ser extensiva às mulheres. Ao promoverem a ideia de que os princípios de justiça são universalmente aplicáveis, as teorias iluministas influenciaram e encorajaram várias mulheres e filósofas a demandar a implementação do princípio da igualdade de gênero.

Nesse contexto, em oposição à teoria de Rousseau, a filósofa

inglesa Mary Wollstonecraft (1759-1797), em sua obra *A reivindicação dos direitos da mulher*, de 1792, reivindicou a individualidade das mulheres e o reconhecimento de decidir o seu próprio destino, influenciando o feminismo do século XIX (Souza, 2015).

O progresso científico, industrial e social impulsionou as mulheres a deixarem o domínio exclusivo do lar, onde desempenhavam suas responsabilidades domésticas há anos, e a buscarem oportunidades de emprego, cargos e posições, adentrando no mercado de trabalho em meio a uma árdua batalha por igualdade de tratamento em relação aos homens.

Durante as grandes guerras mundiais, especialmente a Segunda Guerra Mundial, a força produtiva das mulheres aumentou consideravelmente. Enquanto os homens estavam longe, combatendo e muitos perdendo a vida, suas esposas e filhos enfrentavam dificuldades econômicas e crises nos países de origem. Nesse momento difícil, as mulheres foram obrigadas a trabalhar para aumentar a renda familiar e garantir a sobrevivência de si mesmas e de seus filhos. Essa experiência proporcionou uma autoconfiança maior às mulheres, mostrando-lhes que possuíam uma considerável força de trabalho e que poderiam contribuir para o sustento do lar, assim como seus maridos ausentes. (Lima, 1997).

Percebe-se, desse contexto, que inicialmente o trabalho feminino objetivava apenas complementar a renda familiar. Como complemento de renda, os salários pagos às mulheres eram insignificantes e a disparidade salarial entre os gêneros era enorme. Infelizmente, essa realidade perdurou por décadas, sendo ainda verificada nos dias de hoje.

A diferença salarial entre gêneros continua a ser uma característica importante do mercado de trabalho em todo o mundo, apesar do aumento no nível de escolaridade das mulheres e na sua participação no mercado de trabalho.

Segundo a OIT (2023, *online*), globalmente, as mulheres recebem, em média, 20% menos do que os homens em condições de trabalho e níveis educacionais semelhantes. Apesar de fatores individuais como educação, habilidades e experiência prévia serem considerados, conclui-se que a causa principal dessas desigualda-

des é a discriminação com base no gênero.

No Brasil, após uma tendência de queda, a diferença salarial entre homens e mulheres voltou a aumentar no país, atingindo 22% no final de 2022, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2023, *online*). Em outros países, a diferença nos rendimentos varia de cerca de 5% na Suécia, mais de 20% na Alemanha e México, mais de 30% nos Estados Unidos e na Rússia.

Alguns pesquisadores atribuem a diferença de rendimentos a uma desvalorização do trabalho das mulheres (especialmente nas profissões que são femininas).

No caso do trabalho em plataformas, reconhece-se que os rendimentos mais baixos das mulheres frente aos dos homens são impulsionados principalmente pela forma como elas participam do trabalho remunerado no ambiente virtual. Normalmente, o modo de atuação é consequência do resultado da divisão entre os sexos no trabalho doméstico.

O trabalho plataformizado normalmente oferece a possibilidade de realização de várias tarefas pequenas, também denominadas de *micro tasks*.

Como culturalmente as mulheres acumulam as atividades profissionais com as atividades domésticas acabam por realizar, na maioria das vezes, trabalhos em tempo parcial ou em menor número de horas. Esse trabalho recortado ou reduzido, realizado através de plataformas ou não, é normalmente associado a penalidades salariais, afetando assim negativamente a remuneração feminina. Em países tão diferentes como Argentina, Alemanha, Japão e Holanda, há uma diferença de mais de 25 pontos percentuais na participação das mulheres com trabalho em meio período em comparação aos homens. (OIT, 2016, *online*).

Outro ponto a ser considerado diz respeito ao fato de que as mulheres normalmente tendem a desempenhar trabalhos intermitentes, desligando-se das atividades profissionais com o nascimento dos filhos e retornando apenas quando as crianças estão mais velhas e independentes (Adams-Prassl, 2017).

Em um estudo realizado por Adams e Berg, nos Estados Uni-

dos, em 2017, sobre diferenças de gênero no uso do tempo ao longo da vida em países como França, Itália, Suécia e Estados Unidos, constataram que a chegada de crianças impactava negativamente as taxas de emprego feminino em todos os países.

O Estudo citou como exemplo, os Estados Unidos, onde a taxa de emprego caiu de 82% para 58% e a Itália, onde a taxa foi de 74% para 54%. Em contrapartida, a redução do emprego foi menor na França e na Suécia (Adams-Prassl, 2017).

Os autores atribuem essas diferenças ao contexto institucional e social desses países, principalmente no que tange aos programas de licença parental, de disponibilidade e o custo de cuidados infantis e com idosos, bem como nas políticas fiscais.

Nos Estados Unidos, segundo dados do *Bureau for Labor Statistics*, 7,1% das mulheres trabalham por conta própria em comparação com 11,5% dos homens (Roche, 2014). Todos esses dados demonstram que a mulher, ainda hoje, não está em condições iguais de labor e de remuneração que o homem.

3. Discriminação das mulheres no trabalho em plataformas digitais

A pulverização da internet e o surgimento de aplicativos e plataformas digitais, no contexto da quarta revolução industrial, fizeram surgir um novo modelo de produção, cuja organização do trabalho é controlada pela programação ou pelo algoritmo. Por meio do trabalho por plataformas, a produção empresarial aumentou significativamente, demandando, cada vez mais mão de obra rápida e flexível.

Observa-se um crescimento global do trabalho fragmentado, desvinculado, informal e baseado em tarefas (*micro tasks*), o que demonstra uma mudança de paradigma na forma de trabalho.

As plataformas digitais atuam como novos atores na indústria de trabalho temporário, mas suas práticas, por vezes, tem se apresentado como precarizadoras das condições de trabalho dos prestadores de serviços de baixa renda. Como bem delineado pelo professor holandês Niels Van Doorn (2017, *online*):

Embora muitos pesquisadores tendam a se concentrar na novidade do que veio a ser conhecido como economia ‘sob demanda’ ou ‘gig’, esse fenômeno constitui tanto uma continuação quanto uma intensificação dos desenvolvimentos que estão em andamento há quase quatro décadas. Uma leitura crítica comum sugere que a recente Grande Recessão (2007-2011) forneceu as condições de possibilidade para o modelo de negócios sob demanda que tem sido mais frequentemente associado ao Uber: sob as pressões combinadas de desemprego e subemprego em massa, políticas de austeridade fiscal, e a crescente desigualdade, uma força de trabalho de classe média cada vez menor e mais precária acolheu novas formas de comercializar seus ativos – mesmo que o único ativo disponível seja incorporado como força de trabalho.

Nesse contexto, apesar da precarização, que deve sempre ser combatida, é inegável que, atrelada a essa nova forma de trabalho, surgiram novas oportunidades para os atores da relação de trabalho, principalmente para aqueles grupos minoritários, tradicionalmente excluídos da sociedade.

A partir daqui e compreendendo a existência de minorias historicamente discriminadas, passa-se a dar enfoque à pesquisa acerca da participação das mulheres nesta nova forma de trabalho presente na sociedade digital.

Poderia se pensar, em primeiro momento, que, na era digital, não haveria espaço para a discriminação de gênero, pois se estaria diante de uma neutralidade, já que não haveria a “face” do indivíduo no contrato virtual.

O uso de algoritmos traz essa ilusão de objetividade, acreditando-se que o seu uso é algo neutro. Os algoritmos se tornaram os novos supervisores dos trabalhadores e podem refletir os preconceitos existentes no mundo real, seja do ponto de vista dos programadores, seja do ponto de vista dos clientes. Assim, percebe-se que a discriminação existe não só no mundo real, mas também no mundo virtual.

A lógica de contratação e subordinação por algoritmo está baseada na eficiência e na lucratividade. Ela exclui potencialmente trabalhadoras vulneráveis, conduzindo à “desigualdade de opor-

tunidades de vida”, ou seja, uma verdadeira violência estrutural (Akhtar; Moore, 2016) e a um aumento significativo dos riscos de violência e assédio psicossocial e físico no mundo do trabalho digitalizado (Moore, 2020).

Várias questões como conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal, o assédio e a desigualdade retributiva, existem também no trabalho da nova era digital.

Inseridas em uma sociedade extremamente digitalizada, as mulheres buscam cada vez mais se firmarem no mercado de trabalho, dele decorrente.

Atualmente, grande parte das contratações em plataformas ocorre a partir do cadastro dos candidatos, onde estes inserem os seus dados pessoais e profissionais em bancos de dados específicos, habilitando-se aos chamados para trabalho. Daí porque a nova modalidade de trabalho passou a ser mundialmente conhecida como trabalho sob demanda (*on demand*).

A maioria dos dados que são inseridos nos cadastros são os chamados dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade e à personalidade do candidato e que podem ser associados a um conteúdo com potencial discriminatório. O art. 5º, II da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), dispõe que dado pessoal sensível é aquele “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”.

Além de definir o que seriam dados pessoais sensíveis, o legislador pátrio buscou também protegê-los do compartilhamento e divulgação, reconhecendo que esses dados possuem risco de serem utilizados com propósitos discriminatórios.

Destaque-se, que apesar de o gênero não estar no rol apresentado pelo art. 5º da referida lei, defende-se aqui que esse rol é meramente exemplificativo, haja vista que não se poderia excluir qualquer outro dado sensível que pudesse dar margem à discriminação. Essa desigualdade tem caráter cultural e, justamente por ser cultural, deve-se compreender que as máquinas não se

programam sozinhas.

Há ação humana na origem.

E é essa ação humana, quando da programação, que deve ser investigada a fim de se apurar se há inserção de algoritmos tendenciosos capazes de gerar a discriminação das mulheres no mercado de trabalho por plataformas.

Usualmente, a sociedade aceita a ideia de que a inteligência artificial é exata e neutra. No entanto, essa tem se mostrado uma percepção equivocada da realidade.

Pesquisas demonstram que, no processo de análise dos dados pessoais, pelos agentes detentores dessas informações certos grupos específicos, estavam sendo prejudicados pelas decisões tomadas no final do processo de seleção. Maria Cristina Branco Lindoso (2019, p. 14) afirma que:

Diversos estudos demonstraram que mulheres, juntamente com outros grupos minoritários, tinham tratamento diferenciado, com impacto negativo em suas realidades, decorrente dessa automatização decisória, e muitas vezes, isso sequer era comentado. Foram estudados os mais variados softwares de automatização e os resultados produzidos eram sempre semelhantes: a realidade discriminatória das mulheres estava sendo reproduzida e em algumas circunstâncias, aprofundada, também pelas máquinas.

Os processos de contratação e fiscalização de resultados estão cada vez mais automatizados e não há transparência quanto ao processo. Não há controle em relação aos algoritmos que sustentam tais processos, existindo uma verdadeira caixa-preta nas grandes plataformas. Essas empresas, por muitas vezes, tentam exonerar-se de qualquer responsabilidade ou culpa, no que diz respeito à gestão desta força de trabalho, apelando a algoritmos para mascarar a sua autoridade (Lindoso, 2019).

Não se pode simplesmente adotar como dogma essa realidade quanto ao desconhecimento da fórmula dos algoritmos. Estudos específicos demonstram que o trabalho em plataformas digitais é afetado por marcadores de raça, gênero e classe, significando que a plataforma não impacta a todos de maneira igual. Há uma

majoração das desigualdades com essa nova modalidade de trabalho (Grohmann; Qiu, 2020, *online*). Segundo Niels Van Doorn, a discriminação em plataformas digitais é uma característica e não um *bug*. Ele destaca que:

O trabalho em plataforma permanece completamente inserido em um mundo criado pela forma de valor capitalista, que depende da subordinação de raça e de gênero de trabalhadores de baixa renda, desempregados e não empregáveis. O modelo de força de trabalho como serviço que atualmente domina os imaginários corporativos do ‘futuro do trabalho’ promove um ideal tecnocrático de otimização flexível do mercado de trabalho organizado e gerenciado por plataformas, que estão se tornando atores institucionais cada vez mais importantes nas esferas excessivamente privatizadas de políticas e governança. (Doorn, 2023, *online*).

Em estudo publicado em 2017, Barzilay e Ben-David afirmam que estamos testemunhando uma terceira geração de desigualdade sexual, chamada de “Discriminação 3.0”, onde a discriminação sexual está ocorrendo em plataformas, provavelmente de modo inconscientemente, abrangendo a desigualdade de gênero (Barzilay; Ben-David, 2023, *online*). Mesmo em trabalho por plataforma, as mulheres sofrem com a discriminação, consciente ou não.

Pesquisas demonstram que, quanto à remuneração, as mulheres recebem 82% menos que os homens, seja por desempenharem tarefas menos qualificadas, seja por trabalharem menor número de horas ao longo de um dia, já que normalmente acumulam os trabalhos com o lar e com a família. (Adams; Berg, 2023, *online*).

Como não há transparência quanto ao processo de seleção dos serviços que são ofertados às mulheres, não se pode afirmar sequer que são os mesmos serviços ofertados aos homens. É fato que, tendo que lidar com interrupções de crianças pequenas ou familiares adultos, as mulheres normalmente se veem impedidas de assumir tarefas mais longas e complexas postadas nas plataformas.

Como consequência, as mulheres são mais propensas a serem constrangidas a aceitar pequenas tarefas, também conhecidas como *micro-tasks* ou *penny HITS*, implicando em serviços com baixa

remuneração e que podem ser realizadas rapidamente em oposição a outras tarefas que exigem maior concentração e tempo. Isso tudo acaba refletindo uma disparidade entre as remunerações de homens e mulheres.

Considerações finais

Apesar da igualdade de gênero ser reconhecida em âmbito mundial, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos e em âmbito nacional, através da Constituição da República, não se pode afirmar que há, atualmente, a efetivação plena do direito à igualdade material entre homens e mulheres.

As atividades desempenhadas a partir de plataformas digitais são uma realidade da sociedade moderna e digitalizada. No entanto, a Revolução Tecnológica vivenciada atualmente, não pode ser justificativa para se tolerar o desrespeito às diretrizes de um trabalho decente, alinhado aos princípios fundamentais.

Verificou-se que a discriminação de gênero é uma realidade na era digital e que as mulheres ainda não atuam em condições de igualdade quando comparadas aos homens.

Constatou-se, ainda, a ocorrência de tratamento diferenciado entre os gêneros desde a contratação até a distribuição das tarefas, bem como a repercussão inevitável sobre a remuneração concedida às trabalhadoras. A ausência de transparência dos algoritmos que são utilizados, nos processos automatizados de contratação e de gestão desse tipo de trabalho, facilita a ocorrência dessa prática discriminatória.

A partir do estudo aqui enfrentado sobre o tema, mostra-se indispensável a mobilização da sociedade e a atuação do Estado a fim de coibir tais práticas e garantir a plena efetividade do princípio da igualdade. Defende-se que, se o trabalho em plataformas for estruturado a partir do respeito aos princípios fundamentais da dignidade humana e da valorização do trabalho, com a devida transparência, a posição das mulheres no mercado de trabalho pode ser fortalecida e não precarizada.

Referências

ADAMS, Abigail e BERG, Janine. **When home affects pay: An analysis of the gender pay gap among crowdworkers**. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3048711>. Acesso em: 04 abr.2023.

AKHTAR, Pav; Moore, Phoebe V. *The psycho-social impacts of technological change in contemporary workplaces and trade union responses*. In: **International Journal of Labour Research**, v. 8, No. 1 – 2

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. *Theorie der Grundrechte*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARZILAY, Arianne e BEN-DAVID, Anat – **Platform Inequality: Gender in the Gig-Economy**. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2995906>>. Acesso em 04 abr. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DOORN, Niels Van. **Trabalho de plataforma: sobre a exploração racializada e de gênero do trabalho de serviços de baixa renda na economia 'sob demanda'**. Disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369118X.2017.1294194?scroll=top&needAccess=true&role=tab>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

GROHMANN, Rafael Grohmann e QIU, Jack. **Contextualizando o Trabalho em Plataformas**. Disponível em <<https://doi.org/10.22409/contracampo.v39i1.42260>>. Acesso em: 20 jun.2023.

HESSE, Konrad. *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, p.168/169. *Apud*. BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/38524>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

LIMA, Francisco Gérson Marques de Lima. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por Preconceito Implícito**. Salvador: JusPodium, 2021.

MOORE. Phoebe V. **A Ameaça da Violência e Assédio Físico e Psicossocial no Trabalho Digitalizado**. Bureau Internacional do Trabalho, Genebra, 2020. Disponível em <file:///C:/Arquivos/Downloads/wcms_771712.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Direito do Trabalho na era digital**. Coimbra: Almeida, 2021.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111**. Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Emprego atípico em todo o mundo**: Compreendendo os desafios, moldando as perspectivas (Genebra), 2016. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Global Wage Report 2014/15**: Salários e desigualdade de renda. 2015. Genebra, Suíça: OIT. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_421087.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Legislação de transparência salarial**: Implicações para os empregadores e organizações de trabalhadores. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_849209.pdf>. Acesso em: 19 jun.2023.

ROCHE, K. Female self-employment in the United States: an update to 2012. In: **Monthly Labor Review**. 2014. Disponível em <<https://doi.org/10.21916/mlr.2014.36>>. Acesso em: 06 abr. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emlíio ou da educação, p. 428. *apud* SOUZA, Cristiane Aquino de. A desigualdade de gênero no pensamento de Rousseau. In: **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 1, p. 146 – 170, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n1.p146-170. Disponível em <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7198>>. Acesso em: 15 jun.2023.

WOLLESTONECRAFT, Mary. Vindicación de los derechos de la mujer. p. 46. *apud* SOUZA, Cristiane Aquino de. A desigualdade de gênero no pensamento de Rousseau. In: **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 1, p. 146 – 170, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n1.p146-170. Disponível em <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7198>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

URIARTE, Oscar Ermida. Prefácio. In: LIMA, Firmino Alves. **Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

INTERMITTENT EMPLOYMENT CONTRACT: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Charles da Costa Bruxel¹

Resumo

Diante da importância da matéria e das novidades trazidas pela Lei nº. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o artigo objetivou analisar e comparar as diferenças e semelhanças do tratamento normativo conferido pelo Brasil e por Portugal em relação ao contrato de trabalho intermitente. O método de abordagem empregado foi, precipuamente, o comparativo, sob o viés funcionalista, enquadrando-se a pesquisa como uma microcomparação. Após o desenvolvimento do trabalho, verificou-se que o sistema brasileiro adotou um regime de contrato de trabalho intermitente “super

1. Doutorando e Mestre em Direito na área de concentração de Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico pela Universidade Federal do Ceará (2021). Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional (2018). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (2011). Analista Judiciário – Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE), exercendo atualmente a função de Assistente em Gabinete de Desembargador. Presidente da Diretoria Executiva do Sindicato dos Servidores da Sétima Região da Justiça do Trabalho (Sindissétima/CE). Coordenador da Diretoria Executiva da Federação Nacional dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal e Ministério Público da União (Fenajufe). Integrante do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho (GRUPE) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Suas pesquisas exploram principalmente o Direito Processual do Trabalho, Direito do Trabalho, Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

flexível” que não garantiu quase nenhum direito para o trabalhador, consubstanciando verdadeira proteção insuficiente aos laboristas em virtude da violação ao modelo constitucional de proteção mínima aos trabalhadores; em contrapartida, o modelo português, apesar de ter sofrido algumas recentes modificações criticáveis, adota importantes regras que, em tese, submetem essa modalidade contratual laboral a parâmetros razoáveis de civilidade. Nesse sentido, constatou-se que a hipótese encampada no início do articulado se mostrou acertada, pois, de fato, o Direito Português possui regulamentação do contrato de trabalho intermitente mais favorável ao trabalhador do que o modelo adotado no Brasil. Diante dessa conclusão, o legislador brasileiro, até mesmo a fim de sair do estado de inconstitucionalidade em que se encontra a deficitária regulamentação vigente, deve adotar diversos aprimoramentos urgentes na disciplina do contrato de trabalho intermitente, os quais podem se basear nas diretrizes já adotadas por Portugal, quais sejam: a limitação da modalidade apenas a algumas situações empresariais e econômicas específicas que efetivamente justifiquem a adoção dessa modalidade contratual especial; a garantia de uma quantidade mínima anual de prestação de serviços no trabalho intermitente; e a garantia de uma contraprestação ao trabalhador pelo período de inatividade.

Palavras-chave: Trabalho intermitente; contrato de trabalho. Brasil. Portugal.

Abstract

Given the importance of the matter and the news brought about by Law no. 13,467/2017 (Labor Reform), the scientific paper aimed to analyze and compare the differences and similarities in the normative treatment given by Brazil and Portugal in relation to the intermittent employment contract. The approach method used was, primarily, comparative, under a functionalist bias, framing the research as a micro-comparison. After the development of the work, it was found that the Brazilian system adopted a “super flexible” intermittent employment contract rule that guaranteed almost no rights for the worker, substantiating a truly insufficient protection for workers due to the violation of the constitutional model of mi-

nimum protection for workers; on the other hand, the Portuguese model, despite having undergone some recent objectionable modifications, adopts important rules that, in theory, subject this type of employment contract to reasonable parameters of civility. In this sense, it was found that the hypothesis presented at the beginning of the article proved to be correct, since, in fact, Portuguese Law has regulations on intermittent employment contracts that are more favorable to workers than the model adopted in Brazil. In view of this conclusion, the Brazilian legislator, even in order to escape the state of unconstitutionality in which the current deficient regulation finds itself, must adopt several urgent improvements in the discipline of the intermittent employment contract, which can be based on the guidelines already adopted by Portugal, namely: limiting the modality to only some specific business and economic situations that effectively justify the adoption of this special contractual modality; the guarantee of a minimum annual amount of services provided in intermittent work; and the guarantee of monetary compensation to the worker for the period of inactivity.

Keywords: *Intermittent Work; employment contract; Brazil. Portugal.*

Introdução

A Lei nº. 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, modificou profundamente o Direito do Trabalho no Brasil, trazendo, a partir da extinção, redução e da flexibilização de direitos a promessa de geração de empregos. Uma das figuras criadas com o intuito de impactar positivamente nas estatísticas de emprego no Brasil foi o denominado “contrato de trabalho intermitente”, cuja regulamentação foi incluída na Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, conforme será desenvolvido mais à frente, essa modalidade especial de contrato de trabalho se destaca, no modelo brasileiro, pela quebra do conceito clássico de subordinação jurídica (o empregado não é obrigado a prestar serviços quando convocado), pela ausência de garantia de continuidade da prestação de serviços (característica própria da noção de “intermitência”) e, em linhas gerais, pela ausência de garantia de efetividade da relação laboral

firmada sob essa modalidade (não há direito a uma quantidade de convocações mínimas, nem a uma quantidade mínima de prestações de serviços nem a outros direitos que poderiam assegurar uma remuneração estável e previsível ao trabalhador).

Por se tratar, ainda, de um tema novo e que suscita diversas dúvidas, entende-se que a análise comparativa de como a matéria está sendo tratada em Portugal – país com o mesmo sistema jurídico do Brasil (romano-germânico) (David, 1978) e que, por ter sido colonizador do Brasil, apresenta traços jurídicos e culturais razoavelmente similares, a iniciar pelo idioma – pode qualificar e aprofundar o debate em curso, indicando possíveis pontos que necessitam de aperfeiçoamento legislativo no Brasil.

Além disso, a comparação do modelo brasileiro com o português faz ainda mais sentido quando considerado que Portugal vive momento similar de flexibilização do Direito Laboral, contexto que reforça o ordenamento jurídico português como sendo uma significativa e potencialmente influente fonte normativa, jurisprudencial e doutrinária para o Direito do Trabalho brasileiro, até mesmo porque o art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho² estabelece que o direito comparado é uma fonte subsidiária do Direito do Trabalho do Brasil.

Desse modo, buscar-se-á analisar e comparar as diferenças e semelhanças do tratamento normativo conferido pelo Brasil e por Portugal no que diz respeito ao contrato de trabalho intermitente. Referido objetivo decorre da seguinte indagação investigativa: o Direito Português apresenta uma regulamentação do contrato de trabalho intermitente mais favorável ao trabalhador do que o modelo adotado no Brasil?

Nesse sentido, a hipótese encampada é a seguinte: o Direito Português regulamenta o contrato de trabalho intermitente de modo mais favorável ao trabalhador do que o modelo adotado no Brasil.

2. CLT, art. 8º, *caput*: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Para tanto, a pesquisa implementada será bibliográfica (doutrina), e documental (Constituição da República Portuguesa, Código do Trabalho de Portugal, Constituição da República Federativa do Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho, julgados de tribunais, dentre outros).

O método de abordagem empregado será, precipuamente, o comparativo, sob o viés funcionalista³, pois se buscará cotejar a realidade do ordenamento jurídico do Brasil e de Portugal acerca de matéria trabalhista existente em ambos os países, identificando diferenças e semelhanças. Além desse, será adotado também o método dedutivo (Prodanov, 2013), pois, a partir da análise e da interpretação de princípios, leis e teorias existentes no Brasil e em Portugal a respeito do contrato de trabalho intermitente, serão extraídas conclusões aptas a explicar a controvérsia examinada, viabilizando a verificação da hipótese traçada e do questionamento propulsor do presente estudo.

A pesquisa será realizada dentro do campo do Direito Comparado do Trabalho, pois, além de empregar o método comparativo, característico desse ramo científico, ainda atende ao requisito, defendido por Ivo Dantas (2000, p. 25-26), de cotejo entre ordenamentos jurídicos contemporâneos e vigentes. Além disso, por se tratar de um estudo que busca comparar um instituto específico (contrato de trabalho intermitente) dentro de cada ordenamento jurídico – e não os ordenamentos jurídicos como um todo (macrocomparação) -, a pesquisa se enquadra como sendo uma microcomparação (Dantas, 2000).

Além da introdução e das considerações finais, o trabalho será dividido em duas seções, sendo a primeira a respeito da análise do contrato de trabalho intermitente existente no Brasil; e a segunda acerca da apresentação da regulamentação do contrato de trabalho intermitente em Portugal de forma comparada com o modelo brasileiro.

3. “O método funcionalista pode ser definido como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo”, conforme menciona Deo Campos Dutra (Dutra, 2016, p. 198).

1. O contrato de trabalho intermitente no Brasil

O contrato de trabalho, em sentido amplo, é o acordo tácito ou expresso, verbal ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, visando a prestação de serviços sob a forma empregatícia, inclusive na modalidade intermitente (artigos 442 e 443, *caput*, da CLT). A legislação considera como intermitente

o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Amauri Cesar Alves (2019, p. 59), após realizar análise gramatical da expressão “intermitente”, compreende que o trabalho intermitente seria aquele que começa e recomeça diversas vezes, alternando, conforme previsto na CLT, períodos de prestação de serviços e de inatividade. O mesmo autor, entretanto, destaca que, em tese, todo trabalho oscila entre períodos de trabalho efetivo e de inatividade, haja vista que os intervalos intra e interjornada, o repouso semanal remunerado, os feriados e as férias, são interrupções inerentes a qualquer relação de emprego, o que dificulta a compreensão precisa do trabalho intermitente a partir dessa conceituação. Em seguida, o autor refina a noção sobre o que efetivamente seria o trabalho intermitente a partir do exame de situações fáticas que seriam incompatíveis, segunda a sua compreensão, com o labor intermitente, concluindo que o

contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês. (Alves, 2019, p. 72).

Avançando para as especificidades das regras trazidas pela Lei

nº 13.467/2017, no trabalho intermitente brasileiro o empregador convoca o empregado para trabalhar sempre que houver serviço e o trabalhador aceita se quiser, sem que isso descaracterize a subordinação inerente ao contrato de emprego (art. 452-A, §3º, da CLT). Essa convocação deve ser feita pelo menos três dias corridos antes da data em que deve ocorrer a prestação de serviços e o empregado, uma vez recebendo a comunicação, tem um dia útil para responder se vai ou não atender o chamado (art. 452-A, §1º e 2º, da CLT). Em caso de ausência de resposta pelo trabalhador, presume-se que houve a recusa de atender à convocação (art. 452-A, §2º, da CLT). Uma vez aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, o pactuado – deixar de comparecer ao serviço, no caso do empregado, e deixar de oferecer o trabalho prometido, no caso do empregador – pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo (art. 452-A, §4º).

Estabelecer, contra o empregado, uma multa pecuniária (sanção) por ter aceitado a convocação e, posteriormente, deixado de prestar o serviço parece ser uma maneira “discreta” de dividir com o trabalhador os ônus da atividade empresarial, que são de responsabilidade exclusiva do empregador, segundo o art. 2º, *caput*, da CLT. Isso porque os custos e “transtornos” que o empregador tem quando o empregado intermitente convocado falta, acabam sendo parcialmente pagos pelo próprio trabalhador que aceitou e não compareceu.

Por outro lado, aparentemente a legislação quis “resolver” o problema advindo do descumprimento da oferta e do aceite exclusivamente com a multa pecuniária prevista no art. 452-A, §4º, da CLT. Entretanto, além da duvidosa constitucionalidade dessa multa pecuniária (quando aplicada contra o empregado), é plenamente defensável que a conduta do empregado de reiteradamente aceitar a convocação e faltar injustificadamente ao serviço possa configurar “desídia”, motivo ensejador da resolução contratual por justa causa do trabalhador (art. 482, “e”, da CLT). Em contrapartida, a conduta reiterada do empregador de convocar o trabalhador para o serviço, este aceitar e, no dia do trabalho, o empregador deixar

de efetivamente exigir os serviços do laborista pode perfeitamente configurar a justa causa patronal pelo não cumprimento das obrigações do contrato (art. 483, “d”, da CLT).

Prosseguindo, nota-se que a regulamentação legal do labor intermitente não cuidou de assegurar ao trabalhador uma quantidade mínima de trabalho que obrigatoriamente deveria ser demandada, assim como não garantiu nenhuma contraprestação pelo período de inatividade⁴.

As únicas “garantias” ofertadas ao trabalhador intermitente são: (a) a de que o contrato de trabalho intermitente seja pactuado por escrito; (b) a de receber ao menos o valor horário do salário mínimo ou o valor horário da remuneração paga aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, em contrato intermitente ou não (art. 452-A, *caput*, da CLT); (c) a de, a cada doze meses de contrato, poder gozar, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias, período no qual o trabalhador não poderá ser convocado para prestar serviços para o mesmo empregador (art. 452-A, §9º, da CLT); e (d) a de receber, do empregador, os comprovantes de que este cumpriu com as duas obrigações previdenciárias e realizou os depósitos do FGTS (art. 452-A, §8º, parte final, da CLT).

A cada período de prestação de serviços, o empregador paga ao empregado a remuneração, as férias proporcionais com acréscimo de um terço, o décimo terceiro salário proporcional, o repouso semanal remunerado e os adicionais legais (art. 452-A, §6º, da CLT) – sem prejuízos de outras parcelas de natureza contraprestativa não constantes nesse rol meramente exemplificativo – e efetua o recolhimento previdenciário e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) com base nos valores pagos no período mensal (art. 452-A, §8º, da CLT).

Nota-se uma certa semelhança no tratamento do empregado submetido a um contrato de trabalho intermitente e um trabalhador avulso. Este, tal como aquele, recebe o pagamento da contrapartida pelo trabalho ao final de cada período de prestação de serviços

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

(art. 2º, §§2º e 3º, da Lei nº 9.719/1998 e artigos 6º, I, e 7º da Lei nº 12.023/2009). Porém, ao contrário do intermitente, que já recebe proporcionalmente o décimo terceiro e a remuneração das férias mais um terço logo após a prestação laboral, os avulsos acumulam os valores relativos às férias e ao décimo terceiro salário em uma conta individual vinculada e só podem usufruir desses montantes oportuna e futuramente (art. 2º, §6º, da Lei nº 9.719/1998 e art. 7º da Lei nº 12.023/2009).

Por outro lado, diante da adoção do sistema de rodízio, fica implícito que o trabalhador avulso tem uma garantia de participar das escalas de trabalho periodicamente (art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.719/1998 e art. 5º, I, da Lei nº 12.023/2009), enquanto o empregado intermitente não tem nenhuma segurança de que será convocado para prestar serviços ao empregador.

A partir desses elementos legais, pode-se deduzir que o contrato de trabalho intermitente seria aquele: (i) pactuado de forma escrita, contendo especificamente o valor da hora de trabalho equivalente, pelo menos, ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não; (ii) firmado para o desempenho de atividade que não possui natureza “contínua”, o que significa que a atividade para a qual o trabalhador intermitente foi contratado se dá de forma esporádica e sem condições de previsibilidade pela empresa; (iii) em que não há legalmente garantia de efetiva prestação de serviços nem de uma quantia salarial mensal mínima; (iv) em que há uma subordinação legal meramente fictícia, haja vista o fato de que inexistente subordinação real (o empregado não é sequer obrigado a atender a convocação do empregador); e (v) há praticamente o exaurimento do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, por ambas as partes, após cada oferta, aceite e prestação de serviços.

Compreende-se que a inobservância das poucas formalidades exigidas pela lei para a utilização da modalidade (forma escrita e com especificação clara da contrapartida pecuniária pela hora laborada) implica na nulidade dessa espécie laboral extraordinária e precarizadora, com a consequente consideração de que

o vínculo de emprego se desenvolve sob a forma ordinária (não intermitente). Nesse sentido está sendo gradualmente solidificada a jurisprudência⁵⁻⁶.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 154) apontam que o trabalho intermitente desestrutura dois direitos componentes da estrutura central do Direito do Trabalho, quais sejam, a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a ideia de uma garantia salarial. Coloca-se o trabalhador intermitente em um uma espécie de tempo à disposição (“período de inatividade”), porém sem assegurar os efeitos jurídicos clássicos do chamado tempo à disposição (art. 4º, *caput*, da CLT). Cria-se, por outro lado, um contrato de trabalho sem salário, já que este é pago apenas ocasionalmente, se e quando houver prestação de serviços. Defendem os autores, por outro lado, a partir de uma interpretação sistemática que leva em conta o art. 7º, VII, da Constituição Federal e o art. 78 da CLT, que o trabalhador intermitente teria direito, independentemente de convocação laboral, a perceber pelo menos o valor do salário mínimo mensal.

Apesar dos esforços doutrinários para submeter o contrato de trabalho intermitente dentro de um parâmetro de civilidade laboral, fato é que a legislação, conforme visto, somente garantiu, na questão remuneratória, o pagamento do valor **horário** do sa-

5. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE (ART. 452-A DA CLT). AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS. NULIDADE. O ART. 452 -A da CLT determina como requisito legal necessário que o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, com indicação do valor da hora trabalhada. No caso, tal documento não foi juntado aos autos. Dessa forma, o contrato de trabalho intermitente deve ser considerado como contrato de trabalho celebrado por prazo indeterminado, pois ainda vigente. Recurso ordinário em rito sumaríssimo da reclamada ao qual se nega provimento. (TRT-2 – RORSum: 10008064020205020065 SP, Relatora: CINTIA TAFFARI, 13ª Turma, Data de Publicação: 25/06/2021)

6. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. INEXISTÊNCIA. De acordo com o artigo 452-A da CLT, o contrato de trabalho intermitente exige, dentre outras formalidades, sua elaboração por escrito. A forma solene é da substância do ato, tratando-se de condição insuperável que o contrato de trabalho intermitente observe a forma escrita, ante expressa previsão legal nesse sentido. Ausente um dos requisitos formais do contrato intermitente, resta inviabilizado o acolhimento do pedido relativo ao reconhecimento do vínculo empregatício sob tal modalidade. [...]. (TRT-9 – ED-RORSum: 00011229520195090005 PR, Relatora: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPÃO, Data de Julgamento: 29/04/2021, Data de Publicação: 17/05/2021)

lário mínimo ou o valor horário da remuneração paga aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, em contrato intermitente ou não. Destaque que a garantia foi específica em se limitar a um valor remuneratório **horário**, sem assegurar nenhuma remuneração mensal consistente ou equivalente ao menos ao salário mínimo mensal.

Ao mesmo tempo, a legislação foi clara ao elucidar que não há obrigação de convocação laboral pelo empregador e nem de aceitação da “oferta” de serviço pelo empregado. Talvez, na prática, o empregado se sinta coagido a aceitar as ofertas de prestação de serviços do empregador, sob pena de ter o contrato intermitente rescindido. Porém a opção de, ao menos legalmente, fazer constar que o trabalhador não seria obrigado a aceitar a oferta de trabalho, talvez tenha sido efetivada, pelo legislador, com o intuito de evitar construções que entendessem que o período de inatividade se equipararia ao regime de sobreaviso e deveria ser remunerado, de alguma forma.

De qualquer modo, é certo que não há nenhuma segurança legal, para o empregado, de uma quantidade mínima, periódica ou estável de convocação para o serviço nem de uma remuneração mínima mensal. A modalidade é uma espécie de “bico” institucionalizado que visou criar um contrato de emprego meramente formal e sem garantia que se limita a criar uma “alternativa” para o aprofundamento da precarização das relações laborais – linha ideológica da Reforma Trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017 – e, talvez, criar “empregos” meramente estatísticos para reduzir os índices oficiais de desemprego formal no Brasil.

Trata-se, assim, de uma espécie contratual em que o trabalhador não tem qualquer contrapartida minimamente estável e assegurada pela sua vinculação subordinada a um empregador, o que fere o projeto constitucional que elege a aferição de renda por meio da venda da força de trabalho como o principal meio de sobrevivência e de busca por uma existência digna para a população brasileira (artigos 1º, IV, 6º, 170, *caput* e VII, e 193, todos da Carta Magna).

Além disso, é notório que o artigo 7º da Constituição Fede-

ral traz uma série de dispositivos que presumem que a relação de emprego deve proporcionar uma renda mínima e estável ao trabalhador, tanto que prevê a irredutibilidade salarial (art. 7º, VI) e o salário mínimo (art. 7º, IV), inclusive para quem recebe remuneração variável (art. 7º, VII).

O contrato de trabalho intermitente é, na verdade, uma relação de emprego “fake”, até mesmo porque, segundo os ditames legais, sequer há uma subordinação real, mas meramente fictícia/formal, já que nem o empregador é obrigado a exigir a prestação de serviços e nem o trabalhador é obrigado a atender a uma convocação, quando eventualmente ocorrer.

Ademais, o contrato de trabalho intermitente foi regrado de modo a, salvo para os aeronautas⁷, poder ser adotado de forma generalizada por qualquer empregador, de qualquer ramo de atividade. Porém, sendo um contrato essencialmente precarizador, deveria, no mínimo, haver uma severa e racional limitação de seu escopo de aplicabilidade para situações bastante delimitadas e especiais que justificassem a utilização da modalidade.

Como se não bastasse, a modalidade laboral traz a possibilidade de o empregado, após manifestar seu aceite a uma convocação ao trabalho, ser multado por uma eventual falta não justificada ao serviço. Ou seja, enquanto o trabalhador submetido a um contrato de emprego comum deixa de receber a remuneração no caso de faltar injustificadamente ao serviço e pode sofrer alguma punição disciplinar, o trabalhador intermitente se submete a uma penalidade pecuniária⁸ que desconsidera a sua condição financeira, sendo, ainda, obscura a possibilidade de “compensação” no prazo

7. Categoria que, apesar de ter especificidades indiscutíveis, somente foi excluída da possibilidade de se submeter a um contrato de trabalho intermitente por conta da pressão política realizada ao longo da tramitação da Lei nº 13.467/2017. Isso porque, logicamente, existem diversos contratos laborais especiais e mesmo atividades submetidas a situações específicas que, a partir de uma análise racional, também não deveriam se submeter ao precarizador contrato de trabalho intermitente.

8. Aparentemente, a aplicação da penalidade substituiria qualquer possibilidade de punição disciplinar pela falta injustificada do trabalhador intermitente. Porém a legislação não é totalmente clara nesse sentido e, como visto em parágrafo anterior, parece inegável que a reiteração do descumprimento contratual pelo empregado ou pelo empregador pode vir a ensejar a resolução do contrato de trabalho.

de trinta dias⁹. Esse tratamento distinto para a falta injustificada do empregado convencional e para o trabalhador intermitente realmente parece ferir, de forma imotivada, o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/1988).

Regiane Pereira Silva da Cunha e Ana Cláudia Nascimento Gomes (2022, p. 118) entendem que o contrato de trabalho intermitente é tão precarizador e tão desprovido de garantias que seria inadequado tentar enquadrar os trabalhadores autônomos “uberizados” (trabalhadores por aplicativo) nessa modalidade laboral, já que isso não resolveria a situação desses trabalhadores – que se submeteriam a um contrato de emprego com severos problemas de compatibilidade constitucional e convencional – e configuraria uma segunda etapa de discriminação desses laboristas. Além disso, o reconhecimento da submissão generalizada dos trabalhadores por aplicativo ao contrato de emprego intermitente traria o prejuízo de consolidar e normalizar essa modalidade extremamente precária de vínculo laboral, prejudicando o eventual reconhecimento, perante o Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente.

Diante de todas as análises desenvolvidas e posições apresentadas, entende-se, assim, que o contrato de trabalho intermitente, da forma em que regrado, é incompatível com a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Inclusive, tramita perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5826, de relatoria do Ministro Edson Fachin, cujo julgamento ainda se encontra pendente de conclusão. Entretanto, é de se destacar que o relator já manifestou seu voto no sentido de “declarar a inconstitucionalidade do artigo 443, *caput*, parte final, e § 3º; artigo 452-A, § 1º ao § 9º, e artigo 611-A, VIII, todos da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017”, justamente porque entendeu que o contrato de trabalho intermitente foi regrado sem garantir praticamente nenhum direito ao

9. O trabalhador teria que trabalhar um dia a mais de graça para não ser multado pelo dia faltante? Ou trabalharia um dia a mais, teria a multa perdoada e receberia a remuneração do dia em que faltou ao serviço? O empregador seria obrigado a ofertar serviço suficiente para viabilizar a possibilidade de o empregado trabalhar o dia compensatório? Enfim, são muitas dúvidas.

trabalhador, em verdadeira omissão inconstitucional (violação à proibição de proteção insuficiente) (STF, 2020).

Por outro lado, a eventual aceitação da validade constitucional dessa modalidade contratual empregatícia impõe a limitação de seu escopo de incidência. Considerando se tratar de um contrato de reduzido conteúdo obrigacional entre as partes e levando em conta o caráter especial e muito pouco protetivo para o empregado da modalidade intermitente, logicamente esse tipo contratual deve ser interpretado de forma restritiva e subsidiária. Ou seja, sempre que a prestação laboral faticamente se desenvolver sob certa regularidade e previsibilidade, deve-se rejeitar/afastar a modalidade intermitente e se reconhecer que o contrato de trabalho se submete ao regramento laboral convencional. Nesse contexto, vislumbra-se, na realidade, que o espaço mais adequado de cabimento do contrato de trabalho intermitente circunscreve-se às hipóteses em que o empregador pretende firmar um pacto empregatício simbólico com trabalhadores autônomos, no qual a subordinação – principal elemento caracterizador da relação de emprego – é presumida e meramente fictícia¹⁰.

De qualquer sorte, a despeito de todas as críticas formuladas, é importante comparar a regulamentação brasileira do trabalho intermitente com o modelo português, a fim de se constatar as diferenças e semelhanças das soluções adotadas e até mesmo verificar se a normatização brasileira poderia evoluir a partir da experiência de Portugal.

2. O contrato de trabalho intermitente em Portugal comparado com o modelo brasileiro

O contrato de trabalho intermitente é regrado pelos artigos 157º a 160º do Código do Trabalho de Portugal de 2009 (Lei nº 7/2009).

10. Essa interpretação, caso consolidada, acabaria garantindo aos autônomos alguns direitos adicionais em relação ao labor desempenhado sob a forma civil de prestação de serviços e, ao mesmo tempo, impediria que o contrato de trabalho intermitente servisse como meio para precarizar os direitos laborais daqueles que efetivamente laboram sob a presença dos requisitos da relação empregatícia.

O item 1 do artigo 157º limita a possibilidade de pactuação do contrato de trabalho intermitente à empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, indicando que essa modalidade especial de contrato de trabalho não pode ser usada por qualquer empregador. Assim, em sintonia com a doutrina de Francisco Gérson Marques de Lima (2020), é notável que o regramento português destoa do regramento brasileiro, uma vez que este se limita a ressaltar a impossibilidade de o contrato de trabalho intermitente se aplicar aos aeronautas e, com isso, dá a entender que, afora essa vedação, a modalidade poderia ser generalizadamente adotada, independentemente das características de funcionamento da atividade da empregadora.

A parte final do mesmo dispositivo português (art. 157º, 1) autoriza, para as empresas que exerçam atividades com as características apresentadas no parágrafo anterior, o trabalho intermitente, o qual resta definido como sendo aquele caracterizado por uma prestação de trabalho intercalada por um ou mais períodos de inatividade, em conceituação similar à adotada pelo Brasil.

Parte da doutrina portuguesa, ilustrada por João Leal Amado (2020), compreende que o contrato de trabalho intermitente português seria um gênero dividido em duas espécies: o “trabalho intermitente alternado”, no qual o contrato laboral define previamente não somente a quantidade de prestação laboral a ser exigida, mas também os períodos em que o trabalho ocorrerá (espécie que pouco se assemelha com o modelo brasileiro); e o “trabalho intermitente à chamada”, no qual a quantidade de trabalho é previamente definida, como exige a legislação portuguesa, porém sem a definição de quando o labor deverá ocorrer (espécie um pouco mais próxima do regramento brasileiro). No entanto, essa classificação, apesar de bastante lógica, não foi adotada abertamente pelo legislador, que regrou ambas as espécies de forma conjunta e homogênea.

O art. 157, 2, do Código do Trabalho português, por outro lado, estabelece que o contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo¹¹ ou em regime de trabalho

11. Segundo o art. 140º, 1, do Código do Trabalho de Portugal, o “contrato de trabalho a termo resolutivo só pode ser celebrado para a satisfação de necessidades

temporário¹², ao contrário da regulamentação brasileira, que não estabelece expressamente a incompatibilidade do contrato de trabalho intermitente com a fixação de prazo determinado ou com o trabalho temporário.

O artigo 158º do Código do Trabalho de Portugal traz, em seu item 1, a exigência de o contrato de trabalho intermitente ser firmado de forma escrita, contendo a identificação, as assinaturas e o domicílio/sede das partes, bem como a indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo¹³. A forma escrita também é adotada pelo modelo brasileiro (art. 452-A, *caput*, da CLT). Porém o modelo português traz a imposição de definição, no contrato de trabalho, de uma quantidade mínima de labor obrigatório/garantido, sendo esse um ponto muito diferente do modelo brasileiro, que não traz legalmente nenhuma garantia/obrigação de quantidade mínima de prestação de serviços na modalidade intermitente.

O art. 158º, 2, do Código Laboral de Portugal traz a previsão expressa de que a inobservância da forma escrita ou a ausência de indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo fazem com que o contrato seja considerado como sendo sem período de inatividade. Em outras palavras, a modalidade intermitente é considerada nula quando desatendidas essas exigências formais, aplicando-se à relação laboral o contrato de trabalho comum (não intermitente). No caso brasileiro, a legislação estipula a forma escrita do contrato de trabalho intermitente (art. 452-A, *caput*, da CLT), mas não estabelece, com clareza, se a modalidade especial, caso inobservada a forma escrita, será considerada nula, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência firmar essa consequência¹⁴.

temporárias, objetivamente definidas pela entidade empregadora e apenas pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”, sendo bastante similar; portanto, ao contrato de trabalho por prazo determinado existente no Brasil.

12. O regime de trabalho temporário português se assemelha, em linhas gerais, com o trabalho temporário instituído no Brasil pela Lei nº 6.019/1974.

13. O trabalho a “tempo completo” seria equivalente ao trabalho com jornada integral existente no Brasil. Em síntese, o trabalho a tempo completo seria, portanto, aquele não enquadrado como sendo de tempo parcial.

14. O que já vem ocorrendo, consoante precedentes mencionados anteriormente.

O artigo 159º, 1, do Código Trabalhista português prevê que o empregador e o empregado “devem estabelecer a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele”, garantindo, outrossim, que a prestação de trabalho pactuada “não pode ser inferior a cinco meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos três meses devem ser consecutivos” (art. 159º, 2). A normatização brasileira, apesar de viabilizar que o contrato de trabalho detalhe o desenvolvimento da relação laboral e assegure direitos ao trabalhador intermitente, não garante, por si, nenhum tempo mínimo de ativação laboral do trabalhador ao longo do ano, conforme visto anteriormente.

Destaque-se que a doutrina laboral portuguesa aponta e critica a alteração recente, promovida pela Lei de Portugal n. 93/2019, que diminuiu o tempo mínimo obrigatório de prestação laboral de seis para cinco meses por ano e, conseqüentemente, aumentou o tempo máximo de inatividade permitido de seis para sete meses, bem como reduziu de quatro para três meses o período de labor contínuo assegurado pela legislação, tornando menos protetiva, para o trabalhador, a disciplina do contrato de trabalho intermitente. Glória Rebelo (2019), por exemplo, entende que as alterações trouxeram benefícios para o empregador por meio da compressão dos interesses dos trabalhadores.

O art. 159º, 3, do Código do Trabalho de Portugal estipula que o prazo entre a convocação e o início do trabalho não pode ser inferior a trinta dias, no caso de o trabalhador estar exercendo outra atividade durante o período de inatividade do contrato intermitente, e não pode ser inferior a vinte dias nas demais hipóteses. A legislação brasileira, em contrapartida, estabelece o prazo único mínimo de antecedência de apenas três dias corridos.

A recente Lei de Portugal n. 13, de 3 de abril de 2023, alterou o item 4 no art. 159º – cujo texto anterior¹⁵ passou a cons-

15. Redação anterior do art. 159º, 4, do Código de Trabalho de Portugal: “Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior”.

tar, com mínimas adaptações, no incluído item 5¹⁶ -, passando a estabelecer que “em caso de incumprimento do empregador do disposto nos números anteriores, o trabalhador não é obrigado a prestar trabalho nem pode ser prejudicado por esse motivo”. Essa nova disposição deixa evidente que o empregador que descumprir com suas obrigações legais (oferta de serviço mínimo e cumprimento dos prazos legais de convocação, destacadamente) não pode exigir que o empregado labore, de modo que, nesse contexto, a negativa do trabalhador em atender à convocação é um ato lícito que não pode ensejar nenhuma punição ao empregado.

A contrario sensu, fica claro que o empregado intermitente é obrigado a prestar o trabalho para o qual foi convocado na hipótese em que o empregador cumpre rigorosamente as suas obrigações legais. Essa linha destoa totalmente do caso brasileiro, que adotou um modelo “super flexível” de contrato de trabalho intermitente em que nem o empregador é obrigado a convocar e nem o empregado é obrigado a atender à convocação (art. 452-A, §§2º e 3º, da CLT), ainda que o empregador cumpra com as quase inexistentes obrigações legais (no caso, o prazo mínimo de convocação de três dias previsto no art. 452-A, §1º, da CLT).

O modelo brasileiro somente “obriga” ambas as partes a concretizarem o serviço no caso de o trabalhador responder positivamente à convocação realizada pelo empregador, diretriz essa que pode ser deduzida do fato de que a legislação brasileira estabeleceu uma multa pecuniária visando sancionar a parte que, sem justo motivo, vier a descumprir a prestação de serviços ofertada e aceita (art. 452-A, §4º, da CLT).

O art. 160º, 1, do Código de Trabalho português assegura que, durante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra atividade, devendo, no entanto, informar o empregador desse fato. A legislação brasileira também autoriza que, durante o período de inatividade, o trabalhador possa prestar serviços a outros contratantes, porém não obriga que essa circunstância seja informada ao empregador intermitente (art. 452-A, §5º, da CLT).

16. Redação atual do art. 159º, 5, do Código de Trabalho português: “Constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 3”.

O art. 160º, 2, do Código Laboral de Portugal traz a garantia de que o trabalhador receba uma compensação retributiva pelo período de inatividade, a ser paga na mesma periodicidade do salário, em valor estabelecido em instrumento coletivo de trabalho ou, não havendo este, pelo montante de, ao menos, 20% (vinte por cento) do salário básico¹⁷. Esse é um dos pontos mais relevantemente diferentes entre Portugal e Brasil, haja vista que a regulamentação brasileira não garantiu nenhuma remuneração mínima pelo período de inatividade do trabalho intermitente.

A diferença se dá porque o sistema português adota a compreensão de que o trabalhador sujeito a um “contrato de trabalho intermitente à chamada”, caso efetivamente convocado, deve atender à convocação do empregador para trabalhar, observando-se, para tanto, período mínimo de antecedência convocatória muito superior ao Brasil.

Nessa trilha, Natasha Schneider (2017, p. 65) explica que o contrato de trabalho intermitente à chamada estabelece a “compensação contributiva” com o intuito de garantir que o empregado permaneça disponível para cumprimento do contrato quando convocado para trabalhar¹⁸ ou, no caso do contrato de trabalho intermitente alternado, com a finalidade de manter o trabalhador disponível para prestar serviço nos períodos pactuados e para que o laborista até mesmo aceite e se submeta a essa modalidade contratual especial mais instável e sujeita a vários e longos períodos de inatividade.

Sobre o tema, Glória Rebelo (2019, p. 630) reforça o esclarecimento sobre a justificativa da retribuição compensatória pelos períodos de inatividade: “A intenção do legislador sendo de compensar financeiramente o trabalhador pela inatividade, dado que mantendo-se o trabalhador disponível para responder à convocatória do empregador nestes períodos existe uma heterodisponibilidade que deve ser remunerada”.

17. Entretanto, o salário recebido pelo trabalhador em virtude do exercício de outras atividades no período de inatividade é deduzido da compensação retributiva pelo período de inatividade do trabalho intermitente (art. 160º, 3, do CT Português de 2009).

18. Há uma obrigação do trabalhador de aceitar o chamado para prestar serviços, ao contrário do modelo brasileiro.

Complementando a regra sobre a “compensação retributiva” dos períodos de inatividade, o art. 160º, 3, do Código de Trabalho de Portugal preceitua que se o “trabalhador exercer outra atividade durante o período de inatividade, o montante da correspondente retribuição é deduzido à compensação retributiva calculada de acordo com o número anterior”. Trata-se de disposição inserida pela Lei de Portugal n. 93/2019 que cria uma espécie de “dedução” atípica entre o salário pago por outros tomadores e o valor devido pelo empregador intermitente a título de “compensação retributiva”, ignorando que a remuneração paga por outro tomador é uma contraprestação ao serviço prestado, enquanto a “compensação retributiva” visa manter o empregado à disposição e vinculado ao contrato de trabalho intermitente até a próxima convocação. Trata-se de norma precarizadora, portanto, que força uma “dedução” entre parcelas de natureza e finalidade distintas. Porém, como o ordenamento jurídico brasileiro sequer remunera o período de inatividade do trabalhador intermitente, mesmo com essa novidade prejudicial aos laboristas, o modelo português ainda permanece sendo muito mais favorável aos empregados do que o paradigma implementado no Brasil.

O artigo 160º, 4, do Código Trabalhista de Portugal dispõe que a remuneração das férias e do décimo terceiro salário deve ser calculada com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos doze meses ou no período de duração do contrato, se esta for inferior. O ordenamento jurídico brasileiro optou por determinar o pagamento imediato e proporcional ao período trabalhado das férias mais um terço e do décimo terceiro salário imediatamente após a conclusão da prestação de serviços.

O art. 160º, 5, do Código Laboral português traz expressamente que, durante o período de inatividade, são mantidos os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho. Inexiste previsão similar na legislação brasileira, sendo, entretanto, possível deduzir que essa disposição também se aplica em relação ao trabalhador intermitente brasileiro, uma vez que apresenta uma regra implícita que

logicamente deve incidir, salvo disposição especial em contrário, a todas as partes de todas as modalidades contratuais empregatícias.

Importante elucidar que a figura do contrato de trabalho intermitente, ao menos considerando dados de 2014, não cumpriu a promessa, em Portugal, de combater a precariedade laboral e de melhoria da proteção social dos trabalhadores independentes, sendo muito pouco utilizado na prática (Monte, 2020, p. 19), encontrando ainda alguma aceitação mais relevante no setor de turismo (Rebelo, 2019, p. 629). No Brasil, apesar de ter sido instituído mais recentemente (em 2017) e sem qualquer promessa de combate à precarização trabalhista, a modalidade, considerando informações apuradas até 2019, ainda representa menos de 0,5% dos contratos de trabalho formalizados no país e, de forma bastante preocupante, um a cada cinco vínculos intermitentes não chegou a gerar renda alguma para o trabalhador ao longo de 2019 (DIEESE, 2020).

Independentemente dessa constatação, a comparação entre os modelos português e brasileiro deixa evidente que este, até mesmo a fim de sair do estado de inconstitucionalidade em que se encontra, deve adotar diversos aprimoramentos que podem se basear nas diretrizes já adotadas por Portugal.

Considerações Finais

A análise comparativa entre o Direito do Trabalho brasileiro e português evidencia um descompasso muito acentuado na regulamentação do contrato de trabalho intermitente. Enquanto no Brasil se adota um modelo extremamente precarizador e sem garantias para os empregados, Portugal adota importantes regras que, em tese, submetem essa modalidade contratual laboral a parâmetros razoáveis de civilidade.

Nesse sentido, constatou-se que a hipótese encampada no início do escrito se mostrou acertada, pois, de fato, o Direito Português possui regulamentação do contrato de trabalho intermitente mais favorável ao trabalhador do que o modelo adotado no Brasil.

Diante dessa conclusão, o legislador brasileiro, até mesmo a fim de sair do estado de inconstitucionalidade em que se encontra

a deficitária regulamentação vigente, deve adotar diversos aprimoramentos urgentes na disciplina do contrato de trabalho intermitente, os quais podem se basear nas diretrizes já adotadas por Portugal, quais sejam: a limitação da modalidade apenas a algumas situações empresariais e econômicas específicas que efetivamente justifiquem a adoção dessa modalidade contratual especial; a garantia de uma quantidade mínima anual de prestação de serviços no trabalho intermitente; e a garantia de uma contraprestação ao trabalhador pelo período de inatividade.

Referências

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**: à luz do novo Código do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 1000806-40.2020.5.02.0065, da 13ª Turma. Recorrente: WMB Supermercados do Brasil Ltda. Recorrida: D. S. F. P. Relatora Desembargadora: Cíntia Táffari, São Paulo, SP, 10 de junho de 2021. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, São Paulo, SP, 29 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Embargos de Declaração em Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 0001122-95.2019.5.09.0005, da 7ª Turma. Embargante: A. F. P. P. Embargado: Robson Sebastião de Pontes & Cia Ltda – EPP. Relatora Desembargadora: Rosemarie Diedrichs Pimpao, Curitiba, PR, 29 de abril de 2021. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Curitiba, PR, 17 mai. 2021.

CUNHA, Regiane Pereira Silva da; GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O contrato de trabalho intermitente e a uberização do trabalho: será juridicamente adequado considerar um motorista uberizado como trabalhador com contrato intermitente? **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 96 – 122, 2022.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: direito comparado. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

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

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Boletim emprego em pauta número 17** (dezembro de 2020). São Paulo: Dieese, 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmpauta17.html>. Acesso em: 5 dez. 2022.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189 – 212, dec. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>>. Acesso em: 02 dez. 2022.

MONTE, Josilene Soares. **O Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Intermitente em Portugal e no Brasil**. 2020. 81 f. Dissertação (Mestrado em Solicitadoria de Empresa) – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Leiria, 2020. Disponível em: https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/5688/1/JO DISSERTAÇÃO_com_correções_formais.pdf. Acesso em: 5 dez. 2022.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Trabalho intermitente: um estudo comparativo da legislação estrangeira. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de (org.). **Relações de trabalho contemporâneas: da uberização à Covid-19**. Fortaleza: Premius/Excola Judicial, 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REBELO, Glória. O contrato de trabalho a termo e o contrato de trabalho intermitente – alterações ao Código do Trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. III/IV, n. 1, p. 611 – 637, 2019.

SCHNEIDER, Natasha. **O Contrato de Trabalho Intermitente no Direito Português e a Introdução desta Modalidade Contratual no Direito Brasileiro Através da Lei 13.467/2017**. 2018. 188 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Laborais, Universidade de Lisboa (Faculdade de Direito), Lisboa, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37332>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator vota pela inconstitucionalidade de contrato de trabalho intermitente. **Supremo Tribunal Federal**, 2 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456516&ori=1>. Acesso em: 21 set. 2023.

OS DESAFIOS DO MOVIMENTO SINDICAL FRENTE ÀS NOVAS MORFOLOGIAS DO TRABALHO¹

THE TRADE UNION MOVEMENT CHALLENGES BEFORE THE NEW MORPHOLOGIES OF WORK

Delaíde Alves Miranda Arantes²

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos³

Resumo

A sociedade passou por grandes e profundas alterações impulsionadas pelo trabalho, desde os primeiros passos da humanidade até os impressionantes avanços tecnológicos da atualidade. Com o advento da industrialização, os sindicatos se tornaram importantes agentes de transformação social, atuando de forma fundamental para

1. Parte do artigo foi originalmente publicado pelas autoras na obra coletiva “Estudo em Homenagem ao Ministro Walmir Oliveira Costa. Organizador: Elthon José Gusmão da Costa. São Paulo: Editora Mizuno, 2023, p. 172 a 186.

2. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito, Estado e Constituição, na sublinha Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB. Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” – UnB – CNPq. Bacharel em Direito pela Uni-Anhanguera – Goiânia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Especialista em Docência Universitária pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-Goiás.

3. Professora Titular do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UNB. Membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da UNB-CNPq e do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Seguridade Social e Meio Ambiente”, do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário. Pós-doutorado em andamento pela Universitat de València, Espanha. Assessora da Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Delaíde Alves Miranda Arantes.

a aquisição de direitos e conquistas democráticas. Neste contexto, o artigo analisará os desafios, dificuldades dos trabalhadores diante das novas morfologias do trabalho, as perspectivas do movimento sindical no Brasil a partir dos impactos da Reforma Trabalhista e a mudança de cenário para os trabalhadores e sindicatos após a vitória eleitoral sobre o projeto neoliberal da ultradireita em 2023.

Palavras-chave: Sindicato; centralidade do trabalho; novas morfologias do trabalho; reforma trabalhista; futuro do trabalho.

Abstract

Society has been through great and profound changes driven by work, from the first steps of humanity to nowadays impressive technological advances. By the advent of industrialization, trade unions became important agents of social transformation, playing a main role in the conquering rights and democratic achievements. In this scenario the paper will analyze the challenges and difficulties faced by workers in the face of the new morphologies of work, the prospects for the union movement in Brazil based on the impacts of the Labor Reform and the changing scenario for workers and unions after the electoral victory over the neoliberal project of Right-wing extremist ideology in 2023.

Keywords: Trade union; centrality of work; new morphologies of work; labor reform; future of work.

Introdução

O trabalho, na sociedade capitalista, atua tanto como fonte de dignidade como de opressão, contradição inerente ao sistema que, de um lado, busca o aumento da lucratividade às custas da exploração e, de outro, reconhece o trabalho como essencial para o desenvolvimento pessoal e social. Dessa tensão constitutiva resultam avanços e retrocessos sociais, obtidos por meio da luta entre os trabalhadores – sempre em busca da manutenção ou ampliação de direitos – e os empregadores, em busca da redução de custos, ampliação da produção e dos lucros (Lemos, 2020, p. 57).

Com a pandemia do coronavírus, que atingiu o mundo desde 2020 (PAHO, 2022, *online*), contradições, as desigualdades e

a concentração de renda características do sistema capitalista só aumentaram. O grupo de 2.775 bilionários existentes no mundo, nesse período, ampliou patrimônio mais do que a soma dos ganhos dos últimos quatorze anos. O total do patrimônio dos 10 homens mais ricos do mundo é superior à soma de 3,1 bilhões de pessoas mais pobres (Schmidt, 2022).

Em momentos de crise, a classe trabalhadora é sempre chamada a fazer sacrifícios, dar sua contribuição para superação dos problemas. Enquanto indivíduos, os trabalhadores pouco podem resistir à superexploração do mercado, assim, historicamente, os trabalhadores reconheceram a importância de se unirem em torno de interesses comuns para conquistarem mais direitos. Se a evolução da sociedade passa por mudanças econômicas, tecnológicas e políticas, há um elemento comum, que sustenta e impulsiona todas as grandes transformações sociais: o trabalho humano.

O presente artigo, por meio de revisão bibliográfica, busca demonstrar a manutenção da centralidade do trabalho na sociedade tecnológica, o aprofundamento das contradições do sistema capitalista em meio à crise estrutural e sanitária, a importância da organização dos trabalhadores para a manutenção e ampliação dos direitos historicamente conquistados e a necessidade de retomada do protagonismo do movimento sindical para o enfrentamento da desigualdade social.

Para tanto, será traçado um paralelo entre o modo de produção e os paradigmas de Estado, relacionando as mudanças sociais, políticas e econômicas com as transformações da tecnologia de produção e a luta por direitos.

O artigo apresentará os principais efeitos na onda ultraliberal que assola o mundo no Brasil, com ênfase aos impactos que a reforma trabalhista causou sobre o movimento sindical, apresentando, por fim, recentes mudanças alvissareiras para o fortalecimento do movimento sindical.

A Lei n.13.467/2017 promoveu a desconstrução do Direito do Trabalho admitindo práticas precarizantes e o esvaziamento dos sindicatos, mudanças que não se coadunam com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

No Brasil, o fim da pandemia e a retomada da estabilidade institucional e econômica em 2023, suplantando a tentativa de golpe intentada em 8 de janeiro do corrente ano, proporciona um momento de retomada das lutas por mais direitos e pela redução das desigualdades sociais e econômicas, em defesa da Constituição Federal de 1988 e pela inclusão social dos trabalhadores, sobretudo os trabalhadores das novas tecnologias.

Diante desse contexto, o texto refletirá sobre os desafios do sindicalismo frente às novas morfologias do trabalho, ressaltando o poder transformador da classe trabalhadora quando organizada.

1. A centralidade do trabalho no desenvolvimento da sociedade

A organização dos indivíduos em sociedade remonta aos primeiros passos da humanidade, em dado momento, as pessoas passaram a se agrupar para dividir alimentos, para conseguir proteção e, mais adiante, para dividir as tarefas do dia a dia. As sociedades ficaram cada dia mais complexas, não havia mais condições, tampouco abundância, para que as pessoas pudessem retirar todo o necessário somente da caça e da pesca. Aldeias começaram a ser formadas e a especialização em profissões torna-se uma realidade: enquanto um caçava outro plantava, outro produzia o pão, outro desenvolvia novas ferramentas para a agricultura, para a caça e para a defesa (Huberman, 1979).

Nas sociedades feudais o trabalho resumia-se ao cultivo da terra ou a guarda do rebanho para o uso de lã no vestuário, com as necessidades sendo supridas basicamente pelo sistema de trocas. O trabalho era essencialmente agrícola, entretanto, muito diferente do que encontramos nas lavouras de hoje (Huberman, 1979, p.12). P. Boissonnade afirma que o feudalismo consistia em uma organização que, sob pretexto de garantir uma proteção “frequentemente ilusória, deixava as classes trabalhadoras à mercê das classes parasitárias, e concedia a terra a quem a não a cultivava, mas aos capazes de dela se apoderarem” (*apud* Huberman, 1979, p. 24).

Com a intensificação do comércio, de um lado formou-se uma burguesia, enriquecida pelas grandes navegações; de outro,

uma horda de trabalhadores, que começou a deixar os campos rumo às grandes cidades, necessitando de nova ocupação e de um mínimo de condições para a sobrevivência. Se no feudalismo a riqueza era a terra, a expansão do comércio e o abandono do sistema de trocas fez surgir um novo tipo de riqueza – o dinheiro. A produção de bens manufaturados também se modificaria, deixando de ser familiar, pois com a necessidade de mercadorias para o comércio, pequenas oficinas foram montadas nas cidades, dando início às corporações de ofício, que reuniam todos os artesãos daquela especialidade (Huberman, 1979, p. 64).

O sistema de corporações entrou em colapso com o fim da igualdade entre os mestres, com a existência de corporações superiores e outras inferiores e o distanciamento entre aprendizes e mestres. Formaram-se associações para defender os interesses dos aprendizes, tais como os sindicatos de hoje, que procuravam melhores salários para seus associados e enfrentavam a resistência dos patrões. Tais associações foram consideradas ilegais e banidas, “sob pena de castigo” (Huberman, 1979, p. 74).

A burguesia de comerciantes ascendentes formou uma classe média, opondo-se ao poder da aristocracia, à cobrança de impostos, às restrições comerciais e aos monopólios. Detentora do dinheiro, queria o poder político, e fez eclodir a Revolução Francesa, com o ideário de “igualdade, liberdade e fraternidade”, aproveitando-se da condição caótica da França, mergulhada na mais profunda miséria e desigualdade. Surge um novo sistema selando o fim do feudalismo. Um sistema fundado na livre troca de mercadorias com o objetivo primordial do lucro – o capitalismo (Huberman, 1979, p. 164), sob a égide do Estado Liberal.

Em sua primeira versão, o capitalismo liberal contou com uma invenção que revolucionou o modo de produção capitalista: a máquina a vapor. Inventada pelo inglês Sr. Watt, em 1776, em 1880 já havia tomado a indústria da Inglaterra. As máquinas sempre auxiliaram o trabalho do homem, mas com a máquina a vapor, o sistema fabril modificou-se substancialmente, organizando-se em grande escala, aumentando a produção, o ritmo de trabalho – e os lucros. Com a Primeira Revolução Industrial, as máquinas, que

poderiam ter melhorado as condições de trabalho do homem, na realidade, o fizeram piorar: horários de trabalho em torno de 14 a 16 horas por dia, castigos físicos, trabalho infantil (crianças de 7 anos trabalhavam até a exaustão), insalubridade, baixíssima remuneração, nenhum direito. A importância do capital industrial tornou-se enorme, concentrando trabalhadores em grandes fábricas e cidades, permitindo a tomada de consciência de classe e a organização de sindicatos. (Huberman, 1979, p. 183).

A luta de classes desde então se desenvolve no âmbito do capitalismo, com a disputa de interesses antagônicos. Adam Smith, em 1776, já identificava o conflito imanente ao novo sistema: “os trabalhadores desejam conseguir o máximo possível, os patrões pagar o mínimo possível. Os primeiros estão dispostos a se agrupar para elevar os salários, os segundos também, com o objetivo de reduzir salários” (*apud* Huberman, 1979). Leo Huberman (1979, p. 229) destaca algumas das características do capitalismo identificadas por Karl Max e Frederick Engels em 1848:

A crescente concentração de riquezas nas mãos de uns poucos; O esmagamento de muitos pequenos produtores pelos grandes produtores; O uso crescente da máquina, substituindo um número cada vez maior de trabalhadores, criando uma “força industrial de reserva”. A crescente miséria das massas. A ocorrência de colapsos periódicos do sistema – crises – cada qual mais devastadora do que a outra. E a mais importante – a contradição fundamental da sociedade capitalista – o fato de que enquanto a produção em si é cada vez mais socializada, o resultado do trabalho coletivo, a apropriação, é privado, individual.

No final do século XIX, a forma de organização da produção industrial em grandes fábricas potencializou os conflitos coletivos e possibilitou aos trabalhadores reconhecerem-se enquanto classe social. Para Augusto Cesar Leite de Carvalho (2011, p. 17):

A origem do direito do trabalho se associa à indignação e ao comportamento reativo dos operários que resolveram, em um dado momento histórico, desafiar o poder do capital. Antes em estado de absoluta letargia no âmbito da empresa que se disseminava como nova fonte de organização, a revolta ante a injustiça e indignidade das primeiras condições de trabalho

arrebatou esses homens para lançá-los contra a opressão que inevitavelmente viria, porque a liberdade de expropriar energia de trabalho se inseria no amplo espectro de liberdade que a classe burguesa havia conquistado.

O aprimoramento de técnicas de produção industrial pela substituição do uso do ferro, do carvão e da energia a vapor, característicos da primeira fase da Revolução Industrial, pelo aço, a eletricidade e o petróleo, deram origem a uma nova fase da indústria, conhecida como Segunda Revolução Industrial, que se expandiu para além da Inglaterra, para países como Estados Unidos, Rússia, França, Japão e Alemanha.

A automatização do trabalho e as tecnologias desenvolvidas nesse período possibilitaram a produção em massa e a diversificação das áreas de produção, como o desenvolvimento da indústria química e siderúrgica.

Conforme Augusto César de Carvalho, a Segunda Revolução Industrial teve início no século XIX, com a descoberta da eletricidade (o dínamo, em substituição do vapor), fonte alternativa de energia para a indústria ao lado da invenção de Henry Bessemer – a transformação de ferro em aço – material que, por suas características de dureza, resistência, revolucionou a indústria metalúrgica, que passou a produzir aço em escala industrial e a baixo custo (Carvalho, 2018, p. 22).

A organização de fábricas possibilitou a intensificação de movimentos políticos e classistas pela garantia de direitos, desde a jornada de trabalho à limitação de idade laboral e à garantia de pagamentos mínimos. As primeiras conquistas de direitos trabalhistas decorrem da luta dos trabalhadores, cada vez mais organizados em sindicatos.

A depressão econômica de 1929, ao lado das duas grandes guerras mundiais, mergulhou o mundo em profunda crise social, econômica e política. Os Estados Unidos consolidam-se como potência econômica e a evolução tecnológica intensificou-se com o motor de combustão interna, desenvolvido pela inserção do petróleo como nova fonte energética para a indústria. O processo de informatização da indústria foi aprofundado após a Segunda Guerra Mundial, em meados dos anos de 1950, e a integração da ciência ao sistema

produtivo, com a agilidade dos meios de comunicação, a robótica, a genética, a informática e a globalização dos mercados, mediante a formação de blocos econômicos. Este processo é chamado por muitos de Terceira Revolução Industrial (Carvalho, 2018, p. 22).

Como resultado da experiência catastrófica da Segunda Guerra Mundial surge o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Social de Direito, incorporando direitos sociais nas constituições e reconhecendo princípios como o da dignidade humana e o da justiça social (Delgado, 2017, p. 106).

Com o objetivo de consolidar as transformações sociais, políticas, jurídicas, econômicas e culturais decorrentes da experiência devastadora da Segunda Guerra e limitar abusos autoritários pelo Estado surge o Estado Democrático de Direito, marco contemporâneo do constitucionalismo, estabelecido a partir das bases da democracia e dos direitos fundamentais.

Embora a humanidade tenha experimentado avanços significativos na qualidade de vida ao longo da história desde a Primeira Revolução Industrial, a intensificação da exploração capitalista nunca deixou de ser o cerne do desenvolvimento industrial e as contradições do sistema foram aprofundando-se. A partir da reestruturação produtiva dos anos de 1970, a implantação do sistema taylorista de produção capitalista causou profundo desemprego e superexploração dos trabalhadores, implantando a métodos de gestão como a terceirização, a quarteirização, contratos parciais, enfim, uma série de medidas precarizantes para os trabalhadores em nível mundial.

Destacam-se, entre outros, dois fatores para o aprofundamento da crise atual do sistema: a globalização e o neoliberalismo. A globalização ou globalismo – atual fase do sistema capitalista, iniciada no último quarto do século XX, consiste em um processo cujos principais pressupostos consistem em: “generalização ampliada do sistema econômico; nova revolução tecnológica, em especial vinculada aos meios de comunicação; hegemonia do capital financeiro -especulativo” (Delgado, 2017, p. 106).

Paralelamente à globalização, o neoliberalismo⁴ corrói os

4. Para David Harvey (2008, p. 02) “O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser

direitos sociais alcançados pela sociedade e pelos trabalhadores em nome da “modernidade”, com propostas de desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas.

Atualmente, a internet e a tecnologia digital criaram morfologias do trabalho, o que tem levado autores a designar esse momento histórico como a “Quarta Revolução Industrial”⁵, sustentando o fim da centralidade do trabalho. Resultado da economia de compartilhamento, por plataformas digitais e de formas de exploração mascaradas como empreendedorismo, surge um novo proletariado digital, precarizado, que Ricardo Antunes denomina de “classe-que-vive-do-trabalho” (Antunes, 2018, p. 30).

A retrospectiva sintética acima apresentada objetiva destacar o fato de que o desenvolvimento da sociedade teve um fio condutor presente em todas as grandes transformações sociais, políticas e econômicas: o trabalho humano.

Mudanças de modo de produção (feudalismo para o capitalismo), mudanças tecnológicas (matriz energética a vapor, eletricidade, petróleo), mudanças de paradigmas de Estado (Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social, Estado Democrático de Direito), todas estas transformações que impulsionaram o desenvolvimento da humanidade foram acompanhadas pelo conflito entre classes sociais, consolidadas pela conquista de direitos pela classe trabalhadora, em uma constante luta para que o trabalho deixe de ser fonte de opressão e passe a ser fonte de dignidade. Sobre a importância da luta por direitos, Norberto Bobbio, com propriedade, afirmou que:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

As contradições econômicas e sociais geradas pelos modos

melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio”.

5. A chamada “Indústria 4.0” ou “quarta revolução industrial” são expressões que surgiram na feira industrial de Hannover em 2011, utilizadas para designar as chamadas “fábricas inteligentes”. (Schwab, 2016, p.19)

de produção vigentes ao longo da história levaram os trabalhadores a se organizarem para reivindicar melhores condições de vida, resultando em um processo aquisitivo de direitos, tanto no âmbito nacional como internacional. A centralidade do trabalho na vida do ser humano, no marco da sociedade capitalista, não pode ser negada, e a organização sindical teve – e ainda tem – papel fundamental para que a sociedade continue a avançar na era da tecnologia digital.

2. Neoliberalismo e os impactos da reforma trabalhista no movimento sindical brasileiro

O constitucionalismo contemporâneo e o Estado Democrático de Direito fizeram eco no Brasil por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou a pessoa humana com sua dignidade como centro do ordenamento político, a irradiar força normativa para toda a legislação infraconstitucional.

Há que se relembrar que a Assembleia Constituinte veio de um contexto histórico pós ditadura militar, período nefasto no qual as garantias individuais foram desrespeitadas, a liberdade foi suprimida e a violência política reinou. A intenção do Constituinte foi exatamente impedir que o autoritarismo do Governo de plantão pudesse, novamente, usurpar os direitos e as garantias individuais, alçando o Poder Judiciário como o grande guardião das liberdades e dos direitos.

Conquista fundamental para o estabelecimento de um novo paradigma constitucional, a Constituição Cidadã – como ficou conhecida – erigiu os direitos trabalhistas ao *status* constitucional, reconhecendo a importância dos sindicatos e do direito de greve – até então, criminalizados pela ditadura militar.

Mesmo sob a égide desse novo paradigma, as novas formas de intensificação da exploração capitalista promovidas pelo neoliberalismo impulsionaram a disputa entre interesses de classe conflitantes, retirando direitos dos trabalhadores e concentrando lucros nas mãos do capital financeiro e de grandes empresas transnacionais e de tecnologia.

No Brasil, o processo de aprofundamento das contradições sociais, redução do papel do Estado pelas privatizações e flexi-

bilização de direitos, entabulado a partir dos anos de 1980, foi interrompido em 2003, durante aproximadamente 11 ou 12 anos, quando foram formalizados mais de 20 milhões de empregos, sobretudo resultantes de políticas públicas que acentuaram o papel democrático, progressista e inclusivo do Direito do Trabalho. A valorização do salário-mínimo, a inclusão das empregadas domésticas na proteção da Lei Complementar 150/2015, o combate ao trabalho infantil e ao trabalho análogo ao de escravo e a fiscalização trabalhista foram fundamentais para ampliar a proteção social dos trabalhadores (Delgado, 2017, p. 137).

No mesmo período foram reconhecidas juridicamente as Centrais Sindicais, por intermédio da Lei n. 11.648/2008, excepcional conquista para o movimento sindical e para o Direito do Trabalho.

A Justiça do Trabalho fortaleceu-se pela ampliação da sua competência por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004, e o Poder Normativo da Justiça do Trabalho foi reduzido, de forma a estimular as negociações coletivas. A Justiça do Trabalho vivenciou um momento de consolidação de uma jurisprudência progressista, com a afirmação de direitos individuais.

No entanto, a partir do golpe parlamentar de 2016 que levou ao *impeachment* da Presidenta Dilma Roussef, o influxo neoliberal ganhou corpo e foi responsável pela realização da chamada Reforma Trabalhista, resultando em uma alteração dos paradigmas de direito individual, coletivo e processual do trabalho, com o objetivo de flexibilizar os mecanismos de negociação coletiva, enfraquecer os sindicatos, dificultar o acesso à justiça, retirar direitos trabalhistas e colocar em xeque a própria Justiça do Trabalho, entre outras precarizações. Esse importante período histórico no país é assim resumido por Maurício Godinho Delgado (2017, p. 137):

Lamentavelmente, nos anos de 2016/2017, o País assistiu à retomada dos desgastados pensamento e agenda ultraliberalista, com propostas agressivas de derruição das políticas públicas democráticas e de inclusão socioeconômica e, nesse conjunto, conseqüentemente, também propostas agressivas de restrições previdenciárias e de desregulamentação e flexibilização trabalhistas.

Inicialmente, a Lei nº 13.467 alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, publicada em 14 de julho de 2017, com vigência a partir de novembro do mesmo ano. No mesmo período, a Reforma Previdenciária promovida pela Emenda Constitucional 103/2019 também esgarçou o tecido de proteção social estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Algumas mudanças promovidas pela Reforma Trabalhistas foram especialmente sentidas pelo movimento sindical: o fim da contribuição sindical, a condenação dos sindicatos e trabalhadores em honorários advocatícios e periciais e a prevalência do negociado sobre o legislado são alguns dos exemplos mais impactantes.

Quanto à condenação dos trabalhadores ao pagamento de honorários de sucumbência e periciais, tal mudança causou impacto sobre o direito fundamental de acesso à justiça, em especial à Justiça do Trabalho, a mais social das justiças, instrumento de redução das desigualdades sociais e distribuição de renda, que atua especialmente com a defesa de verbas de natureza alimentar. Tal exigência, prevista nos arts. 790 e 791-A da CLT, resultou em medo: os trabalhadores estavam evitando ajuizar reclamação trabalhista por temerem ter que arcar com honorários de sucumbência, custas processuais e honorários periciais, mesmo beneficiários da justiça gratuita. Em contrapartida, a cada dia mais empregadores vilipendiam direitos básicos como o pagamento de verbas rescisórias, horas extras, intervalos intrajornada, acobertados pela certeza de que não serão questionados na Justiça do Trabalho. Não sem razão, o Supremo Tribunal Federal atenuou os efeitos excludentes do referido dispositivo, julgando a ADI 5.766 em 20 de outubro de 2021 (STF, 2021)⁶.

6. Conforme notícia o sítio do Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o voto do Ministro Alexandre Moraes, que considerou “inconstitucionais os dispositivos relativos à cobrança dos honorários de sucumbência e periciais da parte perdedora, mas admitiu a cobrança de custas caso o trabalhador falte à audiência inaugural sem apresentar justificativa legal no prazo de 15 dias. De acordo com o ministro, a lei estipula condições inconstitucionais para a gratuidade da Justiça, ao partir da presunção absoluta de que um trabalhador, ao vencer determinado processo, já se tornou autossuficiente. A seu ver, as normas apresentam obstáculos à efetiva aplica-

Não obstante, a Justiça do Trabalho tem condenado sindicatos ao pagamento de honorários advocatícios quando não comprovada a miserabilidade da entidade sindical, inclusive em dissídio coletivo, o que não contribui para o fortalecimento das demandas coletivas e do movimento sindical.

Outro destaque negativo que impactou diretamente o movimento sindical foi a alteração dos arts. 578, 579 e 582 da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratam da contribuição sindical.

A retirada da contribuição sindical obrigatória, sem nenhum mecanismo de compensação, nem sequer o estabelecimento de um período de transição para a extinção do financiamento das entidades, inviabilizou e enfraqueceu o poder de negociação da classe trabalhadora. Tal fato pode ser constatado pela informação de que, nos anos de 2015, 2016 e 2017, a média de pedidos de registros de sindicatos havia sido superior a oitocentos pedidos. Já em 2018, com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, a quantidade de solicitações caiu para 470. Já em 2019, houve somente 176 pedidos de registro (IPEA, 2022).

Com claro intuito de retirar o poder da classe trabalhadora de forma sub-reptícia, sem a possibilidade de impedir o trabalho do movimento sindical de maneira direta, a solução encontrada pelos neoliberais foi asfixiar o fluxo de caixa dos sindicatos. Ao retirar o mecanismo de financiamento da estrutura desses movimentos sociais, a Reforma Trabalhista acabou por inviabilizar a paridade de armas entre os empregadores e os trabalhadores, dando azo para a expropriação e a precarização do trabalho.

Como resultado dessa situação, dois terços dos reajustes salariais negociados em acordos e em convenções coletivas ficaram abaixo da inflação, segundo o boletim Salariômetro da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE). Têm-se que menos de 10% (dez por cento) das negociações trabalhistas resultaram em ganhos reais, o que, por si só, representa um aviltamento do poder de

ção da regra constitucional que determina que o Estado preste assistência judicial, integral e gratuita, às pessoas que comprovem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV). Em relação à cobrança de honorários de sucumbência dos que faltarem à audiência inaugural sem justificativa, o ministro Alexandre considera que se trata apenas de mais um requisito para a gratuidade judicial”.

compra dos trabalhadores. Destaca-se que se fala de perda efetiva do valor dos salários, ou seja, nem sequer a recomposição foi alcançada.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 935 de Repercussão Geral, em ação proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas da Grande Curitiba, no *Leading Case* ARE 1018459, acórdão em Embargos de Declaração publicado em 18 de setembro de 2023, firmou a tese no sentido de que “É constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição”.

A contribuição assistencial não se confunde com a antiga contribuição sindical compulsória, também conhecida como imposto sindical. Proposta, discutida e aprovada nas assembleias dos trabalhadores e empregadores, os órgãos soberanos das categorias profissionais e econômicas num Estado Democrático de Direito, a contribuição assistencial (também conhecida como contribuição coletiva, de solidariedade ou negocial) é um valor definido pela categoria para custear despesas com as negociações coletivas. Antes do novo posicionamento, o STF, o PN 119 e a Orientação Jurisprudencial 17 TST vedavam a cobrança de tal contribuição dos não associados.

Com o novo posicionamento do STF, recompondo a jurisprudência da Corte de forma mais coerente com os demais precedentes que valorizam a negociação coletiva, os sindicatos poderão retomar seu trabalho de forma equilibrada, em condições de maior igualdade, o que poderá resultar em ganhos reais de salário e melhoria das condições de trabalho a partir das próximas datas-base.

A reforma aprovou a prevalência do negociado sobre o legislado pelos arts. 611-A e 611-B, da CLT, o que expõe os trabalhadores à possibilidade de retirada de direitos historicamente conquistados, cuja defesa pelos sindicatos torna-se mais difícil em razão do esvaziamento do financiamento sindical aliado à alta do desemprego e demanda o fortalecimento das negociações coletivas. O fortalecimento dos sindicatos pela retomada de uma fonte de financiamento pode contribuir para barrar a onda crescente de perdas salariais e de direitos dos trabalhadores, e possibilitar

a construção de movimentos de resistência à precarização.

Ao lado da falta de financiamento, a atuação da Justiça do Trabalho, com a aplicação de percentuais mínimos para a manutenção das atividades durante períodos de greve, em alguns casos, chegando a 70% ou 80% dos trabalhadores, tem inviabilizado os movimentos paredistas (TST, 2022, *online*) e enfraquecido o poder da negociação coletiva, desequilibrando a correlação de forças entre empregadores e empregados.

O Poder Judiciário, ao declarar a abusividade de greves legítimas por considerá-las políticas, também contribui para o desmantelamento do movimento sindical. Ao atribuir uma interpretação restritiva ao art. 9º da Constituição Federal, estabelece que “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender», o Poder Judiciário Trabalhista distancia-se dos preceitos democráticos, deixando de dar voz aos trabalhadores atingidos por planos de governos e privatizações.

Soma-se a esse cenário a queda no percentual de trabalhadores sindicalizados, que passou de 16,1% em 2012 para 11,2% em 2019, com destaque para a região Sudeste, que perdeu 354 mil e corresponde a 37,2% do total das sindicalizações perdidas de 2018 para 2019. Observa-se que as atividades profissionais ligadas ao comércio (7,4%) e serviços (4,8%) possuem níveis de sindicalização bem inferiores à média nacional, 11,22% (IBGE, 2023).

Acresça-se a todos esses fatores a pandemia do coronavírus, que levou à necessidade de distanciamento social e à implementação abrupta do trabalho remoto, fatores que dificultaram o contato diário entre as pessoas, com reflexos diretos no movimento sindical. O isolamento do trabalhador em domicílio é mais um fator de rompimento do espírito coletivo e, para além de dificultar acesso do sindicato ao trabalhador, fortalece o individualismo e a competitividade, aspectos subjetivos enfatizados pelo neoliberalismo e pelo modelo de gestão toyotista utilizados para romper com a consciência de classe.

Por fim, as novas morfologias do trabalho, a informalidade e o desemprego estrutural contribuem para o enfraquecimento dos sindicatos. Segundo o IBGE, 40,2% dos trabalhadores brasileiros

estão na informalidade: são trabalhadores que vendem produtos nos faróis e nos transportes coletivos, comercializam refeições e trabalham como entregadores de aplicativos, por exemplo. Possuem o menor rendimento e nenhum direito trabalhista, além de não serem representados juridicamente por entidades de classe.

Como se vê, são muitos os obstáculos que solapam a atuação do movimento sindical, tanto decorrentes da realidade excludente do sistema, quanto impostos pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Embora o movimento sindical esteja enfrentando uma crise devido à perda dos empregos e a ampliação das novas modalidades de trabalho, os fatores elencados têm atuado de forma decisiva para minar o movimento sindical. Com isso, perdem não só os trabalhadores: perde a sociedade, perde a democracia.

Em 2023, a vitória eleitoral das forças democráticas no Brasil, comprometidas com a defesa da Constituição e com a progressividade dos direitos sociais, impôs uma derrota ao projeto político neoliberal e excludente da ultradireita. Soma-se a este ambiente democrático a decisão do STF que assegura uma fonte de financiamento para os sindicatos, fatores que podem abrir um novo cenário para o sindicalismo brasileiro retomar o protagonismo na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores.

Nesse sentido, recente parceria pelos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras foi firmada entre os presidentes do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, e dos Estados Unidos, Joe Biden, o que poderá impulsionar o debate entre o governo, sindicatos e entidades patronais sobre a necessidade de ampliar a proteção social dos trabalhadores. Um documento conjunto batizado de “Coalizão Global pelo Trabalho” prevê o desenvolvimento de pontos essenciais para o fortalecimento da democracia e redução das desigualdades sociais, que seriam: a proteção dos direitos trabalhistas e o fim do trabalho forçado, do trabalho infantil e da exploração dos trabalhadores e trabalhadoras; a promoção do trabalho seguro, saudável e decente, e responsabilização no investimento público e privado; a promoção de abordagens centradas nos trabalhadores e trabalhadoras para as transições digitais e de energia limpa; o uso da tecnologia para o benefício de todos; o combate à discriminação no local de trabalho,

especialmente contra mulheres, pessoas LGBTQIA+, pessoas com deficiência e grupos raciais e étnicos marginalizados.

O documento vem em um momento em que os Estados Unidos enfrentam uma onda de greves, que vão de roteiristas de Hollywood a caminhoneiros: nos primeiros meses de 2023, cerca de 546 mil trabalhadores entraram em greve no país, em uma mostra de descontentamento com as desigualdades sociais e a concentração de renda do sistema capitalista (Scatolini, 2023).

O documento também propõe a ampliação do conhecimento sobre direitos trabalhistas; a garantia de que a transição energética ofereça empregos que não sejam precários; o aumento da importância dos trabalhadores em organismos como G20 e nas conferências do clima (COP 28 e COP 30); o apoio e a coordenação de programas de cooperação técnica relacionados ao trabalho; a capacitação de trabalhadores e a proteção dos direitos de quem trabalha por meio de plataformas digitais e a busca por parceiros do setor privado para criar empregos dignos nas principais cadeias de produção.

3. Os desafios do sindicalismo no Brasil frente às novas morfologias do trabalho

Os conflitos inerentes ao sistema capitalista encontram nas relações de trabalho um terreno fértil. Neste sentido, a organização dos trabalhadores sempre foi essencial para o avanço das conquistas sociais, distribuição de renda e diminuição das desigualdades, objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988, que reconheceu os sindicatos como partícipes de uma sociedade civil democrática e inclusiva, ideal a ser alcançado pelo Estado Democrático de Direito. No entanto, para Maria Cecilia Lemos (2021, p. 50271):

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito está em crise, tanto nos países que nem chegaram a vivenciar o Estado do Bem-Estar Social, quanto naqueles que experimentaram progressos significativos na qualidade de vida, com mais liberdade e igualdade. Reformas precarizantes têm sido implementadas na legislação trabalhista tanto em países da Europa quanto na América Latina, acompanhadas pelo aumento da xenofobia e de conflitos gerados por interesses

econômicos, colocando em xeque as promessas do Estado Democrático de Direito por meio de práticas neoliberais que esvaziam o conceito de dignidade humana.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista atuou estrategicamente para o capitalismo neoliberal precarizar direitos e desmontar os sindicatos, reduzindo o poder de negociação e resistência dos trabalhadores. Um Comitê formado por seis Centrais Sindicais denunciou o Brasil à OIT – Organização Internacional do Trabalho em 2017, alegando violação à Convenção 98 da OIT. Para as Centrais, a OIT confirmou a constatação dos peritos da entidade de que não houve consulta tripartite na elaboração da lei e, como resposta, indicou ao governo a necessidade de “abrir processo de consultas para a análise dos impactos da reforma e a ouvir os trabalhadores para realizar as mudanças necessárias para minimizar os efeitos devastadores da reforma”. (Agência Brasil, 2022, *online*).

Nos países em que foram realizadas reformas trabalhistas promovidas por governos neoliberais, os resultados apresentados após os primeiros anos foram pífios: como exemplo, o desemprego na Espanha chegou a 16,13% em 2019, atualmente, chega a 13,3%, o que levou o novo governo espanhol, por meio do Real Decreto-Lei nº 32/2021 a revogar grande parte dos dispositivos precarizantes da reforma trabalhista espanhola.

No Brasil, sindicatos de trabalhadores, acadêmicos e entidades representativas de juízes, procuradores do trabalho defendem a revogação da reforma trabalhista de 2017. Um amplo debate nesse sentido tem envolvido políticos e a sociedade civil, o que inclui a proposta do Estatuto do Trabalhador, de relatoria do Senador Paulo Paim, discutido com a realização de audiências públicas pela Subcomissão Temporária do Estatuto do Trabalho (CDHET), criada na Comissão de Direitos Humanos em 2017, para reavaliar e propor alternativas à reforma trabalhista. Embora tenha sido arquivado em dezembro de 2022, o projeto conseguiu ser desarquivado em março de 2023, e traz esperança de mudanças para os trabalhadores em um novo cenário de maior possibilidade de diálogo entre governo, empresas e trabalhadores.

Outro ponto necessário para entender as dificuldades do

movimento sindical é o fato de o Brasil haver denunciado a Convenção 158 da OIT, o que não oferece garantia de emprego aos trabalhadores (Ermita Uriarte, 1989, p. 17), que com medo de perseguições, evitam a realização de movimentos reivindicatórios e até mesmo a sindicalização. O Brasil, um dos membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho, precisa criar condições de rediscutir a aderência à Convenção 158 para que, ao lado de outros países que a ratificaram, possa caminhar para um processo de valorização do emprego como fonte de dignidade.

No que se refere à sindicalização, os baixos índices de associados dos sindicatos brasileiros refletem a campanha de criminalização e desmoralização desenvolvida tanto pelo Estado, que desprestigia o movimento sindical em sua função democrática de dar voz aos trabalhadores, quanto pelas empresas e pelos meios de comunicação.

Em países da Europa, onde o Estado de Bem-Estar Social encontrou o mais alto grau de desenvolvimento, como os países nórdicos, a taxa de sindicalização chega a mais de 50% da população economicamente ativa. Em outros, como a Grã-Bretanha, a Itália e a Alemanha, a sindicalização fica acima de 30% e abaixo de 50%, ainda um bom número, o que demonstra o poder dos sindicatos em contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores.

É preciso, portanto, empoderar os sindicatos, verdadeiros representantes dos trabalhadores, reprimindo veementemente atos antissindicais, pois a liberdade sindical é essencial para a democracia e direito fundamental assegurado pelos arts. 8º, 9º e 37, VI e VII, da Constituição Federal.

Oscar Ermida Uriate (1989, p. 18) define ato antissindical como sendo qualquer ato que “prejudique indevidamente o trabalhador ou as organizações sindicais no exercício da atividade sindical ou a causa desta ou que lhe negue injustificadamente as facilidades ou prerrogativas necessárias para o normal desenvolvimento da ação coletiva”.

A prática de atos antissindicais é corriqueira no Brasil: trabalhadores demitidos por atuarem em defesa dos seus direitos, cerceamento do direito de greve, listas sujas de lideranças operárias, obstáculos para o acesso aos trabalhadores pelo sindicato dentro da

empresa, negativa de negociação coletiva pelas empresas, decisões judiciais que inviabilizam o direito de greve com a concessão de interditos proibitórios e liminares, enfim, há uma infinidade de ações que esvaziam o poder dos sindicatos e fragilizam os trabalhadores.

Para defender a liberdade sindical é importante invocar os documentos internacionais que asseguram sua proteção em todas as oportunidades em que for violada, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 23.4), e ainda, as Convenções 87/1948 e 98/1949 da OIT que dispõem, respectivamente, sobre “Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização” e “Direito de Organização e Negociação Coletiva, além da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) (art. 16); e da Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 (arts. 1.º, 2.º e 16 a 29). De acordo com o Manual de Condutas Antissindicais do Ministério Público do Trabalho (2021):

Constituem condutas antissindicais quaisquer práticas que violem as liberdades sindicais estabelecidas pela Constituição Federal (arts. 8.º, 9.º e 37, VI e VII), as consagradas nas Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil, as orientações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT e as que impliquem cerceamento ou retaliação, direta ou indiretamente, à atividade sindical legítima (CONALIS, Diretriz n. 1).

Nas palavras do jurista uruguaio Helios Sarthou, a magia da liberdade sindical nasceu das entranhas vivas dos acontecimentos sociais, e não no gabinete asséptico e formal dos juristas. Se conquistou pelo povo nas ruas e tem que seguir conquistando, dia a dia, frente à repressão dos campos e das cidades em desenvolvimento e dos subúrbios das sociedades desenvolvidas⁷.

O Brasil teve no movimento sindical um dos responsáveis pelo fim da ditadura militar. Nos anos de 1979 e 1980, os trabalhadores foram às ruas para lutar por democracia, mais direitos e liberdades, organizando greves históricas e enfrentando a repres-

7. Tradução livre do texto de Helios Sarthou: “*La magia de esta libertad nació en las entrañas vivas del acontecer social y no del gabinete aséptico y formal del jurista. Se ganó por el pueblo en las calles —sin metáfora— de la Revolución Industrial, y se tiene que seguir ganando día a día frente a la represión en los campos y ciudades del subdesarrollo y en los suburbios fabriles de las sociedades desarrolladas*”. (Sarthou, 1997, p. 175).

são policial e o regime autoritário. Um ex-presidente do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC ocupa pela terceira vez a Presidência da República. É preciso retomar o diálogo social tripartite, incluindo os sindicatos como representantes legítimos dos trabalhadores.

A inclusão dos trabalhadores que se ativam nas novas morfologias do trabalho na proteção social trabalhista e constitucional é um dos maiores desafios da sociedade. Trata-se, na maioria, de categorias não organizadas, que encontram inúmeras dificuldades de representação. Embora o movimento sindical reconheça a precarização desses trabalhadores, ainda está distante de encontrar uma sintonia com as novas formas de trabalho.

Mesmo os trabalhadores terceirizados, modalidade mais habitual e antiga de precarização, acabam alijados de uma representação eficiente, pois a descaracterização da categoria profissional é comum entre tais empregados, dificultando a organização sindical. As negociações coletivas de trabalhadores terceirizados acabam enfraquecidas e os resultados são salários aviltantes e condições de trabalho muito inferiores aos empregados regulares das empresas.

Quanto aos trabalhadores da era digital, resta o discurso de que as profundas transformações e inovações tecnológicas trouxeram uma inexorável mudança de paradigma no mundo do trabalho, sendo inevitável repensar suas normas regulatórias. Cabe ao movimento sindical liderar o debate sobre a implementação de benefícios previdenciários e assistenciais, indicar os requisitos para a concessão do benefício, sugerir fontes de recursos e articular com o Governo, o Parlamento e a sociedade em geral proteção dos trabalhadores digitais, em um movimento inclusivo, que assegure cidadania e dignidade a estes trabalhadores.

Nesse sentido, projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com vários conteúdos distintos, tentando regular as relações de trabalho da nova era digital, sobretudo o trabalho por aplicativos de entrega de mercadorias e pessoas. Os trabalhadores uberizados, como são normalmente chamados, já somam mais de 1 milhão e 400 mil somente no Brasil. A Espanha, recentemente, após uma série de decisões judiciais por meio da Lei Rider, (Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales) reconheceu a condição de empregado dos entregadores de mercadorias das plataformas digitais, num avanço significativo rumo à garantia do trabalho decente preconizado pela OIT (Lemos, 2021).

Proposta de Diretiva foi apresentada pela Comissão Europeia em dezembro de 2021 e aprovada pelo Conselho da União Europeia em 12 de junho de 2023. A proposta introduz duas melhorias essenciais para os trabalhadores das plataformas: colabora para o enquadramento adequado do status dos trabalhadores em plataformas digitais (por conta própria, como autônomos, ou empregados, por conta alheia) e estabelece as primeiras regras da União Europeia sobre a utilização da inteligência artificial (IA) no local de trabalho (Conselho da União Europeia, 2023).

O Tribunal Superior do Trabalho ainda não pacificou a jurisprudência sobre o reconhecimento do vínculo de empregos dos trabalhadores em aplicativo, embora recentemente, importantes decisões tenham reconhecido a relação de emprego entre os trabalhadores e as plataformas digitais⁸.

O uso de dados dos trabalhadores pelas empresas é outra questão para qual o movimento sindical deve se preparar, pois compromete o sigilo e a privacidade, dando espaço para práticas discriminatórias. Há, ainda, o uso de fake News e criação de perfis falsos nas redes sociais para minar movimentos grevistas e dividir os trabalhadores. Nesse sentido, recentemente, o aplicativo de entregas iFood foi denunciado por práticas antissindicais ao tentar barrar o crescimento do movimento denominado “#breque nos apps” (ABET, 2022).

Os sindicatos precisam modernizar suas formas de comunicação, utilizando ferramentas digitais e redes sociais como forma a alcançar o maior número de trabalhadores. Sua linguagem deve

8. A exemplo do Processo n. RR – 100353-02.2017.5.01.0066 Data de Julgamento: 06/04/2022, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/04/2022.

alcançar os jovens, cuja subjetividade foi capturada pelo discurso neoliberal de empreendedorismo, de forma a demonstrar a importância de uma rede de proteção social para as futuras gerações.

A capacitação e o apoio àqueles aos excluídos pelas novas tecnologias também é um importante caminho para a inclusão pelo trabalho digno. Sindicatos dos empregados, juntamente com os sindicatos dos empregadores e o Sistema S, devem estruturar-se para promover a formação continuada dos trabalhadores, inclusive com o oferecimento de apoio financeiro. O Governo Federal deve se voltar para a necessidade de erradicação do analfabetismo digital, pois a educação e a qualificação para o trabalho são direitos previstos na Constituição Federal em seus arts. 6.º e 205.

Por ocasião do Centenário da OIT, em 2019, a organização editou dois documentos essenciais com diretrizes para governos e entidades sindicais relacionadas ao trabalho na era digital. São eles “As Plataformas Digitais e o Futuro do Trabalho: como fomentar o trabalho decente em um mundo digital” e “Trabalhar para um futuro melhor”.

No documento final do Centenário da Organização Internacional do Trabalho a entidade reafirma a importância do trabalho digno como valor fundamental para o “desenvolvimento sustentável e para a erradicação da pobreza, e tendo em conta que, em contexto de globalização, a não adoção de condições de trabalho humanas por qualquer país é, mais do que nunca, um obstáculo ao progresso em todos os outros países”⁹.

Nesse cenário, a criação de sindicatos e associações supranacionais para organizar o movimento pela luta dos direitos dos trabalhadores e a garantia de um trabalho digno no mundo digital pode ser uma possibilidade.

Por fim, os desafios do movimento sindical são inúmeros, mas a sua importância para a sociedade democrática é incontestável. Remover os obstáculos para a retomada da sua importância é questão de tempo, pois a luta dos trabalhadores é o motor da história.

9. Documento final do Centenário da OIT – ILO. Disponível em: https://www.ilo.org/europe/documents/publication/wcms_706928 Acesso em: 16 dez. 2019.

Considerações Finais

A centralidade do trabalho na sociedade permanece, não obstante as previsões pessimistas que imaginaram a superação do trabalho humano pela tecnologia. Assim como em outras revoluções tecnológicas que ocorreram ao longo da história, o sistema capitalista sustenta-se a partir da exploração do trabalho humano. Para conter o mercado e sua sede insaciável por lucros, o Direito do Trabalho atua como um instrumento de regulação das relações de trabalho e os sindicatos, como representantes dos trabalhadores, em uma luta incessante contra a exploração das condições de trabalho e pela melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Ao lado de outros relevantes fatores históricos, como as mudanças no modo de produção, essa contradição entre interesses antagônicos – de um lado, o trabalho, de outro, o capital-impulsionou o desenvolvimento social, político e econômico da sociedade, influenciando as mudanças de paradigmas de estado. O atual Estado Democrático de Direito, alicerçado no constitucionalismo contemporâneo, na dignidade humana, no valor social do trabalho e na livre iniciativa, não prescinde da participação democrática dos trabalhadores, agentes fundamentais para a conquista de direitos, consagrados no Brasil por meio da Constituição Federal de 1988.

A ampliação da participação das Tecnologias Digitais e Informacionais – TICs – na indústria, ao lado da implementação de políticas neoliberais, tem aprofundado as contradições inerentes ao sistema e levado milhões de trabalhadores ao desemprego ou a submeter-se a serviços precários, como trabalhos informais e plataformizados.

Em sua escalada pelo mundo, o projeto neoliberal promoveu reformas trabalhistas precarizantes em diversos países, entre os quais o Brasil – que aprovou a Lei 13.467/2017 – a chamada reforma trabalhista.

A Reforma Trabalhista contribuiu para a flexibilização e redução de direitos, além de promover uma série de mudanças legislativas que enfraqueceram o sistema sindical brasileiro. Paralelamente, a estratégia do sistema que visa dividir a classe trabalhadora, difundir a ideologia neoliberal, propagar o “empendedorismo” e promover a superexploração do trabalho digital

tem levado os sindicatos a novos desafios.

A Organização Internacional do Trabalho alerta para os desafios do futuro do trabalho e conclama trabalhadores, empregadores e governos a pensarem no trabalho decente para essas novas morfologias. No entanto, somente um movimento sindical forte poderá ser antagonista dos grandes grupos empresariais transnacionais que dominam o mercado da tecnologia.

Nesse sentido, é preciso repensar o movimento sindical a partir desse mundo digital, no qual a centralidade do trabalho permanece, mas de forma diferenciada. Reconhecer e organizar as novas categorias de trabalho em busca de direitos, utilizar os mecanismos digitais para comunicação e organização e colocar-se à altura dos desafios de um mundo globalizado não é pouco para os sindicatos, mas significa muito para os trabalhadores, que precisam continuar na luta por um mundo melhor.

Em um novo cenário, no qual prevaleça a democracia e o diálogo social, com sindicatos reconhecidos e fortes, é possível construir alternativas que reduzam as desigualdades e promovam a inclusão pelo trabalho digno.

Referências

ABET. **Associação Brasileira de Estudos do Trabalho**. Nota Pública sobre condutas antissindicalistas práticas pela empresa iFood. Disponível em: <http://abet-trabalho.org.br/nota-publica-sobre-as-condutas-antissindicalistas-praticadas-pela-empresa-ifood/> Acesso em: 09 maio 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **OIT pede ao governo brasileiro que avalie impactos da reforma trabalhista**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-06/oit-pede-que-governo-brasileiro-avalie-impactos-da-reforma-trabalhista> Acesso em: 10 maio 2022.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Deputados. Sindicatos e juízes do trabalho defendem revogação da reforma trabalhista**; indústria rebate. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/870801-sindicatos-e-justica-do-trabalho-defendem-revogacao-da-reforma-trabalhista-industria-rebate/> Acesso em: 09 maio 2022.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARRUDA, Kátia Magalhães; COSTA, Walmir Oliveira da. **Direitos Coletivos do Trabalho na visão do TST**: homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional 103**, de 12 de novembro de 2019, que altera o sistema de previdência social e estabelece regras e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. IBGE Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101743_informativo.pdf Acesso em 12 abr. 2022.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/setor-informal.html> Acesso em 09 maio 2022.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. IPEA. Disponível em << https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29256>> , Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017**, que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL, **Medida Provisória nº 1045, de 27 de abril de 2021**, que Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho – não convertida em Lei. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL, **Medida Provisória nº 1046, de 27 de abril de 2021**, que Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) – não convertida em Lei. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.046%2C%20DE%2027%20DE%20ABRIL%20DE%202021&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,coronav%C3%ADrus%20\(covid%2D19\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.046%2C%20DE%2027%20DE%20ABRIL%20DE%202021&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20trabalhistas,coronav%C3%ADrus%20(covid%2D19)) Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL, **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**, que dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) – não convertida em Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL, **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**, que Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de cala-

midade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – não convertida em Lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475159&ori=1>>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Tema 935**. Inconstitucionalidade da contribuição assistencial imposta aos empregados não filiados ao sindicato, por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5112803&numeroProcesso=1018459&classeProcesso=ARE&numeroTema=935> Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. TST. Precedente Normativo nº 119. Disponível em https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119 Acesso em 12/04/2022.

BUEN LOZANO, Nestor de; MORGADO VALENZUELA, Emilio (coordenadores). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regras da UE em matéria de trabalho nas plataformas digitais**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/platform-work-eu/> Acesso em: 28 set. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DOCUMENTO FINAL DO CENTENÁRIO DA OIT – ILO. Disponível em: https://www.ilo.org/---europe/documents/publication/wcms_706928 Acesso em: 16/12/2019.

ERMITA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. São Paulo: LTr, 1989.

Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), **Boletim Salariômetro**. Disponível em: <http://salariometro.fipe.org.br/sobre/boletim> Acesso em: 12 mar. 2022.

HARVEY, David. **O neoliberalismo – história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2008.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**, 15 ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, Tradução Walternsir Dutra, 1979.

LEMONS, Maria Cecília de A. M. **Dano existencial nas relações de trabalho intermitentes**. São Paulo: LTr, 2020.

LEMONS, Maria Cecília de A. M. 2021. “Lei rider: A proteção social do trabalho dos entregadores de mercadorias por plataformas digitais na Espanha”, **Internatio-**

nal Journal of Development Research, 2021, n. 11, v. 09, p. 50269-50273.

MPT. **Atos Antissindicais**. Manual de atuação. OLIVEIRA NETO, Alberto Emilia-no [et al.] – Brasília: Ministério Público do Trabalho, Conalis, 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **Comite Global para o Futuro de Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—cabinet/documents/publication/wcms_665938.pdf Acesso em: 09 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf, Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Convenção nº 158. **Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador**. Disponível em << https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236164/lang—pt/index.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **PAHO** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=25%20de%20abril%20de%202009,2014%3A%20dissemina%C3%A7%C3%A3o%20internacional%20de%20poliov%C3%ADrus> Acesso em: 09 maio 2022.

SCATOLINI, Amanda. **Do piquete ao palanque**: Onda de greves nos EUA chega à corrida pela Casa Branca. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2023/09/25/do-piquete-ao-palanque-onda-de-greves-nos-eua-chega-a-corrida-pela-casa-branca.ghtml> Acesso em: 28 set. 2023.

SCHMIDT, Thales. **Aumento anual da riqueza dos bilionários atinge maior índice já registrado, diz Oxfam**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/01/17/aumento-anual-na-riqueza-dos-bilionarios-atinge-maior-indice-ja-registrado-diz-oxfam> Acesso em: 09 maio 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

TST. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/sindicato-ter%C3%A1-de-pagar-honor%C3%A1rios-advocat%C3%ADcios-sucumbenciais-em-diss%C3%ADdio-coletivo>>. Acesso em: 09 maio 2022.

TST. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/furnas-presidente-do-tst-determina-manuten%C3%A7%C3%A3o-de-80%25-do-contingente-durante-greve>>. Acesso em: 09 maio 2022.

TST. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo n. RR – 100353-02.2017.5.01.0066 Data de Julgamento: 06/04/2022, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/04/2022. Disponível em: <https://consultaunificada.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20100353-02.2017.5.01.0066&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABIO7AAL&dataPublicacao=11/04/2022&localPublicacao=DEJT&query=> Acesso em: 10 maio 2022.

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E A DEMOCRACIA DAS “NUVENS”

DIGITAL CONSTITUTIONALISM AND “CLOUD” DEMOCRACY

Douglas Alencar Rodrigues¹

Luiz Felipe Gallotti Rodrigues²

Rodrigo Garcia Duarte³

Seria mesmo possível substituir os anacrônicos processos eleitorais das escolas democráticas por redes de consulta permanente e por referendos instantâneos? (...) Trata-se de saber se o constitucionalismo, sem abandonar as memórias, pode continuar a ter e ser história neutralizando o perigo de ser definitivamente colocado no lugar de memória (Canotilho, 2006. p. 345).

It is some time in the future. Technology has greatly increased people’s ability to “filter” what they want to read, see, and hear. With the aid of the Internet, you are able to design your own newspapers and magazines. You can choose your own programming, with movies, game shows, sports, shopping, and news of your choice. You mix and match. (Sunstein, 2009. p. 1)

Resumo

O artigo busca abordar como as novas tecnologias de armazenamento e compartilhamento de dados impactam o funcionamento

1. Magistrado (TST), Mestre em Direito (PUC/SP) e Professor universitário em Brasília - DF (IESB).

2. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

3. Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

da sociedade e das instituições democráticas. As reflexões aqui desenvolvidas possuem como marco teórico e propositivo o recente movimento do constitucionalismo digital, uma releitura do constitucionalismo contemporâneo à luz das transformações digitais, uma vez que a internet se revelou tanto um nascedouro de potencialidades de realização de direitos quanto seu exato oposto. Intenta-se, ao longo do texto, evidenciar os riscos à democracia representativa que advém do uso desregulado e abusivo dessas tecnologias, bem como demonstrar a necessidade de se repensar o papel do Estado e da Constituição no contexto da sociedade da informação, a fim de garantir que haja o devido controle dos limites dos poderes particulares e estatais no ambiente digital e a proteção aos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Eleições; democracia; ciberespaço; mídias digitais; *big-data*; inteligência artificial; constitucionalismo digital.

Abstract

The paper is addressed to know how new data storage and sharing technologies impact the functioning of society and democratic institutions. The reflections developed here have as their theoretical and propositional framework the recent movement of digital constitutionalism, a re-reading of contemporary constitutionalism in the light of digital transformations, since the internet has proved to be both a source of potential for the realization of rights and its exact opposite. Throughout the text, the intention is to highlight the risks to representative democracy arising from the unregulated and abusive use of these technologies, as well as to demonstrate the need to rethink the role of the state and the constitution in the context of the information society, in order to ensure that there is proper control of the limits of private and state powers in the digital environment and the protection of fundamental rights.

Keywords: Elections; democracy; cyberspace; digital media; big data; artificial intelligence; digital constitutionalism.

1. Introdução

Vivemos a era da informação. Há muito de fantástico nas

intermináveis possibilidades que se apresentam à humanidade a partir das tecnologias de *big data* e de inteligência artificial, que facilitam o armazenamento e processamento de dados digitais em um nível antes unimaginável (Doneda, 2020). De fato, a capacidade das grandes corporações de dados de prever as nossas preferências musicais, literárias e de consumo assume um nível absolutamente eficiente, sugerindo que os algoritmos sabem mais de nós do que nós próprios.⁴

As múltiplas vantagens que acompanham essas inovações são evidentes. Maximizando-se o conforto, tornou-se desnecessário que os consumidores se desloquem para os grandes centros a fim de adquirir produtos. As nossas preferências e interesses já se encontram mapeadas por algoritmos, que nos sugerem o item ou serviço mais condizente com o nosso perfil digital, bastando alguns cliques para se adquirir qualquer produto ou serviço comum.

Contudo, questionamentos ético-legais devem ser feitos quanto à possibilidade dessas tecnologias de prever o comportamento dos usuários, pois, conforme foi alertado em diversas pesquisas,⁵ a capacidade de prever o comportamento humano também possibilita que, por meio da psicologia comportamental aliada à propaganda micro-direcionada, seja possível instigar sentimentos e direcionar as opiniões dos consumidores.

Ademais, como apontado por Cass R. Sustein (2009), a sociedade “de filtros” apresenta características que podem não ser compatíveis com a democracia liberal, já que os inúmeros filtros de preferência tendem a tornar cada vez menor a chance de nos depararmos com gostos e opiniões diferentes das nossas.

Em tempos de eleição, tais questionamentos mostram-se significativamente mais relevantes, pois estão atrelados à polarização social e à formação de cidadãos cada vez mais infensos ao debate

4. Como alerta Yuval Noah Harari, “Pode ficar tão fácil manipular nossas opiniões e emoções que seremos obrigados a nos basear em algoritmos do mesmo modo que um piloto, ao sofrer um ataque de tontura, tem de ignorar o que seus sentidos estão lhe dizendo e depositar toda a sua confiança nos aparelhos”. (2019, p. 80)

5. Em estudo feito *Federal Trade Commission* estadunidense, analisou-se a forma como são armazenados e explorados os dados pessoais.

heterogêneo e mais desacreditados com a política.

Por isso, a relevância do presente artigo encontra-se na proposição de reforma e retomada das bases do constitucionalismo contemporâneo, a fim de garantir que, na disputa pela regulação do espaço virtual por entes públicos e privados, prevaleçam os eixos constitucionais de limitação do poder e de garantia dos direitos fundamentais, tanto aqueles consolidados na Constituição de 1988 quanto os que emergem das transformações sociais provocadas pela tecnologia. Nesse sentido, é possível referir a um constitucionalismo digital, comprometido com a reformulação das bases do constitucionalismo moderno à luz dos desafios da tecnologia dos dados, a fim de proteger as garantias vitais da própria realização dos ideais democráticos.

2. República. com: a democracia deliberativa na era da (des)informação.

Em 2016, o Fórum Econômico Mundial apontou, como risco global relevante para todo mundo, o colapso dos governos nacionais e o alto grau de desconfiança popular com o sistema eleitoral. Embora não seja possível definir com certeza as causas para esses problemas, podemos apontar como fatores agravantes a intensa disseminação de notícias falsas, a polarização social, o desgaste dos sistemas partidários tradicionais, a proliferação de ideias radicais e nacionalistas e a perda de confiança nas instituições e na política, vistos por Adam Przeworski como a deterioração sub-reptícia da própria democracia (Przeworski, 2020).

Para entender melhor o problema, devemos começar pela premissa de que a democracia contemporânea que nos foi legada pela tradição política liberal, como descrita por Alexis de Tocqueville (2000), pressupõe as liberdades de pensamento, de expressão e de participação como fundamentos para garantir a legitimidade dos processos decisórios democráticos. Garantir que haja eleições livres e justas é, pois, o papel das instituições, visto que a confiança no processo eleitoral constitui a legitimidade do modelo representativo.

As transformações pelas quais passa a democracia contemporânea não são estranhas à teoria política. A democracia representativa vem enfrentando diversas crises desde o início do séc. XX, o que levou o sistema representativo a integrar certos elementos da democracia direta, especialmente a partir da maior difusão das variadas formas de liberdade expressão. É o que Bobbio denomina de passagem da democracia política, individual, para a democracia social, “onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus status” (Bobbio, 2007. p. 156).

Ocorre que a democracia e o capitalismo liberal foram desenhados em uma época em que as transformações sociais acompanhavam o passo das evoluções tecnológicas. Mesmo a democracia atual, que sofreu inúmeras mudanças desde que foi descrita por Tocqueville, corre o risco de se tornar obsoleta diante do volume e da capacidade de se utilizar dados eletrônicos para prever e dirigir o comportamento humano (Harari, 2018).

Não é de hoje que se teoriza a respeito do impacto das novas e disruptivas tecnologias da informação. No entanto, os problemas que se enfrenta atualmente são muito diversos, em grau e qualidade, dos que se imaginava no início do século. A título de exemplo, antes do surgimento de aplicativos e algoritmos inteligentes, os temores expostos em populares obras ficcionais futurísticas relacionavam-se com a escravização ou a extinção da humanidade em razão de uma “revolução” ou dominação das máquinas. Algumas manifestações cinematográficas recentes desses temores ainda se fazem presentes, como retratado no dramático filme “Ex-Machina”, quase uma releitura do clássico “Eu, robô”. As previsões para esse século, no entanto, não se confirmaram ou ocorreram de forma bastante distinta da imaginada.

Caso alguém na década de 80 fosse perguntado como poderiam os robôs substituir os seres humanos, por exemplo, na direção de veículos, as respostas tenderiam a ser direcionadas à imagem de um robô humanoide conduzindo um automóvel. Hoje, a tendência é que o próprio carro dirija “sozinho”, guiado pelas direções fornecidas por sensores de proximidade, lasers e algoritmos de geolocalização.

Os aparelhos eletrônicos permitem hoje uma liberdade de escolha sem precedentes na história. Com alguns cliques, pode-se escolher o que assistir, com quem falar, o que ouvir, o que comprar, o que ser e como queremos que os outros nos vejam. É o que alguns autores denominam de quarta revolução industrial, na qual a velocidade e a intensidade das mudanças tecnológicas são sem precedentes na história humana, o que torna seus impactos radicalmente mais complexos (Schwab, 2016).

Mas tudo tem um preço, e, nesse caso, o custo imediato é a privacidade dos usuários,⁶ cujos dados são vendidos para as empresas de produtos e serviços a fim de que possam criar modelos de consumo o mais exatos possível. Assim, constata-se que os dados pessoais são um dos principais recursos econômicos da nossa época (Bioni, 2019. p. 38-64).

Nada obstante, a exploração econômica dos dados pessoais vem ocorrendo de forma atentatória à privacidade dos usuários, constituindo uma grave ameaça à dignidade da pessoa humana.⁷ Daí porque a proteção à privacidade dos dados pessoais tem se tornado uma das principais preocupações legislativas dos últimos tempos, inclusive alcançando o status de direito fundamental (Mendes, 2011).

Ressalte-se que o denominado princípio da autodeterminação informativa -reconhecido como direito fundamental no paradigmático julgamento da Suprema Corte Alemã de Reclamações Constitucionais ajuizadas contra a Lei do Censo de 1983 (Mendes, 2020) – já foi reconhecido perante o ordenamento brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das ADIs, 6387,

6. O professor Simon Chesterman produziu importante livro em que analisa se ainda é possível falar na existência do direito à privacidade na era digital, especialmente levando em conta que as empresas privadas e órgãos governamentais possuem amplo acesso às nossas conversas e dados mais particulares. Ao final, analisa o paradigma da liberdade versus a segurança e defende a adoção de um novo contrato social que exija posições mais ativas do governo e dos usuários em relação à posse dos dados (Chesterman, 2011).

7. A própria ideia de que o consentimento expresso autoriza a utilização dos dados pessoais já se encontra em franco declínio, tendo em vista as complexidades da vida na “sociedade da informação”, conforme retratam Laura Schertel Mendes e Gabriel Fonseca (2020, p.507-533).

6388, 6389, 6393, 6390.⁸

De fato, nota-se que passou a ser determinante para a competitividade das empresas possuir o modelo de consumo que fosse mais capaz de prever os comportamentos dos consumidores, no que alguns autores denominam “capitalismo de vigilância”.⁹

Problematizando a esse respeito, Cass R. Sustein (2009), no seu celebrado livro “república.com”, questiona se a democracia deliberativa e representativa possui os instrumentos adequados para lidar com o capitalismo de vigilância, as redes sociais e a filtragem de conteúdos digitais. É cediço que os pilares do nosso sistema de governo, conforme as lições de John Rawls, residem na existência de esferas públicas de debate que, de uma forma ou de outra, se insinuam no cotidiano dos cidadãos até mesmo sem a sua anuência (Rawls, 2020).

Como afirma Cass R. Sustein (2009), a qualidade da democracia depende que a formação de maiorias se legitime por meio da mais diversa dialética possível. O problema é que os filtros de preferência utilizados pelos titãs da informação tendem a direcionar os usuários a ter contato apenas com os autores ou influenciadores que pensam de forma semelhante à sua, assim gerando um viés de confirmação das suas opiniões e preconceitos já existentes. A sociedade da informação impôs, portanto, o conflito entre a supremacia do consumidor e a necessidade democrática do conflito, às vezes não desejado e não esperado, de ideias e opiniões heterogêneas.

Esses efeitos, a partir de uma perspectiva macro, impactam a forma como as opiniões políticas se disseminam e se radicalizam. O impacto danoso da altíssima velocidade de disseminação de *fake news* é amplamente estudado e conhecido,¹⁰ e todos os incentivos

8. Victor Oliveira Fernandes (2017) associou esse importante julgamento à emergência de novos direitos no ambiente digital.

9. Shoshana Zuboff (2019) explica de forma precisa o que se entende como capitalismo de vigilância a partir da ideia da produção de anúncios publicitários especialmente desenhados para atingir os consumidores cujos dados pessoais apontam para determinado perfil de consumo.

10. Os impactos das notícias inverídicas nas eleições 2016 foram particularmente significativos, pois verificou-se que as notícias falsas foram muito mais comentadas, compartilhadas e curtidas do que as notícias verdadeiras, conforme reportado por Craig Silverman (2016).

econômicos parecem ser no sentido de que a produção de notícias falsas é mais rentável do que a de notícias verdadeiras e checáveis.¹¹ Também a filtragem de conteúdo, da forma como está desenhada, ajuda a dividir a sociedade em polos políticos intolerantes com o “outro” ou com o estranho.

Colocando o sistema eleitoral no foco da discussão, as possibilidades de manipulação e distorção das eleições a partir das tecnologias da informação são altamente preocupantes, especialmente à luz dos recentes escândalos envolvendo a empresa Cambridge Analytica. A empresa foi acusada de utilizar estratégias antiéticas de manipulação para influenciar o resultado de diversos processos eleitorais em escala global, notadamente no Brexit e nas eleições estadunidenses de 2016. A esse respeito, estudos e questionamentos acerca da possibilidade de manipulação e direcionamento dos eleitores revelaram que empresas como a Cambridge analytica não são apenas corporações de *data-science*, mas também e principalmente empresas de mudança comportamental, que combinam psicologia, a tecnologia da *big data* e as propagandas voltadas a alterar o sentimento dos usuários expostos.

A fim de coletar dados para pesquisas mais estudadas mais aprofundadas sobre esse panorama, a Universidade de Oxford e o Instituto da Internet de Oxford lançaram o “*Computational Propaganda Research Project*”, cujo objetivo é monitorar a organização global de tentativas de manipulação política organizadas por meio de mídias sociais. Em 4 anos de estudo, o relatório de 2021 identificou que 81 países sofrem com o problema de disseminação de desinformação e propaganda no ambiente digital, inclusive o Brasil. Adicionalmente, foi identificado o agravamento da questão durante a pandemia do COVID-19, e em 48 países houve a atuação de empresas semelhantes à Cambridge Analytica, normalmente contratadas por atores políticos para tentar influenciar a opinião pública e o resultado de eleições.

O cenário acima descrito parece saído diretamente das histórias ficcionais de Isaac Asimov, especialmente se fizermos para-

11. Um interessante estudo econômico e político acerca do fenômeno das *fake news* nas eleições estadunidenses de 2016 foi proposto por Allcott e Genzkow (2017).

lelos com a trilogia Fundação (1982), que descreve uma sociedade capaz de prever o futuro por meio da “psico-história”, uma ciência de processamento de dados e informações.

É claro, ainda não conseguimos prever com exatidão os eventos futuros, mas a tecnologia e a ciência já são capazes de antecipar o comportamento humano a partir do gigantesco volume de dados que cedemos constantemente a ponto de suficientemente manipular o comportamento do consumidor. Saber se estamos cada vez mais próximos de cenários distópicos nos moldes do que descrevem obras literárias e cinematográficas, como o livro 1984, de George Orwell, e “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley, está fora do escopo e da capacidade do presente artigo, mas vale apontar as desconcertantes semelhanças.

Assim, a questão que precisa ser respondida é como fazer incidir as garantias e limites típicas dos espaços públicos regulados pelo Estado para o ambiente digital (Thake, 2018). Devemos confrontar o fato de que as eleições podem ser corrompidas e desacreditadas por tecnologias que utilizamos diretamente e nas quais depositamos nossos detalhes pessoais mais íntimos (Manheim; Kaplan, 2018). É preciso pensar como garantir a legitimidade de eleições que podem ser influenciadas por grandes corporações tecnológicas que navegam pela incerteza e ineficiência da capacidade das instituições democráticas em regular o espaço digital.¹²

Embora as plataformas digitais sejam espaços eminentemente privados, também assumem caráter público, especialmente por serem, hoje, o principal meio de exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de reunião e de acesso à informação. No ponto, a consolidação de cartas nacionais e internacionais de direitos digitais são um passo importante em direção à constitucionalização do espaço digital,¹³ mas é necessário que a doutrina realize

12. Nesse sentido, Lauren Yawney (2018) apresentou interessante dissertação de mestrado que buscou entender a personalização de propagandas políticas nas eleições municipais de Ontário em 2018. Semelhante estudo foi conduzido por Noxolo Gwala sob a perspectiva da instigação de violência eleitoral por meio de plataformas digitais.

13. Lex Gill, Dennis Redeker e Urs Gasser (2015) realizaram um amplo mapeamento dos esforços legislativos em prol da edição de documentos que de *soft law* que impõem a proteção de direitos políticos, o respeito a normas de governança e aos limites do exercício do poder na internet, dando destaque para o nosso Marco Civil da Internet.

esforços hermenêuticos e criativos a fim de pensar no instrumental epistemológico que permita a atualização constante dos limites e proteções constitucionais no espaço digital.

3. Definindo o constitucionalismo digital

As páginas anteriores se prestaram a destacar a relevância social que as mídias digitais vêm conquistando no séc. XXI. Os algoritmos e as tecnologias da informação passaram a ter influência direta sobre a formação dos gostos, das vontades e das opiniões da sociedade como um todo e, conseqüentemente, têm provocado impactos no processo eleitoral.¹⁴ Conclui-se, ainda, que o ambiente digital impacta sobremaneira a esfera de direitos fundamentais, como a privacidade e a dignidade da pessoa humana (Balkin, 2017), bem como se revela um ambiente de disputa entre poderes predominantes em uma sociedade (Dobner, 2010).

Cite-se como exemplo o efeito do ambiente digital sobre o direito à liberdade de expressão: por um lado, a facilidade e a velocidade com que este meio proporciona a transmissão de informação ampliou significativamente as possibilidades de exercício deste direito, por outro, o protagonismo atribuído ao ambiente digital viabiliza o compartilhamento em larga escala de conteúdos como notícias falsas (*fake news*), *cyberbullying* ou discursos odiosos.

Em suma, observa-se que o protagonismo atribuído ao ambiente digital produz substancial influência sobre dois grandes alicerces do constitucionalismo: a garantia de direitos fundamentais e o controle dos poderes predominantes em uma sociedade (Teubner, 2012). Ocorre que se trata de circunstância que não foi e nem poderia ter sido prevista pela constituinte de 1987/1988 e que, conseqüentemente, gera desequilíbrio na ordem constitucional vigente.

14. “As recentes suspeitas de manipulação do resultado de eleições, como no caso do Brexit, Donald Trump e mesmo Jair Bolsonaro no Brasil ajudam a compreender a dimensão de poder político que pode ser exercida, direta ou indiretamente – por intermédio de seus parceiros comerciais – pelas plataformas digitais. Isso sem contar nas inúmeras outras formas de influência política praticada por tais agentes, tais como lobby, captura de agências reguladoras e mesmo de pesquisas e resultados acadêmicos, entre outros” (Frazão, 2019. p. 10-25).

Nesse contexto, emerge o fenômeno do constitucionalismo digital, entendido como uma “constelação de iniciativas que se articulam para definir direitos, normas de governança e limites ao exercício do poder na Internet” (Dantas; Coni Junior, 2017). Ressalva-se, no entanto, haver divergência quanto ao conceito e o objeto de estudo dessa corrente da teoria constitucional, como analisado por Edoardo Celeste, que apresenta uma nova sistematização dogmática que explora os princípios e valores do constitucionalismo contemporâneo como chaves-guia para a compreensão do espaço digital, no qual os atores privados rivalizam com o poder normatizador dos Estados nacionais (Celeste, 2019).

Em estudo a respeito do desenvolvimento histórico do constitucionalismo digital, Giovanni de Gregorio identifica três fases distintas: a primeira, liberal, caracterizada pela não interferência do Estado com base na ideia de autorregulação da comunidade digital: “*every digital community would be capable of participating in the creation of the new rules governing their digital world*”; a segunda, centralizada no “*judicial activism*”, foi marcada por revisões legislativas direcionadas à proteção dos dados pessoais, cujo objetivo é dar mais certeza e transparência para o modo de atuação das grandes empresas no mercado de dados pessoais; e a terceira, marcada pelo constitucionalismo digital (Giovanni, 2020).

Dentre os exemplos de reformas legislativas nesse sentido, destacam-se, no contexto brasileiro, o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), diplomas legais adaptados às inovações causadas pela popularização do meio digital e que consagram postulados de natureza eminentemente constitucional, tais quais, a proteção da privacidade (art. 3º, II, MCI) e a autodeterminação informativa (art. 2º, II), daí a se falar na constitucionalização do ambiente digital (Celeste, 2021). Não obstante, conforme apontam Diego Werneck e Luiz Fernando Marrey Moncau, o sucesso dessas leis em regular o ambiente virtual ainda está por ser posto à prova, mas sinalizam um movimento importante em prol da transparência e da proteção dos usuários (Moncau; Arguelhes, 2020).

Veja que essa corrente constitucional não se exaure apenas na formulação de cartas de direitos que consolidam garantias –

como a proteção dos dados pessoais e a autodeterminação informativa – mas também, e principalmente, constitui um movimento de reformulação constante da hermenêutica constitucional a partir do espaço digital em transformação, a fim de que novos direitos e situações possam ser tuteladas à luz da Constituição sem que precisem ser positivados (Suzor, 2019).

Nessa linha, vale ressaltar que a noção de constitucionalismo digital prescinde da positivação de uma Declaração de Independência do Ciberespaço universal como a defendida por John Perry Barlow, que advogava pela separação absoluta entre o mundo físico e o digital, até mesmo para a tutela de direitos (Barlow, 1996). Com efeito, em um dos mais célebres trabalhos sobre o tema – *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights* – Edoardo Celeste analisou o fenômeno da constitucionalização do ciberespaço por meio do mapeamento de diversos documentos – alguns não institucionais – que visavam justamente a consagrar direitos fundamentais no âmbito digital (Celeste, 2018).

Como resultado da análise supramencionada e objetivando dar tangibilidade ao seu objeto, conclui-se que as disposições do constitucionalismo digital se dividem em sete categorias temáticas: (i) direitos fundamentais e liberdades; (ii) limites ao poder estatal; (iii) governança e participação civil nos meios digitais; (iv) direitos de privacidade e vigilância; (v) acesso e educação; (vi) estabilidade das redes; e (vii) direitos econômicos e responsabilidades.

Logo, para os fins do presente artigo, compreende-se constitucionalismo digital como um fenômeno de limitação dos poderes públicos e privados no ambiente digital, visando garantir direitos fundamentais no espaço virtual, bem como a instituir governança justa e inclusiva na Internet, que possibilite a todos usufruir do espaço digital de maneira condizente com seus fins.

4. O constitucionalismo digital e as eleições: garantindo direitos fundamentais.

Como vimos, atentas à necessidade de fazer prevalecer a ordem estatal dentro do ambiente informático, naturalmente hostil a

qualquer tentativa de controle, várias nações e órgãos multilaterais vêm buscando editar cartas de direitos que protejam os usuários.

O esforço em prol da edição de documentos nacionais e internacionais que se proponham a regular e organizar o espaço digital são importantíssimos. No entanto, a estonteante velocidade das transformações dessas tecnologias e as alterações legislativas de forma alguma conseguem acompanhar esse ritmo de alterações. Por essa razão, se mostra necessária a renovação da teoria constitucional para que se possa identificar quais são os direitos e as restrições ao poder que devem ser tutelados no ambiente digital.

Uma importante reflexão que deve ser feita é quanto à melhor maneira de regulação da internet, de forma responsável e adequada. Para isso, é possível se utilizar da doutrina constitucionalista do fórum público, a qual leciona que os espaços públicos são o lócus do debate democrático e da livre manifestação política por excelência. Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou, no paradigmático caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, a ideia de que a “rua” é um ambiente de livre manifestação de opinião, mesmo que possa ser inconveniente ou desconfortável para alguns cidadãos, contanto que exercido de forma pacífica e nos limites da lei.

Não é mais a rua o principal meio de encontro entre pessoas, mas sim a internet. O espaço digital passou a retratar, de forma quase idealizada, a ideia do encontro fortuito de opiniões e indivíduos, especialmente por ser um contato em tempo real não restrito a limitações espaciais. A expressividade da intensificação da troca de mensagens e informação não pode ser subestimada, lembremos as lutas por direitos civis que foram motivadas e possibilitadas pelos fóruns digitais de debate, como evidenciado na primavera árabe.

Passa-se a compreender que a internet não é um domínio puramente privado. Por meio da internet, as pessoas se conectam e acessam informações, o que já atrairia uma função pública importante exercida por esse meio. Além disso, mais recentemente, o próprio poder público se utiliza de aplicativos e programas de computadores como instrumentos de agilização e publicização de seus procedimentos. Tome-se, como exemplo, a iniciativa do governo federal

de digitalizar a Carteira de Trabalho Digital, pela qual, para todos os contratos de trabalho novos ou já existentes, todas as anotações serão feitas apenas eletronicamente, devendo ser acompanhadas pelo aplicativo ou pela internet. Também podemos mencionar a volumosa expansão do mercado de criptomoedas, apresentando-se como uma possível substituição das moedas fiduciárias, e a crescente utilização de tecnologias como a *blockchain* para a autenticação de documentos, ao invés de cartórios.

Assim, o espaço digital também passou a ser dotado de grande relevância social, especialmente a partir da dissolução da separação dos ambientes físicos e virtuais que, levado a nível mais extremo, se aproxima da concretização de um metaverso (Duarte, 2022). A doutrina do fórum público construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse sentido, parece absolutamente aplicável também ao mundo virtual e ao metaverso, de forma que deve ser garantido o direito positivo e negativo de liberdade de expressão, condicionado somente por outros direitos fundamentais (Berman, 2000).

Um aspecto interessante da ideia do fórum público é que ela reflete sobre o direito de os cidadãos escutarem e dialogarem com pessoas com diversidade de opiniões. Ou seja, caso se entenda que a doutrina do fórum público se aplica também ao meio digital, então existiria o direito positivo de que o governo tome medidas no sentido de possibilitar que as pessoas tenham contato com indivíduos que pensam diferente das suas próprias opiniões, e não com microbolhas produzidas artificialmente de forma deliberada.

Tendo esse contexto em mente, a retomada do constitucionalismo e do papel do Estado como garantidor de direitos fundamentais deve ser encarado como o maior desafio para a democracia e, em um futuro mais próximo, para as eleições que ocorrerão em breve. A Constituição da República fornece vetores hermenêuticos e normas fundamentais que permitem corrigir o desequilíbrio entre os setores estatais e não-estatais provocado pelas tecnologias em análise, mas que devem ser reinterpretados a fim de que a necessária regulação da internet não descambe para os indesejados caminhos do autoritarismo e da censura.

Como alerta Gunther Teubner (*apud* Gáscon, 2019), o constitucionalismo digital não pode ser superestimado e não deve ser transformado em uma panaceia. Há limites para o quanto essa corrente de pensamento consegue formular respostas justas e eficientes para enfrentar os problemas aqui colocados, da mesma forma que o constitucionalismo tradicional não foi capaz de resolver todos os desafios que se apresentaram à modernidade.

É preciso pensar além dos tradicionais “recipientes” de direitos, como a lei e a Constituição. Nesse sentido é a contribuição da releitura de Eduardo Celeste acerca do escopo do constitucionalismo digital, segundo o qual essa corrente consiste em expandir o objeto de análise do constitucionalismo para além das respostas normativas provenientes dos atores estatais, alcançando também os instrumentos criados pelas grandes empresas de informação, cuja eficácia e alcance superam, até o momento, os instrumentos normativos tradicionais.

Assim, um dos principais focos de análise do debate constitucional deve passar pela análise dos termos e serviços das empresas de dados, aplicativos e redes sociais, cujas normas possuem expressivos impactos na liberdade de expressão, de reunião e acesso à informação (Celeste, 2018). Relembre-se que a clássica distinção entre espaços públicos e privados, bem como os respectivos regimes de direitos, não é mais impeditivo para a eficácia das normas constitucionais e da realização dos ideais do Estado Democrático de Direito (Berman, 2000).

Dessa forma, não convence a pretensão de autonomia absoluta e impossibilidade de regulação do ambiente virtual. Como demonstrado no livro *“Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives”*, de Nicolas Suzor, a ausência de regulação governamental não é liberdade, pois as grandes empresas de tecnologia detêm hoje o quase absoluto monopólio da regulação da internet, e sem o império da lei e do direito não há como garantir que tais normas serão observadas e fundamentarão decisões justas, não sendo, portanto, legítimas (Suzor, 2019). Nessa visão, os termos de serviços das plataformas digitais não podem ser os únicos instrumentos que exercem força normativa sobre o espaço com-

partilhado da internet. Entender dessa forma seria legar o papel do Estado de administrar os conflitos sociais às empresas de comunicação digital, e o custo seria, é claro, os nossos dados, e, de forma mediata, a liberdade.

De fato, o poder de autorregulação dos grandes *players* do mercado digital não pode ignorar os direitos fundamentais à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa. Dessa forma, questões como a exclusão de postagens e perfis das redes sociais, direito ao esquecimento, direito a saber se está conversando online com um ser humano ou não, são sensíveis ao constitucionalismo digital, uma vez que a restrição do usufruto dessas plataformas deve ser condicionada à garantia mínima da preservação dos direitos dos usuários, especialmente, a liberdade de expressão e o direito à autodeterminação.

Nesse ponto, as discussões referentes à remoção de conteúdos ofensivos, odiosos ou controversos da internet não podem escapar do escopo de atuação das instituições democráticas, que devem exercer o devido papel de fazer prevalecer a lei e não permitir a ameaça ou lesão a direitos. Destaca-se o importante papel dos Tribunais de Cúpula para a constitucionalização do ambiente virtual, com especial destaque para os julgados das cortes alemãs que enfrentaram variadas questões relacionadas ao tema. (Mendes; Fernandes, 2020; Coleste, 2021).

É claro, não se pode olvidar os problemas envolvendo a dificuldade do cumprimento da legislação e os limites da jurisdição nacional, uma vez que as sedes das grandes empresas de tecnologia, bem como seus servidores, estão fisicamente situadas em países muitas vezes diversos dos locais em que são prestados os serviços.

O caso paradigmático *Us. vs. Microsoft Inc.* retratou essas questões, no qual a empresa Microsoft se recusou a divulgar e-mails armazenados em um servidor na Irlanda, e a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o ato relevante para fins de territorialidade da legislação é o ato de violação à privacidade ou à proteção dos dados pessoais. Da mesma sorte, merece destaque o caso *Equustek Solutions Inc. V. Jack*, no qual o Tribunal Supremo da Colúmbia Britânica entendeu possuir jurisdição

universal sobre os dados pessoais canadenses, ainda que os servidores e a sede das empresas não se localizem em solo canadense, determinando a remoção de links tanto dos servidores da google canadense quanto do servidor-mãe.

O Direito precisará lidar com questões relacionadas ao transconstitucionalismo e à interconstitucionalidade enquanto fenômenos do mundo em transformação. Dessa forma, os debates que surgirão acerca do papel da internet e das plataformas digitais no contexto das eleições brasileiras de 2026 devem levar em conta a necessidade de se exigir maior transparência e responsabilidade na forma de atuação de empresas como o *Facebook* e o *Google* como intermediadores do debate público. Nesse sentido, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) será de suma importância a fim de identificar a contratação e utilização de serviços de *micro-targeted propagandas* e, idealmente, penalizar a disseminação deliberada de *fake news*, contudo, deve-se criar mais respaldo legal e normativo para essa interferência, a fim de se produzir o mínimo de previsibilidade na atuação.

Conclusão

Ainda é cedo para afirmar se está em vigência a transição para um novo paradigma constitucional, mas repensar valores e princípios constitucionais ante os desafios impostos pelas novas tecnologias é absolutamente necessário à sociedade contemporânea. A efetivação dos ideais constitucionais é esforço constante que se torna ainda mais árduo em tempos de crise democrática e de constantes ameaças à liberdade e privacidade dos usuários, como evidenciado ao longo do texto.

Por essa razão, propõe-se que a internet não pode ser considerada "terra sem lei", regulada apenas pelas normas internas das plataformas digitais, mas constitui verdadeira "Ágora" do livre debate e do exercício de direitos fundamentais. Assim, foram desenvolvidas ao longo do presente excerto reflexões acerca do surgimento de novos direitos e da dificuldade de se encontrar a justa medida entre o exercício de liberdades fundamentais e o controle do espaço virtual.

Ao fim, o trabalho buscou fazer um panorama do atual debate constitucional que se desvela no mundo acerca da proteção de dados pessoais e o questionamento referente à liberdade de escolha em um mundo que ameaça ser governado por algoritmos capazes de decidir com mais precisão do que os próprios seres humanos. Em breve, a sociedade irá exigir a resposta para o problema da sociedade da informação, e o direito deverá estar pronto para, se não a fornecer, garantir que os direitos fundamentais não serão deletados e o constitucionalismo não se perderá na memória.

Referências

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social Media and Fake News in the 2016 Election*. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, 2017. P. 211-236. Disponível em: <<https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BALKIN, Jack M. *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*. UC Davis Law Review, set. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3038939>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. **Duke Law & Technology Review**, v. 18. p. 5-7, 2019.

BERMAN, Paul Schiff. *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*. Colorado: University of Colorado Law Review, v. 71, n. 4, mai. 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=228466> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.228466>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006.

CHESTERMAN, Simon. *One Nation Under Surveillance: A New Social Contract to Defend Freedom Without Sacrificing Liberty*. Oxford University Press, 2011.

CELESTE, Edoardo. *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n.1, 2019, p. 76-99.

CELESTE, Edoardo. *Digital punishment: social media exclusion and the constitutionalising role of national courts*. **International Review of Law, Computer & Technology**, v. 35, 2021. p. 162-184.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges**. HIIG Discussion Paper Series nº 2018-02. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3219905> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3219905>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

DANTAS, Miguel Calmon; JUNIOR, Vicente Coni. Constitucionalismo digital e a liberdade de reunião virtual: protesto e emancipação na sociedade da informação. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 3, nº 1, 2017, p. 44-65.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2 ed (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DUARTE, Rodrigo Garcia. **Metaverso e multiverso: o Direito não deve se perder na memória**. Migalhas, 27 maio. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/366862/metaverso-e-multiverso-o-direito-nao-deve-se-perder-na-memoria>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

GÁSCON, Ricardo Valenzuela. Constitutional sociology and corporations: A conversation with Gunther Teubner. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**, v. 31, n. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2019.146006>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

GILL, Lex and Redeker, Dennis and Gasser, Urs, **Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights**. Berkman Center Research Publication for Internet & Society at Harvard University, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2687120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2687120>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**, 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MANHEIM, Karl M; KAPLAN, Lyric. **Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy**. **Yale Journal of Law and Technology**, v. 21, out. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3273016>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **REI - Revista Estudos Institucionais**. v. 6, n. 2, 2020. p. 507-533.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 20, n. 79, 2011, p. 45-82.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. In: **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 25, n. 4, 2020.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**, 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Editora Presença, 2000.

SILVERMAN, Craig. *This Analysis Shows How Viral Fake Election News Stories Outperformed Real News On Facebook*. BuzzFeed, 2016. Disponível em: <<https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/viral-fake-election-news-outperformed-real-news-on-facebook>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1 ed. World Economic Forum, 2016.

SUSTEIN, Cass. R. **Republic.com 2.0**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUZOR, Nicolas. **Lawless: The Secret Rules That Govern our Digital Lives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. doi:10.1017/9781108666428

GÁSCON, Ricardo Valenzuela. **Constitutional sociology and corporations: A conversation with Gunther Teubner**. São Paulo: Tempo Social, v. 31, n. 1, abr. 2019, p. 323-334.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

TORRES HINOSTROZA, L. E. **Fact checking vs. Fake News: La importancia de la verificación de la información en tiempo de elecciones presidenciales**. Casos: Ojo Biónico – Perú 2016 y Verificado 2018. México 2018.

THAKE, Anne Marie. **Democratic Governance in the Digital Age, Public Policy conference**. University of Malta, 2018, House of Representatives, Parliament, Valletta. Disponível em: <<https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/76264>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Constitucionalismo digital e direitos: para que servem as leis gerais da internet?** Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/observatorio-constitucional-direitos-fundamentais-servem-leis-gerais-internet>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

YAWNEY, Lauren. **Understanding the “Micro” in Micro-Targeting: An Analysis of the 2018 Ontario Provincial Election**. Dissertação de mestrado. Departamento de Ciência Política da Universidade de Victoria, 2018.

EXAME DE CONVENCIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: A RECOMENDAÇÃO Nº 123/2022 DO CNJ E SUA APLICAÇÃO NO PLANO TRABALHISTA

HUMAN RIGHTS EXAMINATION OF THE CONVENTIONALITY IN BRAZIL: CNJ RECOMMENDATION Nº 123/2022 AND ITS APPLICATION IN THE LABOR FIELD

Francisco Gérson Marques de Lima¹

Resumo

Este artigo analisa a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça e a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos, o exame de convencionalidade e a observância à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na sequência, o artigo defende o dever do Judiciário em aplicar os direitos trabalhistas consagrados nos tratados internacionais, que também se submetem ao exame de convencionalidade e cuja matéria se insere na categoria de direitos humanos, para efeitos da referida Recomendação. O artigo analisa o texto normativo da Recomendação nº 123/2022 do CNJ, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tratados internacionais, com recurso à doutrina sobre a matéria. A determinação contida

1. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor na Universidade Federal do Ceará, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Subprocurador-Geral do Trabalho, tutor do GRUPE-Grupo de Estudos em Direito do Trabalho (UFC/CNPq), membro fundador da Academia Cearense de Direito do Trabalho (ACDT) e da Academia Cearense de Letras Jurídicas (ACLJ). Link lattes: <http://lattes.cnpq.br/9716751606619741>

nessas normas – que servem de fonte e, ao mesmo tempo, de instrumento de trabalho – traz uma constatação da ordem emanada do legislador primário, que produziu os tratados, do legislador secundário, que os incorporou, e do órgão executor (os Poderes internos do país, sobretudo o Judiciário e, mais especificamente, o CNJ). A partir destes elementos, é construída a tese de que a Recomendação nº 123/2022, do CNJ, e, conseqüentemente, os tratados de direitos humanos devem ser cumpridos também no plano da aplicação do Direito do Trabalho, submetendo o direito pátrio ao exame de convencionalidade. A pesquisa é do tipo exploratória, na medida em que coleta informações aptas tanto a sustentar a tese quanto a fornecer elementos para novas indagações mais concretas.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; tratados internacionais; direitos humanos; Conselho Nacional de Justiça.

Abstract

This paper aims to analyze Recommendation 123/2022 of the National Council of Justice and the application of human rights international treaties, the examination of conventionality and compliance with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The paper then defends the judiciary's duty to apply the labor rights enshrined in international treaties, which are also subject to conventionality review and whose subject matter falls into the category of human rights, for the purposes of the aforementioned Recommendation. The paper analyzes the normative text of CNJ Recommendation 123/2022, the case law of the Inter-American Court of Human Rights and international treaties, with recourse to doctrine on the subject. The determination contained in these norms – which serve as a source and, at the same time, as a working tool – brings a verification of the order emanating from the primary legislator, who produced the treaties, the secondary legislator, who incorporated them, and the executing sector (the country's internal Powers, especially the Judiciary and, more specifically, the CNJ). Based on these elements, the thesis is built that Recommendation 123/2022 of the CNJ and, consequently, human rights treaties must also be complied with in terms of the application of Labor Law, subjecting national law

to the examination of conventionality. The research is exploratory, in that it gathers information capable of both supporting the thesis and providing elements for new, more concrete inquiries.

Keywords: *Conventionality Control; international treaties; human rights; National Council of Justice.*

Introdução

Em 07.01.2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 123/2022, pela qual recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH), bem como a prioridade na tramitação de processos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos constatadas pela referida Corte.

Sob o ponto de vista hermenêutico, a Recomendação é desnecessária, em face do dever dos juízes de aplicar bem e fielmente o ordenamento como um todo, aí incluídas as normas internacionais incorporadas pelo Brasil, posto vinculantes. Mas, sob a ótica institucional e prática, a Recomendação é importantíssima, em razão da resistência de setores do Judiciário brasileiro em proceder adequadamente ao exame de convencionalidade e em virtude de certas leis e alguns atos normativos brasileiros navegarem na contramão da civilidade reconhecida pelos organismos e tribunais internacionais. O Judiciário possui, entre suas relevantes missões, a de assegurar o Direito e garantir o respeito às pautas globais de preservação humana, de dignidade e de sobrevivência, constantes de tratados e/ou reconhecidas por tribunais internacionais aos quais o Brasil se sujeita.

Entre outros importantes *considerandos*, o CNJ pontuou que “a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo

entre os juízes”.

Acrescente-se a isso a conhecida demora do Judiciário brasileiro no processamento das ações judiciais, mesmo no cumprimento de decisões proferidas por Cortes internacionais e ainda que se refiram a bens jurídicos relevantes ou sensíveis, como os direitos humanos. A propósito, após constatar a situação de descumprimento da sentença proferida em 16.02.2017, no *Caso favela Nova Brasília vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitou, em 25.11.2021, que o Estado brasileiro apresentasse “informe” explicativo sobre todas as medidas pendentes de cumprimento, no mais tardar em 07.06.2022. E, entre outros órgãos, notificou o CNJ dessa decisão. Certamente, este contexto contribuiu para a edição da Recomendação nº 123/2022, pelo CNJ, aprovada com a celeridade esperada.

A citada Recomendação/CNJ resultou de acórdão proferido no Processo de Ato Normativo nº 0008759-45.2021.2.00.0000, de relatoria da Conselheira Flávia Pessoa, na sessão plenária do CNJ, de 14.12.2021. No acórdão, há referência expressa a 10 (dez) casos de condenação do Brasil pela Corte-IDH por violação a direitos humanos. Não menciona explicitamente o descumprimento das sentenças internacionais pelo Brasil, mas o conhecimento da matéria nos leva a esta compreensão. Na íntegra, ora aparteadando os *considerandos*, a dita Recomendação 123/2022 determina:

Art. 1º. Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Referida Recomendação se encontra em vigor, cabendo aos interessados invocá-la nos respectivos processos judiciais, inclusive naqueles em curso, eis que o ato do CNJ não se aplica apenas aos processos novos. Obviamente, seus efeitos não são retroativos; mas são imediatos, alcançando os atos processuais na situação em que se encontram, com as cautelas relativas à decisão surpresa (art. 10, CPC).

O presente estudo objetiva contribuir para a compreensão e aplicação da Recomendação, ao tempo em que raciocina sobre os seus termos e o seu alcance, além de lançar uma importante discussão, consistente na sua aplicação também no campo trabalhista, em face da referência pontual de certos tratados internacionais e dos atos normativos da OIT-Organização Internacional do Trabalho. A natureza deste apanhado é doutrinária e se baseia na interpretação do texto da Recomendação, recorrendo a fonte documental e bibliográfica, além de utilizar argumentos jurídicos que possam colaborar para a efetividade dos direitos humanos no âmbito do Judiciário brasileiro. Além do texto normativo e de conteúdos doutrinários, este estudo também incursiona na jurisprudência da Corte-IDH, embora apenas para colher exemplos que possam ilustrar ou fundamentar os argumentos que seguem.

A determinação contida na Recomendação nº 123/2022 e nos tratados internacionais – que servem de fonte e, ao mesmo tempo, de instrumento de trabalho a este artigo – traz consigo uma constatação da ordem emanada do legislador primário, que produziu os tratados, do legislador secundário, que os incorporou, e do órgão executor (os Poderes internos do país, sobretudo o Judiciário e, mais especificamente, o CNJ). A partir destes elementos, é construída a tese de que a Recomendação nº 123/2022, do CNJ, e, conseqüentemente, os tratados de direitos humanos devem ser cumpridos também no plano da aplicação do Direito do Trabalho. Tenha-se por hipótese, nesta verificação, que os direitos trabalhistas consagrados nos tratados também pertencem à categoria de direitos humanos.

A pesquisa é do tipo exploratória, na medida em que coleta informações aptas tanto a sustentar a tese mencionada quanto a fornecer elementos para novas indagações mais concretas.

1. Observância obrigatória dos tratados internacionais de direitos humanos

A Recomendação nº 123/2022, expedida pelo CNJ-Conselho Nacional de Justiça, destina-se a todo o Judiciário brasileiro, em todas as suas instâncias: Justiça Federal, Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, Varas, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais, Superior Tribunal de Justiça e, de certo modo, ao Supremo Tribunal Federal, perante o qual convive num tipo de freios e contrapesos muito particular.

Sabe-se que recomendação não tem caráter obrigatório, por ser exatamente isto, uma “recomendação”. Porém, as recomendações do CNJ possuem grande influência no Judiciário e seu cumprimento pode ser considerado para efeitos de avaliação dos magistrados e órgãos judicantes, na verificação de seu alinhamento com as políticas do Judiciário em geral, estabelecidas pelo CNJ.

Conforme visto há pouco, o inciso I da Recomendação em apreço orienta: “I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.”

Este inciso pode ser dividido, para efeitos didáticos e melhor compreensão, nos seguintes mandamentos:

- a) observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil;
- b) utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH);
- c) necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

São três mandamentos interligados, que se complementam e geram coerência sobre o tema, em observância ao sistema de direitos humanos. Vejamos sumariamente cada um destes aspectos:

“Observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil...”: Inicialmente, saliente-se que quaisquer tratados internacionais devem ser cumpridos, desde que incorporados formalmente ao ordenamento interno. No entan-

to, os referentes a direitos humanos merecem redobrada atenção.

Assim, a observância aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos é especialmente obrigatória. É justamente o que recomenda o ato do CNJ. Tais normas internacionais são as que conformam o sistema universal de direitos humanos e, ao mesmo tempo, as normas estabelecidas pelo sistema interamericano ou pelos tratados regionais sobre direitos humanos (sistema regional), que também devem ser cumpridos. Obviamente, os tratados sobre direitos humanos possuem elevado nível axiológico, enquanto expressam valores essenciais à humanidade. Daí seu destaque.

O Brasil, como sucede com outros países, tem a obrigação jurídica – e o dever moral internacional – de cumprir os tratados que ratifique. Todas as autoridades nacionais têm a atribuição de, nos respectivos âmbitos de suas competências, cumprir e fazer cumprir tais normas jurídicas, com o mesmo zelo e o mesmo denodo inerentes à legislação nacional. Esta obrigação encontra potencialização nos feitos submetidos ao crivo do Judiciário, instituição encarregada de zelar, em último e definitivo grau, pela aplicação do ordenamento jurídico.

É disposição frequente, nos textos dos tratados, a explicitação das obrigações referentes ao seu cumprimento pelos países ratificantes. Basta citar que a Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados (1969), incorporada pelo Decreto nº 7.030/2009, dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (art. 27). Tal disposição aponta para a supremacia dos tratados internacionais. O art. 40, do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, de 1966 (promulgado pelo Dec. 592/1992), estabelece que “os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos”. Disposição semelhante é encontrada no art. 16 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), promulgado pelo Dec. 591/1992. De seu turno, reza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 68, que os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir

a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

André de Carvalho Ramos esclarece que “quanto à independência do Poder Judiciário, *afirma-se que não depende do Poder Executivo* a aceleração de procedimentos judiciais (no caso de delonga) ou a reforma de decisões judiciais consideradas injustas em virtude das normas constitucionais instituidoras da separação dos poderes”. O autor afasta este argumento, esclarecendo que a responsabilidade internacional é do Estado como um todo, não do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Quanto à cogitada decisão injusta ou contrária aos direitos humanos, o mesmo autor lembra que, nessas situações, é comum alegar-se a coisa julgada proveniente da sentença proferida pelo órgão interno. Todavia, rebate o doutrinador, a instância internacional é outra, na qual se dá a discussão sobre a violação aos direitos humanos pelo Estado, não por um setor específico, como o Judiciário. E que o órgão internacional “que constata a responsabilidade internacional do Estado não possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação, contra o qual pode ser oposta a exceção de coisa julgada”. Perante as Cortes internacionais o argumento oponível de coisa julgada é aquela derivada de julgamento também no plano internacional, pela mesma ou por outra Corte (Ramos, 2021, p. 505).

Não há referência, na Corte-IDH, a restrições na aplicação de seus tratados quanto ao empecilho do quórum qualificado nas votações do Congresso (art. 5º, § 3º, CF/88) para designar o grau de comprometimento do país com as normas internacionais de direitos humanos pactuadas. Ou seja, ratificado o tratado de direitos humanos, ele há de ser cumprido, cabendo aos países pactuantes promover os mecanismos apropriados para este fim. Por outro lado, a designação do *status* dos tratados incorporados ao ordenamento brasileiro não pode impedir a sua aplicação, observada a forma própria e a sistemática interna, desde que haja coerência com o compromisso assumido internacionalmente.

Na verdade, o exame de convencionalidade é realizado perante as autoridades internas, inclusive as judiciárias, como recomenda o CNJ ao se dirigir ao Judiciário, ou perante os organismos internacionais, caso fracassado o mecanismo interno e nas

condições previstas internacionalmente.

A compreensão de quais sejam os tratados de direitos humanos será realizada em tópico adiante, neste mesmo apanhado doutrinário.

Utilização da Jurisprudência da Corte-IDH: Em seu art. 1º, inciso I, a Recomendação nº 123/2022, do CNJ, recomenda aos magistrados brasileiros a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH).

Juana M. I. Rivas, utilizando-se de jurisprudência internacional esclarecedora deste tema, pontua que, uma vez provocada a jurisdição supranacional e declarada a eventual responsabilidade do Estado em determinado caso, a sentença emitida pela Corte-IDH gera um duplo efeito: (a) é vinculante *inter partes*, qualificada pela coisa julgada quanto ao Estado parte do processo; e (b) tem um efeito vinculante e relativo *erga omnes* da norma convencional interpretada em face de todos os Estados partes da Convenção Americana, mesmo que não tenham sido parte do processo internacional (*res interpretata*). (Rivas, 2017, p. 130).

Na mesma linha, Renan Kalil (2017) anota que, caso proferida sentença pela Corte-IDH com força de coisa julgada internacional em face de determinado Estado submetido à sua jurisdição, todos os seus órgãos internos – o que inclui o Judiciário e o Ministério Público – “devem tomar medidas para cumprir e aplicar a decisão”. E complementa:

Nesse sentido, esse Estado deve observar não só os padrões jurídicos decorrentes da Convenção Americana estabelecidos pela Corte, mas também dar efetividade às reparações fixadas, como indenizações compensatórias para as vítimas, realizar as medidas de reabilitação e satisfação, promover obrigações de investigação e garantias de não repetição, dentre outras. (Kalil, 2017, p. 65).

Renan Kalil (2017), em artigo de leitura recomendada, aborda a obediência à jurisprudência da Corte-IDH, nos seguintes termos:

Quando existe uma sentença proferida em um caso no qual um Estado não é parte material no processo, o mero fato de ser signatário da Convenção Americana gera algumas obrigações. Todas as suas autoridades públicas e órgãos estão obrigados pelo

tratado a realizar o controle de convencionalidade na criação e aplicação de normas, no exame da validade e compatibilidade das leis diante do Pacto de San José e na instrução, julgamento e resolução de casos concretos, levando em consideração a Convenção Americana e os precedentes e as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas pela Corte. (Kalil, 2017, p. 69).

A Recomendação nº 123/2022, do CNJ, assim, traz a obrigação de que os magistrados aprofundem os conhecimentos sobre os tratados internacionais, especialmente quanto aos que cuidem de direitos humanos. E, também, que estejam atentos à jurisprudência emanada da Corte-IDH, sobretudo às decisões proferidas nas causas em que o Brasil tenha figurado como parte.

Na verdade, o Brasil, em face de tratados firmados e de sua integração a organismos internacionais, submete-se à jurisdição de alguns tribunais internacionais, destacando-se: (a) à Corte Internacional de Justiça; (b) à Corte Interamericana de Direitos Humanos; e (c) ao Tribunal Penal Internacional. Cabe ao país, portanto, acompanhar a jurisprudência produzida por esses tribunais e, no que se refere aos casos referentes diretamente ao Brasil, a cumprir as decisões nos seus exatos termos.

Nesta toada, a rigor, a Recomendação nº 123/2022, do CNJ, poderia ter avançado mais, para estabelecer aos magistrados brasileiros maior atenção a outros tratados e à jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional. O silêncio da Recomendação, no entanto, não impede que essa prudência seja observada, posto, aliás, ser dever constitucional dos juízes e demais autoridades nacionais. Mas, de todo modo, a Recomendação mantém o foco na jurisprudência da Corte-IDH.

Necessidade de controle de convencionalidade das leis internas: O inciso I, da Recomendação nº 123/2022-CNJ, refere-se ao exame de convencionalidade, que é um mecanismo jurídico de verificação e submissão de normas nacionais ao conteúdo dos tratados internacionais ratificados pelo país, em decorrência da supremacia axiológica e institucional da norma supranacional. Se houver conflito normativo, prioriza-se o tratado internacional de direitos humanos, em observância ao art. 5º, § 3º, da CF/88: “Os

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Ou seja, satisfeito o requisito do quórum qualificado em cada casa do Congresso Nacional (3/5, em dois turnos) e o objeto do tratado (direitos humanos), a norma internacional incorporada pelo Brasil vale como Emenda Constitucional. Não obedecido esse quórum, tais tratados valem como norma supralegal, uma criação do STF para dizer que continuam superiores à legislação ordinária nacional, mas inferiores à Constituição Federal (RE 466.343-SP, Min. Gilmar Mendes, julg. 03.12.2008) – tese com a qual, particularmente, não concordamos, por entender que a ratificação de tratado internacional implica em incorporação como norma de *status* constitucional, salvo se ferir cláusula pétreia. Nada impede, todavia, que tratados não ratificados sirvam de parâmetros na interpretação jurídica, orientando a aplicação do direito nacional. Sem cunho obrigatório, mas balizador.

Por meio do exame ou controle de convencionalidade, as autoridades nacionais (*máxime* o Judiciário) tornam eficazes os tratados ratificados pelo país, evitando que ocorram sanções internacionais e que haja integração normativa. É claro que, na avaliação do *status* normativo dos tratados, nos termos da construção jurídica brasileira, considera-se o quórum qualificado no processo de sua incorporação (art. 5º, § 3º, CF), que conferirá o *status* constitucional, ou o caráter de supralegalidade (abaixo da Constituição, mas acima das leis internas).

Destacando o protagonismo do Judiciário, Juana Maria Ibáñez Rivas argumenta que a aplicação do controle de convencionalidade proporciona um diálogo entre as cortes nacionais, por um lado, e a Corte Interamericana, de outro, cumprindo o compromisso de aplicar os tratados de direitos humanos nos quais o Estado seja parte. Acrescenta que a sentença proferida no exame de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana tem caráter vinculativo ao Estado-parte do processo (Rivas, 2017, p. 71-72).

Sob a ótica processual, este mecanismo pode ser manejado, internamente, de forma *difusa* (no caso concreto), em prefacial ao

mérito, arguida pelo interessado, ou *ex officio* pelo juiz, mas com os cuidados para evitar *decisão surpresa*, eis que vedada pelo CPC/2015 (arts. 10 e 933). Portanto, mesmo sendo matéria de ordem pública, o magistrado deverá intimar previamente a parte que, em tese, possa ser atingida pela decisão para que se manifeste sobre o tema.

Citando decisão tomada pela Corte-IDH no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vr Perú*, Claudio R. Nash explica que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, mas também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes”. (Nash, 2019, p. 8).

Thiago Oliveira Moreira defende a possibilidade de controle concentrado de convencionalidade pelo STF, em ação direta de *inconvenionalidade* de atos normativos que violem tratados de direitos humanos internalizados pela forma estabelecida no art. 5º, § 3º, CF/88. O mesmo autor sustenta que o exame de convencionalidade, na forma difusa, diferentemente do controle de constitucionalidade, não se submete à reserva de plenário (art. 97, c/c art. 93-XI, CF/88). (Moreira, 2015, p. 258-261).

A compreensão de alguns princípios e regras do Direito Internacional Público são fundamentais a tal contexto, até mesmo para que se perceba, por exemplo, que há certa hierarquia entre determinadas normas internacionais. É o caso do art. 103 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual “no caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta, e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”. É que, como leciona Leonardo Brant, os tratados podem instituir certa hierarquia normativa entre eles. (Brant, 2020, p. 464-465).

2. Duração razoável do processo e a prioridade processual

O inciso II (art. 1º, da Recomendação 133/2022, do CNJ) recomenda “a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações

a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.”

Sem prejuízo da ordem de prioridade de ações previstas em lei (ex.: *habeas corpus* e mandados de segurança) e do princípio geral da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), a Recomendação em análise se refere à *prioridade de julgamento* em causas nas quais existam vítimas de violações a direitos humanos. A prioridade, no texto expresso, não é de qualquer causa sobre direitos humanos nem sobre a aplicação de tratados em geral. A prioridade é de ações de conteúdo reparatório, material ou imaterialmente, pertinente a vítimas de violação a direitos humanos, em decorrência de pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH), que haja condenado o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral internamente. Ou seja, nos casos de condenação do Brasil pela Corte-IDH em virtude de transgressão a direitos humanos. Afinal, o Brasil precisará envidar esforços para cumprir a sentença internacional e prestar informações sobre as providências que tenha adotado.

Tem havido, com certa frequência, verificação de descumprimento de sentenças proferidas contra o Brasil, no âmbito da Corte-IDH. A título de exemplo, mencionam-se os seguintes casos, que não são isolados:

Em processo de “supervisão de cumprimento de sentença”, em decisão de janeiro/2021, a Corte-IDH manteve em aberto o acompanhamento das providências do Governo brasileiro, considerando descumprida a sentença proferida anteriormente (*Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*), em 04.06.2006.

Em processo idêntico, de “supervisão de cumprimento de sentença”, em 22.11.2019, a Corte também constatou que, no *Caso trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, este país estava em situação de descumprimento da sentença internacional proferida em 20.10.2016, que foi aclarada em 22.08.2017.

Merece especial destaque a decisão proferida em 25.11.2021, na “supervisão de cumprimento de sentença”, no *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*. Após constatar a situação de descumprimento da

sentença proferida em 16.02.2017, a Corte-IDH dispôs que o Estado brasileiro apresente um *informe* sobre todas as medidas pendentes de cumprimento, no mais tardar em 07.06.2022. E concluiu, para tanto, por notificar dessa Resolução a República Federativa do Brasil, aos representantes das vítimas, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ao Conselho Nacional de Justiça do Brasil (o CNJ).

É do conhecimento público a lentidão dos processos no Brasil, contrariando o princípio constitucional de sua duração razoável. Para não citar diversos casos, cabe mencionar um, reconhecido internacionalmente: ao julgar o *Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos constatou demoras que feriam (e ferem) as garantias processuais. No pertinente a tal caso, considerou que o processo penal tramitara fora da razoabilidade, com uma demora de quase 22 anos, além da falta de diligência das autoridades judiciais brasileiras. No referente aos respectivos processos civis, a mesma Corte entendeu que as primeiras sentenças proferidas na causa cível de indenização por danos morais e materiais contra o Governo Federal, o Estado da Bahia, o Município e a empresa demoraram 08 anos após o início do processo e, na data da prolação da sentença internacional, somente duas sentenças tinham sido firmes, mas não executadas. Sobre a ação cível *ex delicto* contra os proprietários da fábrica, passaram-se 20 anos sem que as vítimas fossem indenizadas. No pertinente aos processos trabalhistas, a Corte-IDH constatou que somente 18 anos após iniciadas as ações se conseguiu embargar um bem, na execução, embora muitos desses processos tenham sido arquivados porque não fora reconhecido o vínculo de emprego. Por isso, *“la Corte concluyó que, en relación con estos procesos, el Estado violó la garantía de plazo razonable y el deber de debida diligencia, en perjuicio de las seis víctimas sobrevivientes de la explosión de la fábrica de fuegos y de los 100 familiares de las víctimas fallecidas”*.

A situação de descumprimento de decisões da Corte-IDH depõe contra o Brasil e o expõe negativamente perante a comunidade internacional, ensejando possíveis punições. Logo, os processos relativos a essas sentenças precisam obter: (a) efetividade no cumprimento das determinações da Corte-IDH; e

(b) celeridade, o que pode ser alcançado por meio da prioridade na condução dos feitos. Com a Recomendação nº 123/2022, do CNJ, espera-se que o quadro interno apresente uma mudança significativa – pelo menos quanto aos processos específicos de condenações pela Corte-IDH –, que possa constar positivamente do informe que o Brasil apresentaria à referida Corte, em 2022.

3. Normas internacionais de direitos humanos, inclusive os do trabalho

A Recomendação nº 123/2022, do CNJ, lança um mandamento ao Judiciário brasileiro para “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil” (art. 1º, I).

Ficaria defeituosa esta explanação se não fossem apontadas as normas internacionais de direitos humanos, ao menos sob o ponto de vista de sua classificação mais básica. Na verdade, há um Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, sob a tutela da ONU, cujas normas de destaque são os tratados, de amplitude mundial. Merecem ser realçados, nesta oportunidade, os seguintes tratados globais sobre direitos humanos:

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966;

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966;

Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1966;

Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979;

Convenção contra a Tortura, 1984;

Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989;

Convenção sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, 1990;

Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência, 2007;

Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, 2007.

De sua vez, o sistema universal (das Nações Unidas) é complementado por Sistemas Regionais de proteção aos direitos humanos (interamericano, europeu e africano), que consideram as peculiaridades e os interesses regionais. No sistema interamericano destacam-se os seguintes pactos:

Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José (1969);

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985);

Protocolo de San Salvador (1988);

Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolição da Pena de Morte (1990);

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994);

Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados (1994);

Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre Pessoas Portadoras de Deficiências (1999).

O Brasil participa de ambos os sistemas como Estado-parte, ou seja, tanto do Universal (da ONU), quanto do Regional (da OEA). Logo, o país é compromissado com os tratados nesses âmbitos, relativamente aos que ratificou e, quanto aos que eventualmente não tenha ratificado, nestes se inspira pelo caráter sistemático que formam no contexto normativo e de proteção universalizante dos direitos humanos.

Esses tratados cuidam de temas como direito à vida, à liberdade (de locomoção, de expressão, de credo, de imprensa, econômica etc.), garantias judiciais, direito de reunião, proteção da família, direitos políticos etc. Dentro do rol previsto nestes tratados, especialmente nos ratificados pelo Brasil, encontram-se determinados direitos trabalhistas, como:

- **Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** Proibição de trabalho escravo e trabalho forçado (art. 6º, 2), direito de livre associação (art. 16);

- **Protocolo de San Salvador (adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos):** direito ao trabalho, busca pelo pleno emprego e orientação vocacional (art. 6º), condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, incluindo proteção à segurança e higiene do trabalho, direito à promoção no emprego por critérios justos, jornada razoável, repouso, férias periódicas remuneradas, proibição de certas atividades a menores de 18 anos etc. (art. 7º), liberdade sindical e direito de greve (art. 8º), proteção de deficientes, com programas de inserção no mercado de trabalho;
- **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:** justas condições de trabalho e de salário, segurança e higiene no trabalho, igualdade de oportunidade nas ascensões no emprego, direito ao descanso, limitação razoável das horas de trabalho, férias periódicas e remuneração dos feriados (art. 7º), liberdade sindical e direito de greve (art. 8º);
- **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:** liberdade de associação e liberdade sindical (art. 22);
- **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:** o art. 11 apresenta vários direitos das mulheres no trabalho, tendo por base a igualdade de tratamento, a proibição de discriminação e a necessidade de adequação das atividades às peculiaridades do gênero feminino;
- **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência:** o art. III determina a adoção de medidas para combater discriminação no trabalho de deficientes e proporcional sua integração à sociedade.

Embora não seja propriamente um tratado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas (1948), lança princípios e reconhece direitos a ser observados por todos os países que integram a ONU. É o caso da liberdade de associação (art. 20), direito ao trabalho, à justa remuneração e à liberdade sindical (art. 20), ao repouso, às férias remuneradas e à razoável duração da jornada de trabalho (art. 24).

Há, também, normas fixadas em tratados de direitos humanos,

que não dizem respeito, especificamente, aos direitos trabalhistas, mas que têm larga aplicação neles, como é o caso do direito à igualdade de tratamento e de oportunidades e às proibições de discriminação (ex.: arts. 2º, 3º e 26, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos), bem ainda ao mandamento de que “ninguém poderá ser submetido à servidão” ou à escravidão (art. 8º, *idem*). O direito de ação ou de acesso à jurisdição, com julgamentos justos e duração razoável do processo, é previsto expressamente na maioria dos tratados sobre direitos humanos, aplicando-se às ações judiciais nas quais se discutam direitos pertinentes à relação de trabalho.

Estando fixados direitos trabalhistas em tratados de direitos humanos, quem aprecia o exame internacional de convencionalidade é a instância por eles ditada, no âmbito da respectiva organização internacional. Referente ao *Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, a Corte Interamericana apreciou pedido de esclarecimento da sentença original, formulado pelo Brasil, registrando as seguintes observações, em 21.06.2021, no que interesse ao presente estudo:

18. Sobre la alegada incompetencia de la Corte para conocer sobre violaciones al derecho al trabajo y al artículo 26 de la Convención, el Estado interpuso una excepción *ratione materiae*, la cual fue desestimada. En el párrafo 23 de la Sentencia, la Corte se declaro competente para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante de los derechos enumerados en su texto y para declarar la responsabilidad de un Estado que haya dado su consentimiento para obligarse por la Convención y haya aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana.

19. La Corte considera que la redacción del párrafo 23 y de las notas al pie de página 25 y 26 de la Sentencia es absolutamente clara al reiterar su constante jurisprudencia, de más de diez casos, en los cuales el Tribunal ha afirmado su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en su texto. En este sentido, la Corte advierte que, bajo la apariencia de una solicitud de interpretación, la posición del Estado evidencia una discrepancia con lo consi-

derado y resuelto por la Corte, ya que pretende que se revise la competencia de la Corte para declarar violaciones al derecho al trabajo, extremo sobre el cual este Tribunal ya adoptó una decisión, la cual está ampliamente expuesta no sólo al resolver la excepción preliminar planteada por el Estado sino también en el Fondo de la Sentencia, en el párrafo 155 y siguientes.²

A sentença originária, disposta em 193 páginas, fora datada de 15.07.2020 e implicara em condenação do Brasil em causa originária de relação trabalhista. Vários direitos trabalhistas, como visto, encontram lastro nos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, as autoridades do trabalho brasileiras (juizes, procuradores, auditores fiscais etc.) devem cumprir e fazer cumprir referidas disposições, realizando o controle de convencionalidade. Quanto aos juizes do trabalho, esta inteligência consta da Recomendação nº 123/2022, do CNJ.

4. Normas da OIT-Organização Internacional do Trabalho

Há resistência por parte de certos autores e autoridades brasileiras, fundados num pensamento dogmático e não integrado

2. A Corte-IDH firmara sua jurisprudência em ser competente para questões trabalhistas pertinentes ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos nos seguintes julgados: Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C Nº. 340, párrs. 142 y 154; Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C Nº. 344, párr. 192; Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C Nº. 348, párr. 220; Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nº. 349, párr. 100; Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C Nº. 359, párrs. 75 a 97; Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C Nº. 375, párrs. 34 a 37; Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C Nº. 394, párrs. 33 a 34; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C Nº. 395, párr. 62; Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C Nº. 400, párr. 195, y Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C Nº. 404, p. 85. (Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf, acessado 17.01.2022).

à comunidade internacional, de que as convenções aprovadas pela OIT, mesmo ratificadas pelo Brasil, integrem o rol dos tratados de direitos humanos. Trata-se de entendimento equivocado, porque os direitos trabalhistas são, por natureza, direitos humanos. E, na Constituição brasileira, esses direitos se inserem, topologicamente, no título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Demais disso, a OIT-Organização Internacional do Trabalho integra a ONU – aliás, precedeu-a historicamente – e sua atividade legislativa não se diferencia dos demais organismos internos, no quesito de validade e vinculatividade. É certo que a OIT, todavia, encontra dificuldades na efetivação de suas normas, o que decorre do seu caráter democrático na aplicação das convenções e na dependência de fatores e mecanismos externos para sancionar os países transgressores.

Obviamente, a ratificação de uma convenção internacional de trabalho vincula o país respectivo, como sucede no âmbito do Direito Internacional Público, ramo a que pertence o Direito Internacional do Trabalho. E mesmo as convenções não ratificadas, mas que expressam princípios consagrados na Constituição da OIT, criam obrigações aos países que integram este organismo. Em 1998, a OIT editou a “Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”, estabelecendo quatro direitos fundamentais. No tópico 1, o documento declara:

que no momento de incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

Em seguida, o mesmo documento declara, no item 2, que “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso, derivado do fato de pertencer à Organização, de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé

e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais objeto dessas convenções, isto é: (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.”

Portanto, tendo em vista a vinculação desses princípios e das convenções ratificadas, cabe ao Judiciário brasileiro zelar por sua aplicação, realizando o controle interno de convencionalidade. Esta atividade se torna, no momento, de alta relevância, considerando, por exemplo, os rumos precarizantes e violadores da legislação pátria a tais princípios e normas, sobretudo no pertinente à liberdade sindical, ao direito de greve, à negociação coletiva e às condições de trabalho, de segurança e higiene e à proteção dos salários. Os juízes do trabalho, portanto, devem realizar o exame de convencionalidade a que se refere a Recomendação 123/2022, do CNJ, no referente aos direitos trabalhistas constantes dos tratados do sistema americano (e do universal), consignados nos tratados internacionais, bem como realizá-lo no pertinente, também, às convenções da OIT ratificadas pelo Brasil ou que encontrem supedâneo nos princípios internacionais do trabalho.

Considerações finais

A Recomendação nº 123/2022, do CNJ, vem em boa hora na política de asseguramento de direitos humanos e para a efetiva integração do Brasil aos organismos internacionais de que participa, inclusive com o estímulo ao exame de convencionalidade e a observância aos tratados de direitos humanos e à jurisprudência proveniente da Corte-IDH.

Tal Recomendação não deve ser interpretada restritivamente, mas de modo a alcançar seu real objetivo de estimular o Judiciário brasileiro a observar os tratados internacionais de direitos humanos, tanto os do sistema universal quanto os do sistema regional americano.

Este contexto reforça a linha de atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, no exame de convencionalidade das normas internacionais do trabalho também. Algumas porque

fazem parte de tratados específicos sobre direitos humanos, outras porque a proteção ao trabalho também é direito humano. Existem normas que integram os sistemas de direitos humanos, enquanto outras são derivadas da ratificação de convenções da OIT, senão pelo simples fato de o Brasil ser integrante deste organismo internacional e, portanto, vincular-se aos preceitos e princípios de sua Constituição. A razão jurídica e o propósito da Recomendação nº 123, do CNJ, são os mesmos nas áreas do direito comum e dos direitos trabalhistas, que são proteger os direitos humanos e alinhar o Brasil com os valores e o sentimento de justiça internacionais. E, apesar do prazo consignado pela Corte-IDH para o Brasil informar sobre as providências para cumprir fielmente as determinações dela emanadas, a Recomendação do CNJ não se restringe a este lapso temporal, por mais que ele tenha sido a sua fonte primária de normatização.

Referências

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Curso de Direito Internacional**: teoria geral do Direito Internacional Público. v. 1. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

KALIL, Renan Bernardi. **Os padrões interamericanos e o sistema público trabalhista no Brasil**: caminhos para a proteção do trabalhador. Periódico eletrônico *ConsCIÊNCIA Trabalhista*, Doutrina, jan 2022. Disponível em: <www.excolasocial.com.br>. Acesso em: 19 jan. 2023.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal-RN: EDDUFRN, 2015.

NASH, Claudio R. **Control de Convencionalidad**. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nº 7. CorteIDH, San José, Costa Rica, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2021.

RIVAS, Juana María Ibáñez. **Control de Convencionalidad**. Colección estándares del sistema interamericano de derechos humanos: miradas complementarias desde la academia, nº 1. Ciudad de México: UNAM, 2017.

DA RENÚNCIA EM DIREITO DO TRABALHO: EM TORNO DO NOVO N.º 3 DO ART. 337.º DO CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÊS

RESIGNATION IN LABOR LAW: AROUND THE NEW N. 3 OF ART. 337 OF THE PORTUGUESE LABOR CODE

João Leal Amado¹

Resumo

O estudo se propõe a responder o seguinte problema: poderão os direitos conferidos pela lei imperativa ao trabalhador ser objeto de válida renúncia pelo seu titular? A imperatividade da norma laboral não implicará, como sua natural consequência, ainda que implícita, a irrenunciabilidade do direito por ela concedido ao trabalhador? São questões relevantes para a norma trabalhista, principalmente sob a perspectiva da reflexão sobre a imperatividade ou inderrogabilidade da norma não implicar na irrenunciabilidade do correspondente direito.

Palavras-chave: Código do Trabalho Português; renúncia em direito do trabalho; imperatividade da norma.

Abstract

The study sets out to answer the following problem: can the rights granted to the worker by mandatory law be validly waived by their holder? Doesn't the imperative nature of the labor standard imply, as a natural consequence, even if implicit, the non-renouncea-

1. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Regente da Unidade Curricular de Direito do Trabalho na FDUC. Especialista, Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Pesquisador pela Universidade Lusíada de Lisboa- Centro de Estudos Jurídicos Económicos e Ambientais, Portugal. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho na Universidade de Coimbra.

bility of the right it grants to the worker? These are relevant questions for the labor standard, especially from the perspective of reflecting on whether the imperativeness or inderogability of the standard does not imply the unwaivability of the corresponding right.

Keywords: Portuguese Labor Code; resignation in labor law; imperative nature of the rule.

1. A questão (antes da reforma)

Começemos por um caso exemplar e ilustrativo. Por meio de um muito interessante Acórdão, datado de 7 de setembro de 2022 e relatado pelo Conselheiro Júlio Gomes, o Supremo Tribunal de Justiça resolveu um litígio relativo à contratação a termo de uma trabalhadora, para exercer funções de camaroteira na Douro Azul, com base na suposta sazonalidade da atividade desenvolvida pela empresa, que se dedica a cruzeiros fluviais no Douro, durante cerca de 10 meses por ano, sendo que, neste importante aresto, um dos pontos fulcrais da discussão (que motivou, aliás, discordância entre os julgadores, pois o Acórdão foi tirado por maioria, com voto concordante do Conselheiro Ramalho Pinto e voto contrário da Conselheira Leonor Rodrigues) residiu no valor jurídico a atribuir à declaração escrita, subscrita pela trabalhadora em causa, aquando da cessação de cada um dos ditos contratos a termo, segundo a qual esta; “Declara que recebeu a quantia de € (...), da empresa “Douro Azul – Sociedade Marítimo-Turística, S.A.”, conforme recibo em anexo a esta declaração. Mais declara que este valor inclui e liquida todos os créditos sobre a “Douro Azul – Sociedade Marítimo-Turística, S.A.”, vencidos e vincendos à data da cessação do contrato de trabalho, ou exigíveis em resultado dessa cessação, não tendo por isso direito a reclamar mais quaisquer valores seja a que que título for, assim visando esta declaração constituir remissão abdicativa da declarante quanto à “Douro Azul – Sociedade Marítimo-Turística, S.A.” quanto a eventuais dívidas remanescentes, nos termos do artigo 863^o do Código Civil”².

É sabido que este tipo de declarações tinha vindo a tornar-se

2. O texto integral do Acórdão, bem como do voto de vencida, encontra-se disponível em: www.dgsi.pt. Note-se que este aresto veio a ser reformado, na sequência da invocação de um conjunto de nulidades, através de um outro Acórdão, de 2 de no-

cada vez mais usual na *praxis* empresarial, sendo muito frequente que a entidade empregadora, por ocasião da cessação do contrato de trabalho, elaborasse um documento, redigido pelos seus advogados, solicitando ou exigindo que o trabalhador, no momento em que o contrato terminava e em que a entidade empregadora procedia ao pagamento de determinados créditos devidos em virtude da extinção do contrato (salário mensal, subsídio de férias e de Natal, pagamento por trabalho suplementar prestado, compensação em virtude de caducidade do contrato a termo, compensação por despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, etc.), subscrevesse uma declaração daquele jaez, afirmando nada mais ter a receber da entidade empregadora, estar pago de tudo aquilo a que tinha direito, ou mesmo, como sucedeu no caso, abdicando de quaisquer outros direitos que pudesse ter sobre a entidade empregadora, isto é, renunciando a direitos emergentes da relação de trabalho, através do expediente civilístico da “remissão abdicativa”, nos termos do art. 863.º do Código Civil (CC), segundo o qual “o credor pode remitir a dívida por contrato com o devedor”.

O tema é da maior relevância, teórica e prática, envolvendo, desde logo, a questão de saber se e em que medida serão os direitos dos trabalhadores renunciáveis. Eis a questão: pode um trabalhador, emitindo este tipo de declarações, renunciar, validamente, a uma prestação salarial que lhe seja devida, a receber, no todo ou em parte, o subsídio de férias ou de Natal, a receber a contrapartida patrimonial do trabalho suplementar que tenha prestado, a receber a compensação, pela caducidade do contrato a termo ou pelo despedimento coletivo, decorrente do disposto nas pertinentes normas legais?

A tendência maioritária na nossa jurisprudência vinha sendo a de dar resposta afirmativa àquelas questões, como aliás se extrai do voto de vencida da Conselheira Leonor Rodrigues, que convoca essa mesma jurisprudência. Conforme se lê na sua extensa declaração de voto, «como tem sido afirmado na jurisprudência deste Supremo Tribunal, o contrato de “remissão abdicativa” tem plena

vembro de 2022, em que os Conselheiros tiveram ensejo de clarificar alguns pontos (o processo e o relator são os mesmos). (Vicente e Rouxinol, 2022, p. 7).

aplicação no domínio das relações laborais, designadamente após a cessação do vínculo, pois, nessa fase, já não colhe o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais, que se circunscreve ao período de vigência do contrato de trabalho». Contudo, a tese que vingou no STJ, neste particular Acórdão, não foi exatamente essa, foi, dir-se-ia, uma tese mais prudente ou mais exigente para com a entidade empregadora, designadamente no que toca à necessidade de conhecimento, pela trabalhadora, da existência dos seus direitos e à necessidade de prestação de adequada informação, sobre os possíveis efeitos de tal declaração, pela entidade empregadora.

A questão central, todavia, subsistia, podendo ser formulada nestes moldes: poderão os direitos conferidos pela lei (note-se: pela lei imperativa) ao trabalhador ser objeto de válida renúncia pelo seu titular? A imperatividade da norma laboral não implicará, como sua natural consequência, ainda que implícita, a irrenunciabilidade do direito por ela concedido ao trabalhador?

2. Imperatividade da norma e irrenunciabilidade do direito

É sabido que as normas jurídico-laborais possuem, em regra, um carácter imperativo (relativamente imperativo), dado que, em princípio, as normas legais reguladoras do contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual desde que este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, conforme disposto no art. 3.º, n.º 4, do Código do Trabalho (CT)³. Assim, e para retomar os exemplos figurados *supra*, a lei fixa hoje nos €760 mensais o valor do salário mínimo nacional, na sequência do disposto no art. 273.º do CT. A lei estabelece o direito a retribuição e subsídio de férias, no art. 264.º do CT. A lei consagra o direito a um subsídio de Natal, no art. 263.º do CT. A lei estabelece o pagamento do trabalho suplementar prestado pelo trabalhador, nos termos do art. 268.º do CT. Ora, é também sabido que, em sede de contrato

3. O mesmo vale, de resto, para as disposições de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, as quais só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, conforme preceitua o art. 476.º do CT.

individual de trabalho, não poderão ser estabelecidas cláusulas que desrespeitem os comandos legais supramencionados: não pode ser fixado, por via contratual, um salário mensal de €660, por exemplo; ou uma retribuição de férias inferior à que resulta do art. 264.º, ou um subsídio de Natal equivalente a metade do que estabelece o art. 263.º, ou o pagamento de trabalho suplementar com acréscimos inferiores aos previstos no art. 268.º. Em todos estes casos, claro, a cláusula contratual será tida como nula, por violar uma norma imperativa, e será substituída pela norma invalidante, nos moldes previstos no art. 121.º, n.º 2, do CT.

Tudo isto corresponde à própria razão de ser do Direito do Trabalho, a ideia de comprimir a liberdade contratual, através de normas imperativas ou inderrogáveis, normas que se concebem enquanto mínimos de proteção do trabalhador, o contraente débil no seio desta relação. Mas surge, entretanto, a questão: será lícito ao trabalhador, por seu turno, renunciar a tais direitos, a direitos que lhe sejam conferidos por normas imperativas ou inderrogáveis?

A resposta a esta questão tem oscilado. Há quem sustente que a imperatividade ou inderrogabilidade da norma não implica a irrenunciabilidade do correspondente direito. Para esta corrente, estes dois fenômenos operam em zonas distintas, em momentos diferenciados, claramente demarcados. Assim, a imperatividade da norma referir-se-ia a uma primeira fase (fase genética), incidindo sobre a liberdade contratual das partes, cerceando-a e impedindo que estas estipulem, em sede de contrato de trabalho, cláusulas desconformes com o regime estabelecido pela norma inderrogável. Esta última, porém, já nada teria a ver com as vicissitudes futuras do direito por ela conferido: destarte, adquirido imperativamente tal direito, nada impediria o trabalhador de dele dispor livremente, no exercício das faculdades em que se desdobra o conteúdo do seu direito subjetivo. Estamos agora situados em diversa esfera temporal (já não na fase genética, mas na fase funcional), pelo que, em princípio, nenhuma ligação necessária ou incindível existiria entre a imperatividade da norma e a irrenunciabilidade do direito que ela consagra – esta irrenunciabilidade não constituiria, pois, qualquer derivação, lógica e inelutável, daquela. Neste sentido, a

imperatividade da norma vincularia o trabalhador a adquirir o respetivo direito. Mas só isso. Aquilo que o trabalhador resolvesse fazer com o seu direito assim “imperativamente adquirido” seria já algo de inteiramente estranho ou exterior à natureza da norma, nada o impedindo, por conseguinte, de a ele renunciar.

Este entendimento é, porém, algo artificioso e de muito discutível acerto. A verdade é que as normas jurídico-laborais, enquanto normas imperativas, conferem direitos de forma como que intangível pela autonomia privada, isto é, de uma forma que se impõe aos sujeitos da relação de trabalho, sendo inadmissível a redução ou enfraquecimento de tais direitos pelo jogo da liberdade contratual. Ora, sendo assim, se deparamos com uma tão intensa compressão da liberdade contratual das partes, impedindo-as de eliminar ou reduzir os direitos reconhecidos ao trabalhador (de tal sorte que, se tal acontecer, a cláusula ilícita é automaticamente substituída pelo preceito violado), como se poderia compreender, logicamente, que a este fosse permitido renunciar àqueles? O Direito do Trabalho, com o seu aparelho normativo e tutelar, existe para se aplicar, dir-se-ia que inelutavelmente, às relações laborais. As suas normas constituem direito necessário, conferindo uma espécie de estatuto protetor ao trabalhador, o qual é constituído por um grande espectro de direitos. A ser admitida a renúncia a estes direitos, estaríamos, no fundo, a facultar ao empregador a consecução, por tal via, daquilo que lhe seria contratualmente impossível, assim se defraudando as normas jurídico-laborais – e, bem vistas as coisas, assim se transformando o ordenamento juslaboral num verdadeiro gigante com pés de barro.

Na verdade, renunciando o trabalhador ao direito conferido por uma norma inderrogável, o efeito que se obtém traduz-se na desaplicação dessa mesma norma imperativa, efeito este que não é muito diferente, no plano prático, daquele que as partes alcançariam inserindo no contrato uma cláusula em violação de tal norma imperativa. Dando um singelo exemplo, cumpre perguntar: que sentido tem a lei estabelecer um determinado montante a título de salário mínimo nacional (€760 por mês), sendo obviamente nula a estipulação contratual de um montante inferior (por exemplo, de

€660 por mês), se, entretanto, a lei permitir que aquele trabalhador, a quem foi pago €660 por mês ao longo do contrato, puder abdicar, validamente, de receber o montante em falta, correspondente a €100 por mês? Ou, para dar outro exemplo, que sentido tem que a lei obrigue a entidade empregadora a pagar um subsídio de férias ou de Natal ao trabalhador, considerando inválida qualquer cláusula do contrato de trabalho que pretenda fixar o montante desse subsídio em metade do que resulta da lei, se depois o trabalhador puder, através do contrato de “remissão abdicativa”, renunciar validamente a metade do valor do subsídio consagrado na lei?

Crê-se que, a benefício da efetividade do Direito do Trabalho, a solução mais adequada e lógica consiste em afirmar que as restrições à autonomia das partes operam em ambos os planos temporais, pois constituiria manifesta incongruência disciplinar imperativamente as relações de trabalho, com o objetivo proclamado de salvaguardar a posição do contraente mais débil, e depois deixar os respetivos direitos na plena disponibilidade abdicativa do trabalhador. A tese da irrenunciabilidade dos direitos conferidos por normas imperativas mostra-se, deste modo, mais conforme (quicá a única conforme) com a própria essência tuitiva do Direito do Trabalho – este é, aliás, o entendimento vertido na lei, em países como a Espanha (art. 3.º, n.º 5, do *Estatuto de los Trabajadores*) ou a Itália (art. 2113 do *Codice Civile*).

A irrenunciabilidade do direito surge, pois, como a consequência lógica da imperatividade da norma, legal ou convencional, que o consagra⁴. Nas recentes e certas palavras de Joana Vicente e Milena Rouxinol (2022, p. 36), “concedendo certo direito ao trabalhador através de uma disposição imperativa, o legislador veicula uma intencionalidade tuitiva que não se compagina com atos abdicativos de tal direito, quer eles se traduzam na estipulação de cláusulas contratuais tendentes ao afastamento, *in pejus*, do regime legal em causa e, portanto, da aquisição daquele direito, quer em, adquirido este último, por efeito de aplicação daquele regime, o trabalhador

4. Como há muito escreveu Jorge Leite (1989, p. 354), “os direitos reconhecidos por normas de ordem pública social são irrenunciáveis, isto é, a norma que os consagra contém implícita a proibição de o trabalhador se privar voluntariamente deles”.

declarar validamente que lhe renuncia, que abdica do mesmo.

3. Admissibilidade da renúncia “pós-contratual”

A nossa jurisprudência vinha majoritariamente entendendo que a resposta, no que à renúncia do trabalhador aos seus direitos diz respeito, dependia de um outro fator, de ordem temporal: a renúncia não seria admitida, se efetuada na pendência da relação laboral, mas, cessando esta relação, já nada justificaria que o trabalhador não pudesse dispor livremente dos eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que deixariam de se verificar os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação, marcada pela nota da dependência e da subordinação jurídica do trabalhador em relação à entidade empregadora. Assim sendo, e segundo a jurisprudência dominante, a remissão abdicativa por parte do trabalhador, através da qual este renunciasse aos seus direitos perante o empregador, deveria ser tida como válida, em princípio, contanto que tal declaração fosse emitida aquando da (ou após a) cessação da relação contratual em apreço.

Segundo a jurisprudência, estas declarações são normalmente emitidas aquando do acerto de contas após a cessação do contrato de trabalho – o empregador paga determinadas importâncias exigindo em troca a emissão daquela declaração, a fim de evitar futuros litígios, e, por sua vez, o trabalhador aceita passar essa declaração em troca da quantia que recebe, evidenciando-se, assim, um verdadeiro acordo negocial, com interesse, alegava-se, para ambas as partes.

Haveria aqui, realmente, um acordo negocial com interesse para ambas as partes? Se havia, não o descortinamos. Ao efetuar determinada prestação pecuniária, é claro que o empregador tem o direito de exigir quitação do trabalhador, isto é, tem o direito de exigir que o trabalhador-credor declare, por escrito, que recebeu a importância em causa, nos termos do art. 787.º do CC. Mas só isso! O empregador-devedor já não tem o direito de exigir que o trabalhador declare mais do que isso, *maxime* que declare que “nada mais tem a haver ou receber da entidade empregadora”, ou algo similar. Que interesse tem o trabalhador em emitir semelhante declaração? Apenas um: o de receber rapidamente a quantia disponibilizada

pelo empregador, correspondente, aliás, a créditos seus já vencidos... A entidade empregadora, pelo contrário, tem todo o interesse em condicionar o pagamento dessa verba à passagem de uma tal declaração, visto que, através dela, consegue que o trabalhador abdique de todos os demais créditos resultantes do contrato de trabalho. Ou seja, o trabalhador abdica para receber aquilo (*rectius*, parte daquilo) a que tem direito! E o empregador, cumprindo apenas parte das suas obrigações, logra assim desvincular-se das restantes! Negócio vantajoso para o empregador, decerto, mas algo ruinoso para o trabalhador. Este pensará, talvez, que “mais vale um pássaro na mão do que dois a voar”. Mas, francamente, não nos parece que o Direito do Trabalho deva contemporizar com isto, reconhecendo validade a tais declarações.

Confessamos, por isso, nutrir bastantes reservas em relação à orientação jurisprudencial que entre nós vinha predominando, sendo certo que não se vislumbrava qualquer base legal para operar essa espécie de “corte epistemológico” entre as renúncias na vigência do contrato ou efetuadas aquando da sua cessação ou até após a sua cessação. Com efeito, será que direitos como o direito ao salário, ao subsídio de férias ou de Natal, ao pagamento do trabalho suplementar, etc., mudam de natureza pelo facto de o contrato de trabalho se extinguir? Trata-se, repete-se, de direitos resultantes de normas imperativas, que aliás, por regra, cumprem uma função alimentar bem conhecida e de grande relevo. É certo que, ao cessar o contrato de trabalho, desaparece o laço de subordinação jurídica entre as partes. Mas, amiúde, a situação de vulnerabilidade em que se encontra o ex-trabalhador, quiçá agora desempregado, não muda para melhor. E, de resto, muitas vezes o trabalhador assina essas declarações, contendo uma remissão abdicativa, por ignorar a real extensão dos seus direitos, por não querer pôr em xeque a hipótese de voltar a ser contratado por aquele empregador (pense-se no caso, frequente, dos contratos a termo ou do trabalho temporário) e, sobretudo, porque o trabalhador sabe que, se não assinar a referida declaração, previamente redigida pelos advogados da entidade empregadora, ele corre o sério risco de não receber rapidamente as verbas que lhe são devidas por ocasião da extinção do contrato. Por

regra, o empregador dispõe-se a pagar essas verbas (ou algumas delas), correspondentes, por exemplo, a proporcionais de férias e de Natal, ao salário do último mês, a compensações devidas pela própria extinção do contrato, mas sempre e só na condição de o trabalhador emitir essa declaração liberatória, que pode comportar a dita remissão abdicativa. Se o trabalhador se recusar a assinar essa declaração, o serviço de contabilidade da empresa vai alegar que, assim sendo, não está autorizado a processar o pagamento das verbas em causa, deixando o trabalhador numa situação de extrema vulnerabilidade, dado que, não raro, ele carece dessa verba para satisfazer necessidades prementes, suas e do respetivo agregado familiar⁵.

Deverá o Direito do Trabalho contemporizar com estas declarações abdicativas? Deverão os tribunais reconhecer-lhes virtualidades extintivas dos créditos dos trabalhadores? Francamente, não nos parece. Até porque importa não descurar um outro dado, resultante do nosso ordenamento jurídico-laboral e da forma como este regula a matéria da prescrição dos créditos laborais. Com efeito, resulta da lei que o trabalhador terá o direito de se dirigir a tribunal, para reclamar os seus créditos, salariais e não apenas, no prazo de um ano, contado a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho. Esta regra legal, tradicional no nosso ordenamento, encontra hoje expressa consagração no art. 337.º do CT. Ora, o objetivo desta regra consiste, precisamente, em dar ao trabalhador algum tempo, após a extinção do contrato, para verificar se foi pago tudo aquilo a que ele tinha direito e para, se assim o entender, vir reclamar judicialmente o pagamento daquilo que se encontra em falta. E, como é óbvio, este desiderato legal será completamente frustrado se forem tidas como válidas as declarações do trabalhador, aquando da cessação do contrato, no sentido de que renuncia a todos

5. Chamando a atenção para este ponto, o da normal impossibilidade de o trabalhador aguardar pelo resultado de um litígio judicial, o natural intuito do trabalhador de obter a vantagem de uma cobrança segura e imediata dos (de alguns dos) seus créditos, pressionado pela necessidade económica em que se encontra, o que contribui para que ele emita a declaração abdicativa, isto é, para que subscreva a declaração previamente redigida pelo empregador, *vide*, por todos, a clássica obra de Américo Plá Rodríguez (2015). Como o Autor refere, a entidade empregadora usa, amiúde, “essa modalidade subtil de coação, que é a chamada pressão económica», para obter o assentimento do ex-trabalhador” (Rodríguez, 2015, p. 182-183).

os demais créditos que eventualmente possua sobre o empregador. Por esta via, o direito resultante, para o trabalhador, do art. 337.º do CT – o direito de dispor de um ano para reclamar créditos laborais que entenda subsistirem – será esvaziado.

Pelo que, em jeito de síntese conclusiva, diremos: tanto a ideia segundo a qual, uma vez terminada a relação laboral, o trabalhador se converte num credor do ex-empregador igual a qualquer outro, como a ideia segundo a qual, a partir desse momento, como que do dia para a noite, os créditos salariais perdem os seus atributos, deixando de desempenhar a função alimentar que lhes é característica, têm muito que se lhes diga. E, estávamos convictos, mereciam ser revisitadas e reponderadas pela jurisprudência e pelo próprio legislador.

4. Da bondade de uma alteração legislativa

Entretanto, foi aprovada pelo parlamento a chamada “agenda do trabalho digno”, contendo um leque bastante alargado de alterações às nossas leis do trabalho, máxime ao CT. A nosso ver, uma das alterações mais relevantes consistiu no aditamento de um novo n.º 3 ao art. 337.º do CT, com o seguinte teor: «Os créditos do trabalhador, referidos no n.º 1, não são suscetíveis de extinção por meio de remissão abdicativa, salvo através de transação judicial».

Trata-se de uma alteração que pode contrariar uma prática empresarial que se foi implantando entre nós, consistente em, aquando da cessação do contrato, o trabalhador subscrever um qualquer documento através do qual declara “renunciar a qualquer outro direito que tenha, ou possa ter, sobre a entidade empregadora”, “nada mais ter a exigir da entidade empregadora”, “estar pago de tudo quanto lhe era devido e abdicar de qualquer outra importância”, etc⁶. Como se disse, e em geral, estas afirmações vinham contado com bastante tolerância por parte dos nossos tribunais,

6. Nas palavras de Joana Vasconcelos (2023, p. 144), “esta opção legislativa inviabilizou a prática, muito difundida e amplamente aceite na jurisprudência, de atribuir a tais declarações, se emitidas após a extinção de um contrato de trabalho (ou ainda antes, se inseridas num acordo de cessação do mesmo), um propósito abdicativo por parte do trabalhador, que teria como efeito a extinção dos créditos laborais neles visados (quer dos especificados, quer dos referidos de forma indiscriminada) e a consequente liberação do empregador”.

com base no argumento, altamente discutível, de que, como o contrato de trabalho terminou ou está em vias de terminar, a subordinação jurídica do trabalhador em relação ao empregador também acabou ou está em vias de acabar e, daí, o trabalhador deveria ser tratado como qualquer outro credor, podendo, como tal, dispor livremente dos seus direitos, inclusive renunciando aos mesmos perante o empregador, através das ditas “remissões abdicativas”.

Pela nossa parte, não hesitamos em considerar que aquela é, seguramente, uma das alterações normativas mais positivas trazidas pela “agenda do trabalho digno”⁷. É claro que a preocupação do legislador, ao aditar este n.º 3 ao art. 337.º do CT, não se centrou na conciliação judicial, não se focou numa eventual transação feita no tribunal, quando o trabalhador está assistido por um advogado e sabendo-se que a tentativa de conciliação é presidida por um juiz, visando obter um “acordo equitativo”, como se lê no art. 51.º, n.º 2, do Código de Processo do Trabalho (CPT). Não. A preocupação do legislador situa-se num outro ponto, num outro local, num outro momento, a montante de qualquer ação judicial. A preocupação da lei centra-se, crê-se que com inteira justiça, no espaço da empresa e no momento em que o contrato de trabalho que liga um trabalhador ao seu empregador está em vias de se extinguir ou acabou de se extinguir. É aí e é então que, amiúde, o empregador solicita/exige que o trabalhador, ao receber algumas importâncias a que tem direito, tais como o salário relativo ao último mês de trabalho prestado, assine a dita declaração de remissão abdicativa, renunciando a todos os demais direitos que eventualmente possua em relação à sua ex-entidade empregadora.

O que a nova regra pretende, e bem, é evitar que, através deste tipo de declarações – extorquidas a um (ex-)trabalhador não raras vezes fragilizado pela perda do emprego, muitas vezes mal

7. Se nos é permitida uma nota mais pessoal, confessamos que esta é uma questão que muito – e há muito – nos tem preocupado, como facilmente o leitor mais curioso atestará pela leitura da nossa dissertação de mestrado, apresentada em 1990, defendida em provas públicas em 1991, na FDUC, e publicada em 1993 – “A Protecção do Salário”, *sep. do vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Três décadas volvidas, o ordenamento jurídico move-se, nesta matéria. O que nos permite dizer: mais vale tarde do que nunca!

informado, que carece, por vezes com urgência, de receber aquela verba que o empregador lhe está a disponibilizar (contanto, é claro, que o trabalhador assine a tal declaração de remissão abdicativa...) – , esse trabalhador acabe por renunciar a direitos que, amiúde⁸, lhe são conferidos por normas imperativas e fique, por via disso, impedido de vir a demandar judicialmente o seu (ex-)empregador. O problema, repete-se, não está na conciliação judicial, o problema situa-se a montante, está em garantir que o trabalhador conserva intacto o direito de, no prazo legal – um ano após o dia seguinte ao da cessação do contrato, como decorre do n.º 1 do art. 337.º do CT – se dirigir ao tribunal, para tentar fazer valer os seus direitos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação.

A conciliação, por muito vantajosa que se mostre, não é, aqui, o valor primacial. O valor que importa salvaguardar é representado pelos direitos do trabalhador, muitos deles, aliás, com o estatuto jurídico-constitucional de direitos fundamentais (como sucede, desde logo mas não apenas, com o direito ao salário), evitando que os mesmos se esfumem mediante simples declaração emitida (*rectius*: subscrita) pelo trabalhador, no cenário acima esboçado. Pela nossa parte, nada temos a opor a um sistema que viabilize transações judiciais, feitas de concessões recíprocas em torno de direitos controvertidos, sob a égide de um juiz e com o trabalhador a ser assessorado por um advogado. Mas, *first things first!* Para que isto possa suceder, importa manter vivos os direitos desse trabalhador enquanto os mesmos não prescrevem, o que passa pela necessidade de combater a praga das “remissões abdicativas” que se espalhou na nossa *praxis* empresarial.

A nova norma torna nulas, sem dúvida, as declarações emitidas ou subscritas pelo trabalhador, na vigência do contrato,

8. Amiúde, mas, cumpre notar, nem sempre. O n.º 3 do art. 337.º veda a remissão abdicativa, seja em relação a créditos do trabalhador que lhe sejam conferidos por normas imperativas (da lei ou da convenção coletiva), seja mesmo em relação a créditos provenientes do seu contrato individual de trabalho, o qual, como é sabido, pode estabelecer condições mais vantajosas do que as previstas naquelas normas laborais. Em tese, a irrenunciabilidade destas vantagens de origem contratual é tema mais discutível, mas o nosso legislador optou por não distinguir neste ponto, submetendo todos os créditos dos trabalhadores, qualquer que seja a sua fonte, ao mesmo regime proibitivo, em matéria de renúncia.

aquando da sua cessação ou mesmo após a sua cessação, através das quais este renuncia a um crédito seu que sabe existir, que acredita existir ou mesmo de cuja existência duvida (e, por conseguinte, para o caso de o crédito existir). A fronteira temporal antes traçada pela jurisprudência, que admitia, por via de regra, as “renúncias pós-contratuais”, deixa de relevar. Mas isto não significa que a nova norma proibitiva não possua limites, no que ao seu âmbito de aplicação diz respeito. Aliás, a letra da lei é clara a este respeito: a lei ressalva a possibilidade de ocorrer uma remissão através (e só através) de transação judicial. O âmbito, dir-se-ia, espácio-temporal da norma proibitiva é, pois, extrajudicial. Se, entretanto, o trabalhador resolver intentar uma ação judicial para reclamar direitos de que ainda se considere titular, o que depois suceder, em tribunal, já está fora das preocupações e do alcance da norma.

Vale isto por dizer que a nova norma não impede que o litígio judicial seja resolvido por via de conciliação entre as partes, a qual, como é sabido, desemboca, frequentemente, numa transação. Nos termos do art. 1248.º, n.º 1, do CC, «transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões». O fim deste contrato é, portanto, o de prevenir ou terminar um litígio – falando-se, no primeiro caso, em transação preventiva ou extrajudicial (art. 1250.º do CC) e, no segundo, em transação judicial. Essencial é que exista uma controvérsia entre as partes, tendo a transação por objeto recíprocas concessões, não havendo aqui, nem desistência plena, nem reconhecimento pleno do direito.

Em matéria juslaboral, a transação judicial resulta, frequentemente, da conciliação entre as partes. Esta última é uma figura distinta da transação, mais abrangente e muito valorizada pelo nosso CPT (arts. 51.º a 53.º), sendo que, na prática, a conciliação se traduz, por via de regra, numa transação. Ou seja, a conciliação pode redundar numa transação judicial e nesta pode ser realizada uma remissão (Coelho, 1995, p. 26), uma renúncia aos créditos ou a parte deles pelo trabalhador, a troco de algumas concessões por parte da entidade empregadora. O legislador revela “tolerância zero” para a remissão abdicativa realizada na empresa, fora das paredes do tribunal, na vigência do contrato ou mesmo após a sua cessação, por um

trabalhador isolado, não assistido por um advogado, sem a presença de um juiz, etc. Mas o legislador deixa de se opor à transação (e, logo, a uma eventual remissão) se esta resultar de conciliação judicial, não se vislumbrando razões válidas para, nesta sede, impedir uma transação, em que as partes componham os seus interesses, sob a supervisão do juiz e mediante concessões recíprocas.

Pelos motivos expostos, é claro que a única exceção à regra proibitiva da remissão abdicativa é aquela que diz respeito à transação *judicial*. Tal remissão já não poderá ocorrer em sede de transação preventiva ou extrajudicial. É certo, por outro lado, que a transação tem limites, havendo matérias insuscetíveis de transação, designadamente aquelas a que se refere a 1.ª parte do art. 1249.º do CC, norma segundo a qual “as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor”⁹. Tratando-se de direitos indisponíveis, a lei não permite, pois, que haja transação relativamente aos mesmos. E agora, com o novo n.º 3 do art. 337.º do CT, não há dúvida de que os créditos do trabalhador passam a constituir direitos irrenunciáveis...

Importa, em qualquer caso, não confundir *irrenunciabilidade* com *indisponibilidade*. Com efeito, um direito é tido como indisponível quando o seu titular não se possa desligar dele, analisando-se a disponibilidade, basicamente, nas faculdades de a ele renunciar ou de o transmitir a outrem. Assim, para transmitir um direito, o titular do mesmo também utiliza a faculdade de disposição inerente a este, faculdade que, portanto, se compõe das sub-faculdades de a ele renunciar e de o ceder. Ora, como é sabido, os créditos do trabalhador referidos no n.º 1 do art. 337.º – créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação – podem, em regra, ser objeto de cessão a terceiros, com exceção dos créditos de natureza retributiva, na parte impenhorável, conforme resulta do disposto no art. 280.º do CT.

Destarte, com a ressalva da parte impenhorável do crédito salarial – que, esta sim, me parece corresponder a um direito

9. Na mesma linha, estabelece o art. 289.º, n.º 1, do Código de Processo Civil que não é permitida transação que importe a afirmação da vontade das partes relativamente a direitos indisponíveis.

indisponível, porque irrenunciável e insuscetível de cessão –, os demais créditos do trabalhador não são, em bom rigor, direitos indisponíveis e não estão, por essa via, subtraídos de uma possível transação judicial que sobre eles incida. A nova norma proibitiva da remissão abdicativa dos créditos laborais do trabalhador, que se aplaude sem reservas, deve, como todas as normas, ser objeto de uma cuidada tarefa interpretativa, que a faça valer lá onde e quando a mesma se justifica. A remissão, efetuada no âmbito de uma transação judicial, em sede de conciliação, não é vedada pela nova norma – exceto, crê-se, naquilo que diga respeito à parte impenhorável do crédito salarial, parte insuscetível de renúncia e de cessão e, portanto, parte correspondente a um direito indisponível.

Frise-se, no entanto, que isto não prejudica o facto de, na lição de Orlando de Carvalho (2012, p. 150), “todo o direito subjetivo ser, em princípio, um direito ao dispor de estar na disponibilidade do titular, ao menos enquanto o seu exercício e a sua defesa implicam a sua cooperação”. Com efeito, no direito subjetivo (inclusive no direito de crédito) a proteção jurídica não é imposta ao titular sem a sua cooperação, na medida em que a garantia jurídica supõe uma atividade a isso dirigida pela pessoa que se garante. Assim, mesmo perante um direito subjetivo totalmente indisponível – irrenunciável e incessível – sempre subsiste, *hoc sensu*, um mínimo de disponibilidade, pois ele carece de ser atuado, exercitado pelo seu titular, sem o que não passa do puro plano ideal.

5. Insusceptibilidade de remissão = desincentivo à revogação?

Algumas vozes se têm levantado, argumentando que a nova norma relativa à insusceptibilidade de extinção dos créditos do trabalhador por meio de remissão abdicativa acabaria por produzir efeitos práticos nefastos, sobretudo em sede de cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo (o chamado “distrato”), pois, alega-se, o n.º 3 do art. 337.º do CT desincentivaria as entidades empregadoras de apostarem na revogação do contrato. Com razão? Vejamos.

“O empregador e o trabalhador podem fazer cessar o contrato de trabalho por acordo”, lê-se no art. 349.º, n.º 1, do CT. Com

efeito, a qualquer momento, em qualquer modalidade de contrato de trabalho, por qualquer razão e sem necessidade de apresentação de qualquer motivo para a rutura, o empregador e o trabalhador podem proceder à revogação bilateral do vínculo jurídicolaboral (distrato, mútuo dissenso). O acordo de vontades que deu vida ao contrato de trabalho pode, pois, renovar-se, agora com o fito de pôr fim a este contrato. A cabal compreensão do papel desempenhado pelo acordo revogatório, enquanto mecanismo extintivo da relação jurídicolaboral, requer, contudo, que se tenha uma visão de conjunto sobre as diversas formas de cessação do contrato de trabalho admitidas pelo ordenamento português e reguladas pelo CT. Ora, a este propósito, é necessário não esquecer que toda esta matéria é fundamentalmente enformada por dois princípios constitucionais de extrema relevância – o princípio da segurança no emprego e o princípio da liberdade de trabalho e profissão. Aquele princípio significa, desde logo, que a doutrina do *employment at will* não vigora no nosso país: o empregador não pode despedir o trabalhador quando entender e pelas razões que entender, existem significativas limitações, de índole substantiva e adjetiva, à rutura contratual desencadeada pelo empregador, sendo ainda certo que, em caso de violação daqueles requisitos de ordem substantiva ou adjetiva, o tribunal poderá ordenar a reintegração do trabalhador ilicitamente despedido, repondo o contrato em vigor mesmo contra a vontade do empregador. Já o princípio da liberdade de trabalho e profissão tem como corolário lógico que o trabalhador, até pela nota eminentemente pessoal que caracteriza a sua prestação, deverá usufruir de uma apreciável margem de liberdade no tocante à extinção unilateral do contrato de trabalho.

O que se escreve *supra* implica que na análise da revogação bilateral do contrato de trabalho deva ser ultrapassada uma perspetiva puramente civilista da figura. Mais do que a um mero distrato, assistimos aqui a um autêntico *despedimento negociado*, significando isto que, no nosso ordenamento, a revogação do contrato tende a funcionar como verdadeira válvula de escape ao serviço do empregador. Com efeito, se o empregador não é livre de, por sua iniciativa unilateral e com base em razões insindicáveis,

despedir o trabalhador, mas se isso mesmo já poderá suceder caso a iniciativa da rutura provenha do trabalhador, então é lógico que a revogação por acordo surja como um expediente técnicojurídico altamente atrativo para aquele, permitindolhe, a um tempo, superar as dificuldades materiais e tornear as incomodidades procedimentais ligadas ao despedimento, de forma expedita.

Tudo isto explica que, na prática, a proposta de acordo revogatório provenha, sistematicamente, do empregador, o interesse em alcançar tal acordo seja, quase invariavelmente, do empregador, as pressões nesse sentido recaiam, não raro, sobre o trabalhador etc. Repetese: de um ponto de vista substancial, na economia da relação juslaboral, a revogação do contrato (cessação por acordo) surge, mais do que como um anódino distrate, como um genuíno despedimento negociado. De resto, a exigência de forma escrita formulada pelo n.º 2 do art. 349.º do CT, a mais de facilitar a prova do acordo de cessação, constitui uma eloquente expressão daquele que é o principal objetivo prosseguido pela disciplina jurídica da revogação do contrato de trabalho: a tutela do trabalhador e da própria estabilidade do vínculo laboral, procurando assegurar que a sua vontade se forma de modo livre, esclarecido e ponderado.

No documento escrito que, obrigatoriamente, titula o acordo revogatório poderão ser previstos outros efeitos, para além daquele que é o efeito característico do acordo – o de extinguir o vínculo juslaboral. As partes poderão, por exemplo, estabelecer um pacto de não concorrência, assim como poderão – é o que normalmente sucede – prever o pagamento ao trabalhador de uma compensação pecuniária, pelo fim do contrato ou pela perda do emprego, bem como os termos em que essa compensação deverá ser paga (pagamento em prestações, por exemplo). Ora, o n.º 5 do art. 349.º do CT refere-se, precisamente, à chamada *compensação de fim de contrato*, tantas vezes acordada entre as partes aquando da revogação do mesmo. Não sendo esta uma compensação devida *ex vi legis*, a grande frequência com que, na prática, é estipulada deve-se ao facto de ela surgir como uma espécie de “preço do despedimento negociado”. Com efeito, se o acordo revogatório é, como já tivemos oportunidade de verificar, um autêntico despedimento negociado, então pode dizer-se que a

compensação pecuniária será o preço a pagar pelo empregador ao trabalhador para que as negociações cheguem a bom porto.

Sucedo que este n.º 5 se refere à compensação de fim de contrato em termos cuja bondade é muito discutível. Na verdade, aí se pode ler que, sendo estabelecida uma compensação pecuniária global para o trabalhador, «presumese que esta inclui os créditos vencidos à data da cessação do contrato ou exigíveis em virtude desta». Tratase, pois, inequivocamente, de uma *presunção legal*, e de uma *presunção legal* que opera em benefício do empregador. Na ausência desta disposição legal, o estabelecimento de uma compensação pecuniária para o trabalhador em nada interferiria com o pagamento dos restantes créditos que lhe fossem devidos por força do contrato (salários em atraso, pagamento de horas suplementares ou noturnas, etc.) ou da sua cessação (retribuição e subsídio de férias, subsídio de Natal, etc.). A compensação pecuniária seria um *plus*, algo que acresceria àquilo que, repetese, o trabalhador sempre teria direito em função do contrato e/ou da respetiva cessação.

Acontece que o estabelecimento desta *presunção legal* vem modificar os dados do problema, pois ao ser estipulada uma compensação pecuniária de natureza global para o trabalhador (facto conhecido) a lei retira a ilação de que no respetivo montante já vão incluídos e liquidados os restantes créditos do trabalhador (facto desconhecido). Ao imputar estes créditos na compensação a lei fragilizaos e, digase, potencia surpresas sobremaneira desagradáveis para o trabalhador. Com efeito, enquanto declaratório normal e pouco versado em subtilidades jurídicas, o trabalhador a quem seja proposta uma compensação pecuniária de x em caso de revogação do contrato tenderá a pensar que, aceitando a proposta patronal, terá direito a receber x (valor da compensação) mais y (salários em atraso) e z (montante relativo a créditos de formação sucessiva, como férias ou subsídio de Natal). A lei, porém, presume que x já engloba y e z , o que, até tendo em atenção a função alimentar desempenhada pelo salário, parece dificilmente sustentável, não deixando esta *presunção* de suscitar alguma perplexidade.

A *presunção legal* encontrase, todavia, firmemente ancorada no n.º 5 deste preceito. Assim sendo, a pergunta seguinte adivinha-

se: tratar-se-á de uma presunção relativa ou absoluta, *juris tantum* ou *juris et de jure*? A presunção legal inverte o *onus probandi*, admitindo-se, contudo, que o trabalhador a venha ilidir mediante prova em contrário? Ou a presunção é irrefragável, nada podendo o trabalhador fazer contra ela? Estamos convictos de que, se a própria presunção *juris tantum* já constitui uma relativa maldade para com o trabalhador, a presunção *juris et de jure* constituiria uma maldade absoluta, ou, se se preferir, uma dupla maldade, não justificada pelos valores juslaborais em jogo (proteção do trabalhador enquanto contraente débil, proteção do salário atenta a sua nota alimentar...) nem pelos princípios civilísticos sobre o caráter das presunções legais (recordese que, conforme indica o art. 350.º, n.º 2, do CC, as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir). Neste caso, é manifesto que a lei não proíbe tal ilisão, pelo que ao trabalhador deverá ser admitida a prova de que, apesar de ter sido estabelecida uma compensação pecuniária de natureza global, as partes não pretenderam incluir nesta os demais créditos emergentes do contrato de trabalho ou da sua cessação.

Seja como for, o certo é que a presunção legal existe, beneficia o empregador devedor e, mesmo quando seja considerada uma presunção relativa, as dificuldades probatórias experimentadas pelo trabalhador revelarseão, em boa parte dos casos, insuperáveis. Ou seja, em sede de revogação, a entidade empregadora já goza de uma forte proteção legal, traduzida na presunção vertida no n.º 5 do art. 349.º do CT, pelo que, dir-se-ia, *nesta sede a entidade empregadora não precisa que o trabalhador renuncie a créditos que possua sobre o empregador, via remissão abdicativa, porque a referida presunção legal acabará por funcionar e conduzirá, por outra via, a que o trabalhador não tenha grandes chances de reclamar quaisquer outros créditos de que entenda ser titular sobre o empregador, dado que tais créditos foram, presumivelmente, incluídos na – e liquidados através da – “compensação pecuniária global” adrede estabelecida.*

Diríamos mesmo mais: a solução vertida no novo n.º 3 do art. 337.º, lida em conjunto com a presunção consagrada no n.º 5 do art. 349.º, pode até acabar por representar um verdadeiro reforço, isto

é, um incentivo suplementar no sentido de as entidades empregadoras recorrerem à revogação do contrato e não a outras formas de cessação do vínculo (desde logo, ao despedimento), dado que, em sede de revogação, os seus interesses, no que à extinção dos demais créditos do trabalhador diz respeito, são consideravelmente acautelados pela presunção vertida na lei.

6. Remissão ou quitação?

Importa frisar, por último, que nem sempre as declarações em apreço, emitidas ou subscritas pelo trabalhador, se analisam numa renúncia/remissão. Na verdade, a renúncia é um negócio jurídico. A remissão da dívida assume mesmo, no nosso ordenamento, a natureza de negócio jurídico bilateral (segundo o art. 863.º do CC), pelo que, enquanto contrato, pressupõe um certo conteúdo intelectual e volitivo, ou seja, (i) pressupõe que o credor conhece o seu direito, tem consciência da sua existência, sabe que ele ainda se encontra insatisfeito, e (ii) pressupõe, também, que o credor quer extinguir esse crédito, tem vontade de o abandonar, de dele se demitir. Como escreve Vaz Serra (1954, p. 80), “a vontade de remitir supõe que o credor conhece a existência da dívida (...) ou que o credor tem dúvidas acerca da existência da dívida e quer remiti-la para o caso de existir”. Em suma, a remissão postula uma verdadeira e própria declaração de vontade (como é sabido, os efeitos dos negócios jurídicos produzem-se *ex voluntate*), a remissão, na fórmula de Francisco Pereira Coelho (1995, p. 25), consiste numa “disposição extintiva do crédito.”

Acontece que nada disto se passa, por vezes, com as chamadas “declarações liberatórias”. Ao contrário: amiúde o trabalhador emite-as porque desconhece, e apenas porque desconhece, a existência de qualquer crédito seu ainda por satisfazer. Destarte, *ao declarar nada mais ter a exigir da entidade patronal, ele não pretende extinguir o seu crédito, ele julga que o seu crédito já se encontra extinto* (ele pensa, por exemplo, que o respetivo salário já foi integralmente pago). Não há aqui, portanto, a mínima intenção de renunciar ao que quer que seja — não estamos, afinal, perante uma *declaração de vontade*, mas antes perante uma mera *decla-*

ração de ciência, declaração esta que poderá ser fundada ou não, mas que estará despojada, enquanto tal, de qualquer relevância ou significado dispositivo.

Perguntar-se-á então: quando o trabalhador declara que “se considera pago de tudo quanto lhe era devido”, ou que “recebeu todas as importâncias que lhe eram devidas”, que significado tem isto? Caso não se analisem numa renúncia, serão estas declarações totalmente irrelevantes? E, se o não forem, qual será o seu valor jurídico? A nosso ver, aquelas declarações do trabalhador, não implicando embora a extinção dos seus créditos ainda insatisfeitos, nem por isso são juridicamente irrelevantes, pois não deixam de produzir algumas consequências no tocante à respetiva prova — seja vendo nas referidas declarações uma quitação *sui generis* (concedendo ao empregador-devedor um meio de provar que cumpriu), seja vendo nelas um reconhecimento negativo de dívida (invertendo o *onus probandi* do cumprimento da obrigação, sendo ao trabalhador-credor que passa a incumbir a prova do não cumprimento).

Seguro parece, qualquer que seja a via de abordagem escolhida, que estas declarações liberatórias podem repercutir-se no plano probatório, onerando a posição do respetivo emitente (o trabalhador) nesse plano. À jurisprudência caberá, sem dúvida, um importante papel na tarefa de avaliar, em cada caso concreto, o peso probatório que deverá ser conferido a tais declarações. Julga-se, ainda assim, que o respetivo peso probatório tenderá a ser diminuto, e isto por várias razões:

i) Em primeiro lugar, dada a função alimentar desempenhada pelo principal crédito do trabalhador, o direito ao salário, a qual aconselha um regime restritivo no que toca à prova do cumprimento da obrigação retributiva (*rectius*, um regime que dificulte ao empregador a prova de pagamentos que, afinal, não efetuou);

ii) Em segundo lugar, dada a complexidade estrutural do próprio salário (a chamada “selva retributiva”, expressão com a qual se pretende aludir à extensa e cada vez mais diversificada tipologia de atribuições patrimoniais constitutivas do

salário)¹⁰, a qual explica as dificuldades frequentemente encontradas pelo trabalhador para saber se todos os seus créditos foram ou não satisfeitos, justificando o seu erro;

iii) Em terceiro lugar, porque o próprio legislador se mostrou sensível à densidade de tal “selva retributiva”, exigindo que a entidade empregadora entregue ao trabalhador um documento (o chamado “boletim de pagamento”) onde constem, de forma discriminada, as importâncias pagas e os descontos efetuados (art. 276.º, n.º 3, do CT); com efeito, parece evidente que, com esta especial exigência, a lei procurou conferir ao trabalhador um meio para este poder eficazmente controlar, *a posteriori*, a exata medida em que os seus créditos estão (in)satisfeitos — objetivo que, no entanto, resulta comprometido cada vez que o trabalhador, no preciso momento em que recebe a prestação, declare tudo estar satisfeito, nada mais ter a exigir do empregador, ou fórmula similar.

iv) Em quarto lugar, dada a circunstância de o credor se encontrar, neste campo, jurídica e economicamente dependente do devedor, com os reflexos psicológicos daí advenientes (o que explica que o trabalhador sinta muitas vezes dificuldades em resistir à solicitação do empregador para que emita tais declarações, mesmo quando não está inteiramente seguro da efetiva satisfação de todos os seus créditos);

v) Em quinto lugar, nos casos de cessação do contrato, é sabido que há diversos direitos de formação sucessiva do trabalhador que se vencem nesse momento (relativos a férias ou a subsídio de Natal, por exemplo), assim como, não raro, a cessação do vínculo confere ao trabalhador créditos de natureza compensatória ou indemnizatória (compensação pela caducidade de contrato a termo, por despedimento coletivo, por extinção de posto de trabalho ou por inadaptação, indemnização por reso-

10. Prestações salariais e não apenas, visto ser conhecida toda uma panóplia de prestações patrimoniais atribuídas ao trabalhador que, todavia, ao menos em princípio, não integram a respetiva retribuição (ajudas de custo, abonos diversos, gratificações, subsídio de refeição, etc.). Tudo isto torna o panorama, neste domínio, particularmente complexo para o credor de tais prestações, o trabalhador. Declarar, com acerto e segurança, que tudo aquilo que lhe era devido foi já pago constitui, por isso, uma afirmação algo arriscada, se não mesmo temerária.

lução contratual com justa causa ou por despedimento ilícito, etc.) cujo montante o trabalhador, por regra, não conhecerá com o mínimo de rigor aquando da rutura contratual.

Ou seja, há bons motivos para que o tribunal não deposite grande fé na “declaração de ciência” emitida pelo trabalhador, no sentido de que já se encontra pago de tudo aquilo a que teria direito. A mais de faltar efetiva liberdade, *falta ciência ao trabalhador, em regra, para emitir ou subscrever, com verdade, de forma consciente e esclarecida, tal declaração*, pelo que o tribunal, procedendo segundo as regras da experiência, não deverá atribuir à mesma grande peso probatório.

Referências

CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COELHO, Francisco Pereira. A renúncia abdicativa do Direito Civil. Boletim da Faculdade de Direito, **Studia Iuridica**, Coimbra, n. 8, 1995, p. 26-48.

LEITE, Jorge. **Direito do Trabalho**. Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito, Coimbra, 1989.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344 de 25 de novembro de 1966**. Código Civil Português. Disponível em: < <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075> >. Acesso em: 02 out. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 480 de 09 de novembro de 1999**. Código de Processo do Trabalho Português. Disponível em: < <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1999-34575575> >. Acesso em: 03 set. 2023.

PORTUGAL. **Lei n.º 7 de 12 de fevereiro de 2009**. Código do Trabalho Português. Disponível em: < <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475> >. Acesso em: 02 out. 2023.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**, 3 ed. São Paulo: LTr, 2015.

ROUXINOL, Milena; VICENTE, Joana. Atividades sazonais e remissões radicais – por rios já dantes (mas não suficientemente) navegados. **Questões Laborais**, n. 61, 2022, p. 7-49.

SERRA, Vaz. Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral, **Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 43, 1954, p. 80.

VASCONCELOS, Joana. **O contrato de trabalho** – 100 questões. 7 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2023.

PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO DIGITAL

PRINCIPLES OF DIGITAL LABOR PROCEDURE

Konrad Saraiva Mota¹

Resumo

O artigo tem como objeto apresentar uma nova principiologia para o processo do trabalho na chamada “Era Digital”. Para tanto, novos princípios foram identificados, levando em consideração a influência da tecnologia no direito processual do trabalho. Outros princípios sofreram apenas adequações, uma vez que já existentes no sistema processual trabalhista, porém exigem uma releitura para se acomodarem à nova realidade do processo laboral digital.

Palavras-Chave: Processo do trabalho; princípios; era digital

Abstract

The paper aims to present a new set of principles for the labor process in the so-called “Digital Age”. To this end, new principles have been identified, considering the influence of technology on procedural labor law. Other principles have only been adapted, since they already exist in the labor procedural system, but require a re-reading to accommodate the new reality of the digital labor process.

Keywords: Labor process; principles; digital age

Introdução

Durante anos, os princípios foram considerados meros pos-

1. Juiz do Trabalho Titular da 8ª Vara do Trabalho de Fortaleza. Doutor em Direito do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional. Professor Universitário.

tulados morais, sem qualquer densidade normativa². Aos poucos, ganharam juridicidade e, hoje, estão alçados a patamar normativo, dividindo com as regras o *status* de norma jurídica³. Os princípios desempenham diversas funcionalidades. Desde a inspiração necessária ao legislador para a positivação da norma, até a interpretação e aplicação dessa mesma norma. Nada, porém, é mais destacável nos princípios do que sua capacidade de conferir identidade a um determinado ramo do Direito.

Todo ramo do Direito que se pretende autônomo possui uma principiologia própria. O Processo do Trabalho também tem a sua, construída ao longo de décadas. O problema é que os princípios processuais consagrados pelo Processo do Trabalho foram concebidos dentro de um modelo analógico de processo, que ainda não reconhecia os elementos inerentes ao processo digital.

É preciso, pois, investigar se o Processo do Trabalho está de portas abertas para uma nova principiologia processual, dialogando com outras fontes para, num sinal de maturidade normativa, adaptar sua principiologia à Era Digital, sem perder de vista a autonomia conquistada.

1. O processo do trabalho está de portas abertas para uma nova principiologia processual?

Tentar desenvolver uma nova principiologia para certo ramo do Direito é algo que exige cautela. Os princípios compõem a essência daquele segmento específico, que corre o risco de desnaturação com a chegada de outra matriz principiológica. Entretanto, a realidade é dinâmica e há circunstâncias que não podem ser ignoradas.

É consenso na Doutrina que o Processo do Trabalho possui uma razoável quantidade de princípios específicos. Carlos Henrique Bezerra Leite (2021), por exemplo, fala nos princípios da proteção processual, da finalidade social, da efetividade social, da busca da verdade real, da indisponibilidade, da conciliação e da normati-

2. Conforme sustentou Kelsen na “Teria Pura o Direito”

3. Nesse sentido, Robert Alexy, na sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

zação coletiva. Mauro Schiavi (2018), por sua vez, acrescenta ao rol os princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade.

Cada um dos princípios citados representa um aspecto relevante do Direito Processual do Trabalho e exerce seu papel dentro do sistema. Aliás, a teoria dos sistemas talvez ofereça uma resposta adequada para a intercomunicação entre princípios novos e antigos. Para tanto, recorreremos à Doutrina de Niklas Luhmann (2010).

O ponto de partida é enxergar o Processo do Trabalho como um sistema. Nesta condição, possui seus elementos e seus limites. Os princípios tradicionais aparecem como elementos indissociáveis do sistema e, por consequência, integram sua estrutura. Se nós simplesmente retirarmos do sistema seus elementos estruturais, a estrutura irá ruir.

Acontece que o Direito, como qualquer sistema social complexo, é vivo e dinâmico. Tem aptidão para reproduzir internamente seus próprios elementos (autopoiese), mas também interage como o meio. Nessa interação, é fundamental encontrar a abertura sistêmica adequada para receber novos elementos.

É aí que entra a seletividade sistêmica. O Processo do Trabalho, ao funcionar como sistema receptor de outros elementos, deverá ser seletivo. Se bem realizada, a seletividade permitirá que os princípios estruturais originários não sejam abalados com a chegada dos novos princípios. A seletividade agirá como uma espécie de filtro, decantando os elementos intercomunicativos. Assim, o Processo do Trabalho poderá abrir suas portas para novos princípios sem que isso atente contra sua autonomia, tampouco comprometa sua estrutura essencial.

Evidente que os princípios originários precisarão se adaptar a presença dos novos princípios. Nesse sentido, o Processo do Trabalho precisará ser plástico e permeável, inclusive do ponto de vista hermenêutico, reconfigurando sua moldura sem dissolver seus pilares de sustentação. Por isso a necessidade de reforçar a autonomia principiológica do Processo do Trabalho, de maneira que o diálogo com novos princípios seja um claro sinal de maturidade normativa.

2. Princípios do processo do trabalho digital

É chegado o momento de estudarmos os princípios do Processo do Trabalho Digital. Alguns são resultado de adaptações, outros aparecem como novidade submetida ao filtro da seletividade sistêmica.

2.1. Princípio da imaterialidade processual

Para as ciências da natureza, matéria é tudo aquilo que possui massa e volume. A matéria tem, portanto, propriedades físicas incontestes. Já o imaterial não se manifesta fisicamente em um corpo ou objeto.

No Processo Digital, o princípio da imaterialidade está associado à forma como os atos processuais se expressam. Aquilo que antes se revelava fisicamente (petições, despachos, sentenças, recursos etc.), hoje é transformado em dados.

Camila Miranda de Moraes (2019, p. 203) sintetiza a ideia dizendo que “o processo imaterial é aquele que prescinde de um corpo, de uma forma física. O processo materializado seria o processo de papel, chamado também processo físico, porque veiculado em autos de papel”.

O processo deixa de ser um conjunto de atos físicos e passa a ser um conjunto de dados eletrônicos, alterando profundamente uma série de aspectos processuais, que vai desde o armazenamento dos dados, até o processamento e a segurança das informações. Por outro lado, a imaterialidade favorece a desterritorialização, a automação procedimental e o uso da inteligência artificial.

A imaterialidade processual traz consigo algumas características importantes.

A primeira delas é a **intangibilidade** dos atos processuais. Por não terem componentes corpóreos, os atos processuais se tornam intangíveis, ou seja, não perceptíveis ao tato, intocáveis fisicamente.

Embora a intangibilidade possa trazer a sensação de que o processo não existe no mundo real, à medida em que os atos vão sendo operados em um ambiente amigável aos demais sentidos

humanos, conseguimos pôr em prática nossa capacidade cognitiva de projeção e visualização, suplantando a dificuldade inicial.

A segunda característica da imaterialidade processual reside na **intermedialidade**. Os dados eletrônicos somente serão perceptíveis para nossos sentidos se intermediados por algum mecanismo.

No Processo do Trabalho, o mecanismo de intermediação adotado foi o sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe), desenvolvido pelo CNJ em parceria com diversos Tribunais brasileiros e acolhido pela Justiça do Trabalho como plataforma oficial de tramitação digital.

A terceira característica da imaterialidade processual é a **conversibilidade**, ou seja, a qualidade de assumir uma estrutura flexível, que permite a conversão do material em imaterial e vice-versa.

Apesar de sua tramitação virtual, o processo eletrônico assemelha muito bem elementos do mundo corpóreo. Um documento físico pode ser facilmente digitalizado e inserido na plataforma eletrônica. Depoimentos e imagens coletadas fisicamente também podem instruir um processo virtual, assim como a apreensão de bens e outros atos essencialmente materiais. O caminho inverso também é possível, já que os autos eletrônicos podem ser impressos e, rapidamente, transformarem-se em autos físicos.

A quarta característica da imaterialidade é a **ubiquidade**. O processo digital é capaz de coexistir, concomitantemente, em vários lugares. Basta que o usuário tenha acesso à internet para acessá-lo onde quer que esteja.

A ubiquidade exige um novo olhar sobre os limites temporais e territoriais do processo digital, que não apenas pode ser operado em qualquer lugar que tenha cobertura de rede, como em qualquer dia e horário.

A quinta e última característica relevante da imaterialidade processual é a **dialogicidade**. O Processo Digital é dialógico, comunicativo. Ele interage com outros sistemas ancilares, redes e plataformas que utilizam a mesma linguagem algorítmica.

Hoje, é relativamente comum o PJe dialogar com sistemas auxiliares, como o Sistema de Sala de Audiência (AUD), o Sistema de

Cálculos Trabalhistas (PJe-Calc) e o Sistema de Armazenamento de Mídias (PJe Mídias), através de um processo de integração funcional.

Também é possível o diálogo com ferramentas que sequer foram concebidas com propósitos jurisdicionais, mas que podem facilitar as investigações e a busca de patrimônio dos reclamados. É o caso do Sistema de Registro Mercantil (SRM)⁴, Sistema Integrado de Administração dos Serviços Gerais (SIASG)⁵, Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS)⁶, Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC)⁷, entre outros com os quais o PJe consegue interagir.

2.2. Princípio da desterritorialização

O Processo do Trabalho sempre utilizou o lugar ou território como critério de distribuição de competência. O estabelecimento de limites geográficos para a atividade jurisdicional há muito tem sido visto como diretriz de eficiência e acessibilidade.

Acontece que a territorialização do processo na Era Digital pode estar com os dias contados.

O processo digital é imaterial e ubíquo, ou seja, não se expressa fisicamente e pode ser acessado em qualquer lugar. Estas características naturalmente relativizam o cenário tradicional de limitação territorial da Jurisdição, ampliando a perspectiva de foro e de circunscrição judicial.

A desterritorialização do processo digital é disruptiva em vários aspectos.

Em primeiro lugar, contribui para **economicidade** ao reduzir (ou eliminar) os espaços físicos dos Órgãos Jurisdicionais. “É

4. Antigo SIARCO. O sistema realiza a gestão de todo o processo de registro de empresas e atividades afins na Junta Comercial.

5. Sistema no qual são realizadas as operações de compras governamentais dos órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

6. Sistema destinado ao registro de informações relativas a correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como a seus representantes legais ou convencionais.

7. Sistema administrado pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal – CNB-CF – cuja finalidade é gerenciar banco de dados com informações sobre existência de testamentos, procurações e escrituras públicas de qualquer natureza, inclusive separações, divórcios e inventários lavradas em todos os cartórios do Brasil

provável que no futuro não seja mais necessário ter imóveis para o funcionamento das unidades judiciárias como hoje estamos habituados” (Moraes, 2019, p. 230).

Em segundo lugar, pode provocar uma **reconfiguração da noção de circunscrição territorial**. A distribuição geográfica da jurisdição, conforme a organização judiciária local, leva em consideração uma série de fatores. A economia do lugar, o potencial de litigiosidade, a distância dos grandes centros urbanos e a densidade populacional são alguns dos critérios utilizados para definir os limites territoriais de um órgão jurisdicional.

Tais critérios, apesar de importantes, têm pesos diferentes nas várias regiões do país. Não raro a distância dos grandes centros é colocada acima do potencial de litigiosidade, autorizando que Varas do Trabalho sejam instaladas em lugares com pouca demanda apenas pela dificuldade de acesso geográfico das partes e advogados.

A desterritorialização processual rompe completamente com esses critérios. Sem os limites geográficos, a força de trabalho jurisdicional pode ser redistribuída a ponto de permitir que todos os magistrados e servidores de um determinado Tribunal do Trabalho possam atuar, indistintamente, nos vários lugares abrangidos pelo Regional.

Talvez estejamos caminhando para uma Jurisdição Trabalhista unificada, que invista na acessibilidade digital e prime pela repartição equilibrada dos processos entre os Juízes e servidores, prestigiando a celeridade e a eficiência da tutela jurisdicional.

Finalmente, a quebra das limitações territoriais também favorece a **ampliação de uso das ferramentas de comunicação à distância**, como audiências telepresenciais, depoimentos por videoconferência e notificações por meios eletrônicos.

Passos importantes já foram dados em direção à desterritorialização processual pelo uso das novas tecnologias, com a assimilação legal dos depoimentos pessoais (art. 385, §3º, CPC) e testemunhais (art. 453, §1º, CPC) através de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, inclusive nas cartas precatórias inquiritórias.

2.3. Princípio da simplificação digital

A simplificação processual sempre foi a tônica do Processo do Trabalho. O caráter alimentar das obrigações que permeiam os conflitos trabalhistas certamente responde pela necessidade de simplificar as regras procedimentais, ampliando o acesso e facilitando a tutela judicial.

Simplificar o processo não significa esquecer o formalismo procedimental. A solenidade é inerente ao sistema processual, que precisa seguir uma liturgia bem definida para que as garantias processuais sejam respeitadas. Por outro lado, é perfeitamente possível relativizar o rigorismo formal para permitir uma resposta judicial eficiente e condizente com a especialidade do litígio.

O problema é que o Processo Digital carrega consigo uma pecha de hipercomplexidade que induz resistências muitas vezes infundadas. A **falácia da hipercomplexidade digital** tem duas causas.

A primeira delas reside na confusão entre **funcionamento** e **funcionalidade** do processo digital. O funcionamento de qualquer sistema eletrônico – fluxos, correntes, processadores e linguagens de programação – é algo que vai além do conhecimento médio das pessoas. São elementos que interessam especialmente àqueles que lidam diretamente com a Tecnologia de Informação (TI), trabalhando na estrutura, desenvolvimento e manutenção do sistema.

Os usuários do processo eletrônico não precisam entender o funcionamento, mas assimilar a funcionalidade. Esta está mais associada ao resultado prático da operação do que a operação em si.

Quando a perspectiva se desloca do funcionamento para a funcionalidade, a falácia da hipercomplexidade do processo digital cai por terra. Isto porque, a operacionalidade do sistema tende a ser intuitiva aos usuários. Enquanto ferramenta funcional, o processo eletrônico demanda uma operação facilitada à compreensão de pessoas comuns, sem conhecimento técnico avançado em informática ou TI.

A segunda causa da falácia da hipercomplexidade digital situa-se na **resistência natural dos seres humanos às mudanças**. Nossos comportamentos são programados para seguir padrões já

conhecidos. Quando mais obedecemos a esses padrões de comportamento, mais nos sentimos confortáveis e seguros.

Mudar um padrão de comportamento não é uma tarefa tranquila. Requer adaptação e esforço. Daí a necessidade de gerir a mudança, conhecendo suas etapas, vantagens e desvantagens, com método e organização.

O Poder Judiciário Trabalhista, através das Escolas Judiciais, em conjunto com as Universidades e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), terá papel fundamental na gestão da mudança do paradigma processual analógico para o digital, através de informações e treinamentos que foquem na funcionalidade do sistema e qualifiquem os usuários para a operação.

2.4. Princípio da paridade digital

O caráter inclusivo do processo social, representado pela Justiça do Trabalho e pelo Processo do Trabalho, é um dos mais “[...] sólidos instrumentos jurídicos e institucionais para a concretização da dignidade do ser humano e dos direitos fundamentais nos conflitos de interesses no mundo do trabalho” (Delgado; Delgado, 2017, p. 154).

Um dos desdobramentos éticos desse panorama consubstancia-se na garantia de igualdade em âmbito processual, ou seja, na observância dos deveres de atuação imparcial do juiz e no respeito à paridade de direitos processuais dos litigantes.

A lei processual civil é literal ao assegurar às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (art. 7º, CPC). Mais adiante, a mesma lei impõe ao Juiz o dever de assegurar o tratamento igualitário dos litigantes (art. 139, I, CPC).

Obviamente que a paridade processual tem contornos diferentes no Processo do Trabalho, tendo em vista o princípio da proteção. A própria CLT estabelece tratamento diferenciado ao reclamante em relação à ausência na audiência (art. 844, CLT), à concessão da Justiça Gratuita (art. 790, §3º, CLT), à execução de ofício (art. 878, CLT) e ao depósito recursal (art. 899, CLT), por exemplo.

O princípio da proteção processual não ofende a isonomia ou paridade de tratamento. Ao contrário, prima pelo reconhecimento de uma hipossuficiência processual predominantemente atribuída ao trabalhador-reclamante. Trata-se de uma diretriz de isonomia processual, a fim de que todos os litigantes recebam um tratamento compatível com sua condição, favorecendo o equilíbrio entre as partes.

Acontece que, na Era Digital, a paridade processual recebe uma nova feição.

Infelizmente, nem todos possuem informações e/ou recursos materiais suficientes para atuar satisfatoriamente no processo eletrônico. Tanto é verdade que o CPC, ao disciplinar a prática eletrônica de atos processuais, determinou que as unidades do Poder Judiciário disponibilizem gratuitamente equipamentos de consulta e de operação da plataforma digital (art. 198, CPC).

Evidente que a preocupação com a paridade processual e a consecução da isonomia no sistema eletrônico também alcança o Processo do Trabalho. Neste há um especial interesse na **inclusão digital**, seja em razão da presença do litigante hipossuficiente, seja por conta da faculdade legal de atuação sem a representação por advogado.

Especificamente no que se refere às audiências em videoconferência, Danilo Gaspar (2020) destaca o que denominou de “adequação digital”. Para o autor, é preciso que todos os litigantes, diretamente ou com o auxílio do Poder Público, reúnam recursos telemáticos suficientes para a participação nas sessões virtuais, sob pena de violação da isonomia processual.

Não apenas nas audiências telepresenciais deve existir adequação digital. É fundamental o desenvolvimento de todo um aparato processual inclusivo, tornando o processo eletrônico acessível ao maior número de pessoas, na busca da efetiva paridade.

O desafio é redobrado quando a questão envolve o exercício do *jus postulandi* das partes (art. 791, CLT). Embora o Processo do Trabalho conviva normativamente com a figura, diversos limites já lhe foram impostos⁸. Nada obstante, o *jus postulandi* das partes é

8. Vide súmula 425, TST e art. 855-B, CLT.

praticado e não há como ignorar sua existência.

Ocorre que a preservação da paridade processual quando uma das partes está desacompanhada de advogado já é difícil no sistema tradicional, imagine no eletrônico, minado de críticas e resistências.

É bem verdade que o litigante leigo continua carecendo dos conhecimentos processuais do advogado, independentemente do modelo de processo utilizado. Porém, no processo digital, além da carência de conhecimentos técnico-processuais, o litigante ainda se vê desprovido de informações e recursos telemáticos suficientes para a participação.

Desse modo, reforça-se a necessidade de um suporte condizente com a situação material do litigante hipossuficiente que esteja desacompanhado de advogado, com vistas a garantir a paridade digital e, por consequência, a isonomia processual.

2.5. Princípio da cooperação digital

A visão cooperativa indica que não há coadjuvantes no processo. Todos os sujeitos (partes, juiz e demais interessados) são protagonistas no desenvolvimento da atividade processual, cada qual colaborando com lealdade e boa-fé para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional.

Fredie Didier Jr (2017) destaca que, ao inserir a cooperação processual no rol das normas processuais fundamentais (art. 6º, CPC), a Lei Processual Civil redimensionou a relação entre os sujeitos do processo, enaltecendo o contraditório e o autorregramento da vontade e equalizando a posição das partes e do juiz na divisão das tarefas processuais.

O Processo do Trabalho assimilou a norma fundamental da cooperação processual, tornando-se **menos assimétrico** e valorizando os deveres de **esclarecimento, lealdade e proteção**.

A cooperação pode ser identificada em diversas etapas do Processo do Trabalho: dever de clareza e coerência das postulações (art. 840, §1º, CLT), obrigação de justificativa de ausência à audiência pelo reclamante (art. 844, §§2º, CLT), vocação conciliatória com momentos dedicados à tentativa de acordo mediante esforço persuasivo do Juiz do Trabalho (arts. 846, 850, 852-E e 764, §3º,

CLT), saneamento colaborativo do feito na audiência (art. 852-G, CLT), comparecimento das testemunhas mediante simples convite, sem a necessidade de intimação prévia (arts. 825 e 852-H, §2º, CLT), declaração de autenticidade documental pelo próprio advogado (art. 830, CLT), responsabilidade por danos processuais (arts. 793-A e seguintes, CLT), entre outros.

Com a expansão do processo digital e a intensificação das audiências virtuais, a cooperação tornou-se ainda mais importante. Isto porque, a lei processual trabalhista é insuficiente para regular todas as intercorrências que podem ocorrer numa sessão virtual.

Questões inusitadas como inconsistência na conexão com a internet, insuficiência de dados, queda de energia, violação da incomunicabilidade dos depoentes, problemas com equipamentos periféricos (microfones, câmeras, baterias etc.), além de tantas outras situações pontuais que podem afetar a realização satisfatória de uma audiência virtual acabam demandando das partes e do juiz um comportamento colaborativo.

Tanto é verdade que, mesmo com as reservas impostas pelo TST através da Instrução Normativa nº 39/2016, o **negócio jurídico processual** tem sido amplamente utilizado na realização de audiências por videoconferência, valorizando a cooperação das partes na promoção de um ambiente autoregulado, no qual os próprios litigantes, sob a chancela do juiz, podem deliberar e se comprometer reciprocamente na solução dos impasses não disciplinados em lei.

2.6. Princípio da celeridade digital

Constitui direito fundamental do jurisdicionado a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF/88), de modo que as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º, CPC).

Não se pode confundir **celeridade** com **velocidade na tramitação**. Lógico que a tramitação do processo deve ser otimizada, permitindo que o resultado seja obtido da forma mais rápida possível.

Contudo, essa rapidez jamais poderá ser alcançada ao arripio do procedimento, com violação de outros direitos fundamentais processuais igualmente importantes, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à produção de prova e o direito ao julgamento fundamentado.

Celeridade pressupõe que o tempo de duração do processo seja aquele estritamente necessário para sua regular tramitação, com observância das regras procedimentais e respeito ao contraditório⁹. Processo lento demais é tão intempestivo quanto aquele que tramita em velocidade acelerada, a ponto de alijar os litigantes das faculdades processuais legalmente asseguradas (Marden, 2015).

A celeridade é inerente ao processo do trabalho (OJ nº 310, SDI1). A natureza especial dos direitos envolvidos e o caráter alimentar das verbas trabalhistas exigem da jurisdição trabalhista um olhar mais atento para o tempo de duração do processo, afastando posturas desnecessárias e punindo comportamentos procrastinatórios.

No processo do trabalho digital, o princípio da celeridade ganha contornos diferentes. Isto porque, na hipermodernidade, prevalece a “**síndrome da pressa**”, ou seja, “existe uma percepção distorcida do fenômeno temporal, de maneira a privilegiar uma cultura de favorecimento dos meios em detrimento dos fins” (Marden, 2015, p. 94). Assim, valoriza-se mais a rapidez processual do que sua devida duração.

Considerando a automação processual e o potencial disruptivo da IA, vaticina-se um cenário que pode comprometer o devido processo legal. Atropelos procedimentais, desrespeito ao contraditório, decisões seriais e aferições superficiais da prova são apenas alguns dos problemas que uma celeridade digital mal direcionada pode proporcionar.

Por outro lado, o uso adequado da tecnologia pode eliminar

9. “A concepção material do princípio do contraditório vai exigir um tempo mínimo para que as partes possam tomar conhecimento do processo, para que possam se manifestar de maneira apropriada e também para que o magistrado possa construir uma decisão que não seja solipsista, mas que leve em consideração os argumentos dos interessados” (Marden, 2015, p. 192)

o **desperdício de tempo** na tramitação do processo do trabalho digital, sem comprometer os direitos fundamentais dos litigantes. Expedientes de impulso oficial e alguns atos ordinatórios são facilmente automatizáveis, otimizando a entrega da tutela jurisdicional.

É preciso, pois, o **uso racional da tecnologia enquanto instrumento de aceleração processual**, buscando sempre um equilíbrio entre o tempo de tramitação e o respeito ao devido processo legal e às garantias processuais dos litigantes.

2.7. Princípio da padronização e automação processuais

A tecnologia digital baseia-se em dados. Os dados conduzem informações através de uma linguagem algorítmica própria. Qualquer estrutura informacional baseada em dados precisa de modelos padronizados, que garantam aos usuários e operadores parâmetros capazes de serem mapeados e reproduzidos eletronicamente.

Tanto a linguagem de definição de dados (*Data Definition Language - DDL*) como a linguagem de manipulação de dados (*Data Manipulation Language - DML*) só funcionam adequadamente mediante o uso de padrões. Para trafegarem digitalmente em um ambiente controlado e operativo, os dados devem observar diretrizes específicas e, ao mesmo tempo, serem dialógicos, haja vista a necessidade de interação com o mundo exterior.

O processo digital segue exatamente a mesma lógica. A Lei nº 11.419/2006, ao disciplinar a utilização de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, estabeleceu, expressamente, a **padronização como uma das prioridades** (art. 14). O art. 195 do CPC também menciona o **uso de padrões para registro dos atos processuais eletrônicos**, atendidas as exigências de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio e conservação das informações.

O CNJ instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema informatizado de processo judicial no âmbito do Poder Judiciário, cabendo ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) regulamentar e aperfeiçoar a padronização do PJe no âm-

bito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Não é à toa que o CSJT há tempos vem editando uma série de resoluções sobre o tema¹⁰, mostrando preocupação com o uso de padrões adequados à linguagem de dados escolhida.

Acontece que a padronização processual vai muito além do gerenciamento e controle no fluxo de dados. Ela é fundamental na construção de um caminho seguro para a automação de atos processuais eletrônicos.

Automatizar significa tornar automático, fazer funcionar de maneira autônoma. No processo digital, a automação possibilita a execução de atos por meios puramente eletrônicos, sem a necessidade de intervenção humana.

A automação de atos eletrônicos é expressamente prevista no art. 194 do CPC, bem como a juntada automática de petições, manifestações e documentos, sem a necessidade de intervenção de serventuário da justiça (art. 228, §2º, CPC).

No processo do trabalho digital, a automação já alcança inúmeros atos processuais. A habilitação e credenciamento automáticos de advogados, o registro automático de prorrogação de prazos em casos de indisponibilidade do sistema, a juntada automática de petições, manifestações e documentos, a autuação e distribuição automáticas, o agendamento automático de audiências e sessões, a certificação automática do decurso de prazos são apenas alguns dos exemplos de atos eletrônicos automatizados na Justiça do Trabalho.

A automação traz benefícios tanto qualitativos como quantitativos ao processo digital. Qualitativamente, canaliza a energia de trabalho de juízes e servidores para a entrega efetiva da tutela jurisdicional. Quantitativamente, promove a redução de custos e a economia de tempo. Entretanto, exige-se especial cautela quanto atos eletrônicos que podem ser automatizados, preservando o elemento humano naqueles que imprescindam de sensibilidade, prudência e percepção de justiça.

10. A mais recente foi a Resolução CSJT nº 185/2017, que substituiu a Resolução CSJT nº 136/2014.

2.8. Princípio da eficiência

A atividade jurisdicional insere-se no rol dos serviços públicos essenciais e, como tal, precisa observar parâmetros mínimos de eficiência. Ser eficiente significa produzir efeitos reais, alterar a realidade factual. A atividade jurisdicional só é considerada eficiente quando opera transformações na realidade dos litigantes.

A legislação processual civil exige eficiência do juiz ao aplicar o ordenamento jurídico (art. 8º, CPC). O princípio da eficiência aplicado ao processo do trabalho digital apresenta três desdobramentos essenciais.

O primeiro deles é o **foco na entrega da tutela jurisdicional**.

Quem busca a jurisdição está mais interessado no resultado prático da decisão judicial do que na decisão em si. O que se quer é a efetiva entrega da tutela jurisdicional, isto é, a proteção do direito violado ou ameaçado de violação, preferencialmente de forma específica.

No processo do trabalho digital, o foco na entrega da tutela jurisdicional é ampliado, na medida que diversas rotinas procedimentais podem ser automatizadas, permitindo que juízes e servidores envidem maiores esforços na realização prática da decisão judicial, otimizando a execução e o conseqüente cumprimento da obrigação exequenda.

Não há dúvidas que os maiores entraves à efetivação da tutela jurisdicional estão na fase de execução. Resistências injustificadas, ocultação patrimonial, recursos procrastinatórios, dilapidação de ativos e fraudes são apenas alguns dos expedientes utilizados para frustrar a persecução.

Nesse particular, as facilidades proporcionadas pelo processo digital, com o uso da IA e outras ferramentas eletrônicas de busca e constrição de patrimônio, poderão contribuir de modo determinante para a eficiência da atividade jurisdicional.

O segundo desdobramento do princípio da eficiência no processo do trabalho digital relaciona-se à **economicidade**.

A economicidade refere-se aos custos do processo e a como utilizar os recursos tecnológicos para diminuir os dispêndios fi-

nanceiros da atividade jurisdicional.

Todos os atos processuais possuem um custo econômico, que vão desde as despesas operacionais, até a remuneração dos juízes e auxiliares. No caso trabalhista, as fontes de pagamento são provenientes do erário da União e/ou dos próprios litigantes, através do recolhimento das despesas processuais (custas, emolumentos e honorários).

Neste particular, o potencial de redução de gastos com o advento do processo digital é significativo. A automatização diminui a interferência humana na prática de uma série de atos procedimentais, canalizando a força de trabalho para a efetiva entrega da tutela jurisdicional. A IA auxilia na tomada de decisões e facilitando tratamento de informações que aceleram o desfecho procedimental.

Consequentemente, a quantidade de diligências e expedientes processuais é otimizada, abrandando o investimento financeiro incidente sobre certas rotinas procedimentais e melhorando a qualidade dos serviços judiciários. Finalmente, o terceiro e último desdobramento do princípio da eficiência reside **na sustentabilidade ambiental**.

Hoje, o uso sustentável dos recursos naturais é uma preocupação global. O controle da poluição e a contenção de desperdícios têm sido pauta nos mais variados espectros da vida humana. Na atividade jurisdicional, a preocupação com a sustentabilidade do meio ambiente também é uma realidade, sendo a virtualização do processo uma importante aliada na preservação da natureza.

A tecnologia oferece alternativas ecologicamente sustentáveis. Além disso, o processo virtual permite a racionalização de recursos escassos e o fomento de práticas que diminuem ou neutralizam os impactos ambientais negativos. Não se trata apenas da economia de papel, mas de insumos de plástico, borracha e toda sorte de materiais não biodegradáveis e substâncias poluentes, que provocam desequilíbrio e causam danos à saúde humana e à higidez do ecossistema.

2.9. Princípio da interconectividade processual

Interconectividade é a capacidade de conexão simultânea entre vários dispositivos ou sistemas. No campo da computação,

a figura associa-se a possibilidade de compartilhamento sincrético de informações através de redes interligadas.

Em um ambiente interconectado, a estrutura de comunicação permite o envio e recebimento instantâneo de dados, bem como o seu tratamento conjunto, aumentando o espectro de alimentação e uso dos recursos digitais disponíveis.

Aplicada ao processo digital, a interconectividade assume um papel de destaque. Um processo interconectado atrai para si diversos canais de informação, de fontes extremamente heterogêneas, tanto públicas como privadas. A interconexão de processos, além de facilitar a verificação de institutos como a litispendência, coisa julgada, preempção e prevenção, também favorece a prova emprestada e a persecução executória, centralizando em uma única rede compartilhada o esforço conjunto de entrega da prestação jurisdicional.

Ao acessar redes privadas, abertas ou fechadas, a interconectividade também permite a coleta de provas digitais em tempo real, com validação de origem e certificação de fidedignidade, auxiliando na busca da verdade real.

Em síntese: a interconectividade processual é uma importante ferramenta de cooperação judiciária, que garante a atualização e tratamento automático de dados em redes interligadas, trazendo para o processo todo o potencial de recebimento e distribuição de dados que a tecnologia computacional e a internet podem oferecer.

2.10. Princípio da segurança digital ou cibersegurança

Cada processo judicial, pela sua natureza, contém uma quantidade significativa de dados pessoais. Se multiplicarmos isso pelo número de feitos que tramitam na Justiça do Trabalho, o volume de informações aumenta exponencialmente. Todos esses dados, fornecidos pelas partes ou coletados ao longo da tramitação processual, estão sujeitos a um sistema legal de proteção.

No Brasil, o marco regulatório da proteção de dados foi fixado pela Lei nº 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Dois conceitos trazidos pela LGPD

são fundamentais para a compreensão do princípio da segurança digital aplicado ao processo do trabalho.

O primeiro deles refere-se ao tratamento de dados, que, segundo a LGPD, abrange toda operação realizada com dados pessoais, envolvendo 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 (art. 5º, X, LGPD).

O segundo diz respeito ao chamado agente de tratamento (art. 5º, IX, LGPD), que inclui tanto o controlador, a quem competem as decisões relativas ao tratamento de dados (art. 5º, VI, LGPD), como o controlador, que realiza o tratamento de dados em nome do controlador (art. 5º, VII, LGPD).

No campo do processo judicial, o Poder Judiciário Trabalhista figura como agente de tratamento dos dados pessoais existentes nos processos sujeitos à sua jurisdição e, nesta condição, possui responsabilidade pela correta aplicação dos ditames legais, tanto perante os titulares dos dados como perante a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), encarregada de fiscalizar as normas de segurança digital.

Considerando o cenário regulatório e partindo do pressuposto de que as normas de *cibersegurança* são oponíveis ao Poder Judiciário, Rafael Soares Souza (2021, p. 107-116) apresenta três preocupações.

A primeira relaciona-se aos **sistemas de consultas públicas de processos e jurisprudência via internet**. Para o autor, a publicidade dos atos processuais é uma garantia constitucional, só podendo ser limitada em ocasiões especiais. Assim, a LGPD não teria o condão de obstar o acesso às informações processuais, a não ser para conter abusos e práticas ilícitas, como fraudes, posturas intimidatórias e violações de intimidade.

A segunda preocupação aponta para os **motores de busca jurídicos e os repositórios públicos dos Tribunais**. Sabe-se que há um mercado aquecido de motores de busca especializados em conteúdo jurídico. Robôs leem milhões de dados publicados nos Di-

ários Eletrônicos da Justiça em todo o país. Segundo o autor, muito embora a LGPD dispense o consentimento prévio para divulgação de dados de acesso público, é de ser observado o princípio da finalidade, ou seja, é preciso que o dado colhido tenha uma destinação legítima, que não comprometa os direitos da personalidade dos envolvidos nem as restrições impostas pelo segredo de justiça.

A terceira preocupação alcança o **direito ao esquecimento aplicado a registros processuais de acesso público**. Há informações relativas a antigos processos judiciais que podem causar sofrimento ou transtornos emocionais ao seu titular. Em tais casos, colocam-se em rota de colisão direitos fundamentais como privacidade e liberdade de informação. É preciso, pois, cautela e sensibilidade no tratamento desses dados, inclusive com a indisponibilidade do conteúdo, em festejo à dignidade dos prejudicados.

Para além das preocupações apresentadas, o certo é que o dever legal de proteção dos dados implica várias precauções por parte do Poder Judiciário Trabalhista, que vai desde o controle dos documentos públicos, passando pela verificação de abrangência dos sites de busca, até chegar na prevenção e no combate ao vazamento de informações sigilosas ou que comprometam os direitos de personalidade dos titulares.

Considerações Finais

Estabelecer uma nova principiologia nunca é uma tarefa fácil. Afinal são princípios que dão o tom de um determinado ramo do Direito, especialmente quando o ramo é especializado e precisa da principiologia não apenas para lhe caracterizar, mas para lhe diferenciar e afirmar.

O tema é recente e a teoria principiológica do Processo do Trabalho Digital tem dado seus primeiros passos. Isso não significa que a temática dos princípios processuais trabalhistas na “Era Digital” não possa ser pensada e profunda, expondo-se a críticas e adaptações. O que se buscou no presente artigo foi exatamente reforçar a necessidade de uma reflexão séria sobre o tema, a partir da identificação de novos princípios e da adequação de princípios já existentes à realidade do processo do trabalho digital.

Referências

- BARRETO, Alexandre G.; WENDT, Emerson. **Inteligência e investigação criminal em fontes abertas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Brasport, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 278p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 199p.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da república e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- Didier Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017
- GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 344p.
- GASPAR, Danilo Gonçalves. **O princípio da igualdade digital e a realização de audiências telepresenciais**. Instituto Trabalho em Debate, 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/o-principio-da-igualdade-digital-e-a-realizacao-de-audiencias-telepresenciais>. Acesso em: 29 set. 2021.
- HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**; tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. 443p.
- HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**; tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018a. 441p.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**; tradução de Janaína Marcoantonio. 36 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018b. 464p
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**; tradução: Cassio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 607p.
- MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá, 2015. 224p.
- MORAES, Camila Miranda de. **Processo judicial eletrônico e efetividade dos direitos trabalhistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 332p.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593983/>. Acesso em: 22 set. 2021.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010. 414p
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2018. Disponível em: <https://vlex.com.br/source/manual-de-direito-processual-do-trabalho-14a-edi-o-de-acordo-com-o-novo-cpc-reforma-trabalhista-lei-n-13-467-2017-e-a-in-n-41-2018-do-tst-22614>. Aces-

so em: 22 set. 2021.

SOUZA, Rafael Soares. Impactos da lei geral de proteção de dados no Poder Judiciário *in* Tomasevicius Filho, Eduardo. **A lei geral de proteção de dados brasileira: uma análise setorial**, volume I, São Paulo: Almedina, 2021, p. 96-129.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável**; tradução: Marcelo Schild. 23 ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2020a. 458p.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifrágil: coisas que se beneficiam com o caos**; tradução: Roberto

Marques. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020b. 612p.

WOLFF, Francis. **Nossa humanidade: de Aristóteles às neurociências**; tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 2012. 335p.

80 ANOS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO COMO GUARDIÃ DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO DECENTE

80 YEARS OF THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS AS GUARDIAN OF THE HUMAN RIGHT TO DECENT WORK

Lelio Bentes Corrêa¹

É mister a visão sociológico-jurídica visando a harmonizar o social com o econômico, sem menosprezar a força normativa da realidade. Se a globalização da economia impuser as teses do *neolaboralismo* aético e desumano, em todos os quadrantes da Terra, a palma da vitória, na consciência da humanidade, deveria ser daqueles que lutam com as armas da inteligência e a motivação da solidariedade humana contra os que pretendem implodir o sonho da universalização da justiça social. Não é possível conceber-se a civilização à margem do Direito, mas tampouco poder-se-á qualificar de civilizada uma nação em que o Direito seja infúco.

(Arnaldo Süssekind, "Direitos em Jogo", artigo publicado no Consultor Jurídico, em 7/04/2003).

Resumo

O presente estudo se propõe a analisar o avanço da proteção social e os fenômenos da desregulamentação e da flexibilização, em

1. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho no biênio 2022-2024. Ministro do TST desde 2003. Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Inglaterra. Ex-Membro da Comissão de Peritos em Aplicação de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

um contexto de celebração dos 80 anos da Consolidação das Leis do Trabalho. A abordagem é qualitativa, com base em revisão de literatura. O conteúdo identifica a justiça do trabalho como guardiã por excelência do valor social do trabalho como instrumento de emancipação, cidadania e construção da identidade, promovendo a proteção social do trabalhador como regra de direito. Conclui-se pelo reconhecimento da Consolidação das Leis do Trabalho como um instrumento vivo de proteção às garantias e direitos fundamentais, sobretudo, diante das novas dinâmicas das relações trabalhistas.

Palavras-chave: Consolidação das Leis do Trabalho; direito humano ao trabalho decente; Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Abstract

This study aims to analyze the advance of social protection and the phenomena of deregulation and flexibilization, in the context of the celebration of the 80th anniversary of the Consolidation of Labor Laws. The approach is qualitative, and based on a literature review. The content identifies labor justice as the guardian par excellence of the social value of work as an instrument of emancipation, citizenship, and the construction of identity, promoting the social protection of workers as a rule of law. It concludes by recognizing the Consolidation of Labor Laws as a living instrument for protecting guarantees and fundamental rights, especially in the face of the new dynamics of labor relations.

Keywords: Consolidation of Labor Laws; Human right to decent work. International Labor Organization Conventions.

Introdução

A Consolidação das Leis do Trabalho completa, no ano de 2023, oitenta anos de existência. Desde 1º de maio de 1943, o diploma rege as relações entre capital e trabalho no Brasil. A escolha da data reveste-se de simbolismo, na medida em que evidencia o arcabouço teleológico norteador da legislação trabalhista brasileira: a proteção à pessoa que vive do trabalho em face da hipossuficiência ante o poder econômico e dos abusos que podem daí resultar.

Com efeito, o dia 1º de maio foi proclamado Dia Internacional das Trabalhadoras e Trabalhadores durante o Congresso Internacional de Paris, realizado em 1889, em memória das vítimas da Revolta de Haymarket, ocorrida em maio de 1886, em Chicago, ocasião em que os operários que reivindicavam limitação da jornada em oito horas foram duramente reprimidos pelas forças policiais.

À Comissão encarregada da elaboração do anteprojeto da Consolidação das Leis do Trabalho foi confiada a tarefa de organizar e harmonizar a legislação trabalhista brasileira, que até então se apresentava de forma esparsa. A Comissão reunia nomes de juristas destacados no cenário jurídico, entre eles Oscar Saraiva, Segadas Viana e Dorval Lacerda. A eles, por determinação do Ministro do Trabalho Marcondes Filho, agregaram-se os nomes de dois de seus assessores: Rego Monteiro e o jovem Arnaldo Süssekind, então com 23 anos de idade. (*apud* Biavaschi, 2007)

Para muito além da proposta inicial, a Comissão inovou, regulando definições e princípios próprios do Direito do Trabalho e estabelecendo um extenso capítulo sobre o contrato de trabalho – ao qual, até então, aplicavam-se as normas do Código Civil sobre contrato de locação de serviços. Institutos como grupo econômico, acordo coletivo de trabalho e o detalhamento de normas de saúde e segurança, por exemplo, eram bastante inovadores para a época.

Igualmente inovadora foi a decisão de incorporar à Consolidação institutos previstos nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, ainda pouco frequentes nas legislações nacionais – o que reforçou o caráter vanguardista da nova legislação. Arnaldo Süssekind, ao recordar os trabalhos da Comissão, lembra que as bases que o nortearam foram: as teses do I Congresso de Direito Social, realizado em 1941, em São Paulo; os pareceres de Oliveira Viana e Oscar Saraiva, aprovados pelo Ministro do Trabalho; a Encíclica *Rerum Novarum* e as Convenções da OIT. (Gomes, 2004, p. 77).

Daí resultou um diploma avançado, em sintonia com os predicados mais recentes do Direito Social e do Direito Internacional do Trabalho – no tocante aos direitos individuais. Quanto aos direitos coletivos, todavia, a CLT não revelava o mesmo caráter

progressista, seja pela necessidade de observar os preceitos da Constituição de 1937, então em vigor, seja por sua clara inspiração corporativista, que levaram à consagração de institutos como a unicidade sindical compulsória, a obrigatoriedade do registro dos entes sindicais no Ministério do Trabalho e o imposto sindical. (Gomes, 2004, p. 78).

Nesse sentido, oportuna a reflexão do grande mestre Arnaldo Süssekind, relativa aos primórdios do Direito do Trabalho no país: *“... Vargas atendia àquilo que eu mais apreciava: a proteção social ao trabalhador. Era para isso que se dava a intervenção do Estado nas relações entre empregados e empregadores: para que não preponderasse a vontade do mais forte. Numa relação contratual entre o forte e o fraco, já dizia George Ripert, sempre prevalece a vontade do forte, a menos que o Estado intervenha para nivelar o fraco ao forte. Esse, vamos assim dizer, é o fundamento maior do Direito do Trabalho. Um jurista espanhol, já falecido, Alexandre de Gallart Folch, afirmou que o Direito do Trabalho se propõe a equilibrar, pela superioridade jurídica, a inferioridade econômica do operário. Não há, no meu entender, síntese melhor do fundamento do Direito do Trabalho.”* (Gomes, 2004, p. 53).

Importante lembrar que o legislador constituinte, sabiamente, incorporou ao texto constitucional de 1988 diversos direitos sociais trabalhistas – muitos previstos na redação original da CLT –, estabelecendo, como cláusulas pétreas, um rol de garantias mínimas inegociáveis. O protagonismo dos movimentos sociais, aí incluído o movimento sindical, no processo constituinte, foi essencial para que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se afirmassem como fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, o sistema normativo de proteção dos direitos da classe trabalhadora também é integrado por normas protetivas emanadas de organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho. Convenções, Recomendações e Resoluções traduzem o consenso **tripartite** (governos, trabalhadores e empregadores) sobre importantes anseios e conquistas da classe trabalhadora no Brasil e no mundo.

1. Entre o avanço da proteção social e os fenômenos da desregulamentação e da flexibilização

A marcha histórica é articulada no bojo de fluxos e contrafluxos das constantes tensões sociais, políticas e econômicas. No mesmo sentido, o Direito do Trabalho vem sendo igualmente instrumentalizado de acordo com os interesses dominantes, experimentando processos históricos de alternância entre o contexto neoliberal de flexibilização e desregulamentação e a ampliação do arcabouço protetivo, em observância ao princípio da progressividade do patamar civilizatório mínimo.

Foi a CLT que deu aos trabalhadores brasileiros uma identidade – a carteira de trabalho – e que contribuiu para a consolidação do Direito do Trabalho, em âmbito nacional, como um ramo autônomo do direito.

Como ressalta Márcio Túlio Viana, *“a história da CLT é uma história de lutas. Ao contrário do que se pode pensar, ela não caiu do céu, de repente, como a chuva de verão. Nem cresceu, por acaso, sem eira nem beira, como capim em roça de milho. Foi pensada e discutida, atacada e defendida”*. (Viana, 2013, p. 120).

Trata-se, portanto, de prova viva do poder civilizatório do direito como instrumento de organização, e não de dominação social. De fato, o direito não pode meramente servir à manutenção das estruturas de poder, ao revés, deve constituir instrumento de transformação democrática, combatendo desigualdades e promovendo a justiça social.

Nesse sentido, no ano de 1905, Evaristo de Moraes publicou, pela imprensa nacional, a primeira obra sobre direito do trabalho editada no Brasil. Em seu clássico “apontamentos de direito operário”, o eminente jurista rechaçou o argumento de que, em sendo o trabalhador livre, tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Afirmou, na ocasião, que “essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo”, concluindo tratar-se de “encanto ilusório” a “liberdade do trabalho”. (Moraes, 1905).

Quase 120 anos depois, as palavras do saudoso jurista permanecem atuais. Não por acaso, em períodos históricos marcados pelo retrocesso dos direitos sociais, não são raras as alterações legislativas que tentam aniquilar a sua essência, corrompendo o seu sentido primordial que é a proteção do trabalho humano em face dos abusos do capital.

Avanços civilizatórios, a seu turno, costumam ser mal recebidos pelas estruturas de poder. Nesse sentido, o saudoso ministro Arnaldo Süssekind esclarece que houve críticas dentro do próprio movimento operário à inclusão de um capítulo sobre a proteção do trabalho da mulher, evidenciando a premência de um direito do trabalho em perspectiva interseccional. No percurso histórico da luta por condições de trabalho mais dignas, destaca-se o processo de elaboração da *Factory Act*, no Reino Unido.

Nos anos de 1832 e 1833, tramitava no Parlamento Inglês projeto de lei por meio do qual se pretendia limitar a oito horas por dia a jornada de trabalho de crianças e adolescentes e a nove anos a idade mínima para o trabalho. (Grundfossen, 1965).

Naquele momento histórico, marcado pela Revolução Industrial, crianças a partir de seis anos de idade cumpriam a exaustiva carga de trabalho de até 14 horas, de segunda a sexta, e 11 horas aos sábados. De um lado, portanto, tinha-se a aclamada modernidade e o crescimento econômico e, de outro, a violenta exploração da força de trabalho humano. De um lado, a opulência e a prosperidade, e, de outro, a miséria.

Nesse contexto, as opiniões dos membros do Parlamento se dividiam quanto à aprovação do projeto. Os opositores à alteração defendiam que as crianças operárias apresentavam superior conduta moral e eram mais educadas e saudáveis. Sustentavam, ainda, que a precarização das condições de trabalho decorria da elevada carga tributária, e que, se os pais não protegiam os próprios filhos, não caberia ao estado fazê-lo.

Afirmavam que, se o projeto fosse aprovado, não haveria pessoas o bastante para a execução de todo o trabalho nas fábricas, bem como que a proposta acarretaria um colapso devido à redução dos lucros, tamanha a insegurança financeira na indústria, com a

iminência de um desastre econômico.

Felizmente, o projeto de lei foi aprovado, e, como demonstramos a história, o capitalismo industrial não apenas sobreviveu, como se difundiu no mundo inteiro. O ordenamento jurídico evoluiu, e atualmente reconhece a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente como dever não apenas da família, mas também da sociedade e do estado.

A narrativa histórica serve para que, a partir da memória, compreendamos o presente e construamos, coletivamente, novos alicerces para o futuro. Nesse sentido, constata-se que a ideologia ancorada no discurso de “desproteger para proteger” não ficou no passado. Ainda hoje, reverbera nos movimentos de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho, que resultaram na publicação da Lei n.º 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”.

O diploma teve por escopo “modernizar” a legislação trabalhista, considerada “atrasada” pelo movimento político e econômico de viés neoliberal. Pretendia-se, segundo seus defensores, fomentar a economia e gerar mais empregos.

Seis anos após a publicação da Lei n.º 13.467/2017, a avaliação do cumprimento de seus objetivos requer dados estatísticos de qualidade. Considerando que o fundamento central para a reforma foi a necessidade de facilitar a geração de empregos, cumpre indagar não apenas quantos empregos foram gerados, mas qual a qualidade desses empregos.

Contam com proteção formal da lei ou são empregos precarizados? A dignidade e a saúde dos trabalhadores e trabalhadoras estão protegidas? Têm assegurado o acesso à proteção social (seguro desemprego, aposentadoria e benefício em caso de acidente do trabalho, por exemplo)?

Segundo estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, não é possível estabelecer relação direta entre os principais argumentos econômicos favoráveis à reforma e o Indicador de Proteção ao Emprego (IPE), elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que mede o grau de rigidez e de proteção da legislação trabalhista em cada país. (Silva, 2018).

Em outras palavras, a amplitude de proteção social garantida a trabalhadores e trabalhadoras não impacta indicadores econômicos como a capacidade produtiva nacional, a produtividade média do trabalho, a competitividade internacional, tampouco a atratividade da economia quanto ao fluxo de investimento direto do exterior. A flexibilização e a desregulamentação do direito do trabalho não fomentam, portanto, a economia do país, mas aprofundam a precarização estrutural do trabalho.

É certo que, dos seis anos de vigência da Lei n.º 13.467/17, quase metade foi vivida sob condições completamente atípicas. Uma pandemia global impôs profundas alterações nas condições de trabalho e de existência social, ceifou precocemente centenas de milhares de vidas e deflagrou uma crise econômica mundial sem precedentes desde a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929. Nesse cenário disruptivo, não é possível analisar os impactos da reforma trabalhista sem considerar os pontos de convergência com as consequências da pandemia.

No campo da saúde e da segurança no trabalho, a reforma trabalhista indubitavelmente abriu oportunidade para a precarização do trabalho, ao flexibilizar a proteção mínima assegurada pela lei. Possibilitou a negociação coletiva em temas sensíveis, permitindo a redução do intervalo intrajornada, o enquadramento do grau de insalubridade e a prorrogação da jornada em ambiente insalubre – temas atinentes a direitos indisponíveis no trabalho. Facilitou, ainda, a permanência de trabalhadoras gestantes e lactantes em locais insalubres – medida em boa hora declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal². Num contexto pandêmico, essa flexibilização da proteção à saúde de trabalhadoras e trabalhadores adquiriu contornos ainda mais nefastos.

A possibilidade de utilização da negociação coletiva para

2. O Plenário do STF, por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5938, para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Lei n.º 13.467/2017 que permitiam o exercício de atividades insalubres por trabalhadoras grávidas e lactantes. Reconheceu-se, na ocasião, que a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança.

reduzir direitos assegurados em lei foi vista com preocupação pela Comissão de Peritos da OIT – órgão encarregado de monitorar o cumprimento das obrigações contidas nas Convenções ratificadas pelos países membros.³

No entanto, talvez o ponto negativo mais importante da Lei n.º 13.467/17 seja o fato de seu processo legislativo não ter sido pautado no diálogo social indispensável em um Estado Democrático de Direito, em especial para a promulgação de uma lei dessa amplitude.⁴

Cumprir recorrer, novamente, ao brilhantismo de Sussekind, segundo o qual, não obstante as mudanças no mundo e no Brasil imponham a necessidade de atualização da CLT, essa adaptação às novas demandas sociais não deve ser feita *“acabando com os direitos dos trabalhadores, propiciando que uma convenção coletiva ou um acordo coletivo exclua a aplicação da lei.”* Segundo Sussekind, tal ideia seria absurda, não encontrando precedente no direito comparado. (*apud* Biavaschi, 2007).

3. No mesmo sentido, desde 2017, o Comitê de Peritos da OIT, cuja função é avaliar técnica e imparcialmente a aplicação das normas internacionais do trabalho pelos Estados-membros, vem manifestando preocupação com o fato de o artigo 611-A da CLT possibilitar que, por meio da negociação coletiva, seja negada efetividade às normas legais de proteção. O Comitê salientou que o objetivo geral das Convenções de n.ºs 98, 151 e 154 é promover a negociação coletiva com vista à criação de condições de trabalho mais favoráveis do que aquelas estabelecidas pela legislação, bem como que, conforme reconhecido nos trabalhos preparatórios para a Convenção n.º 154, a negociação coletiva consubstancia um processo por meio do qual o padrão legal de proteção a trabalhadores e trabalhadoras é ampliado e aprimorado (OIT, 2023, *on line*).

4. A Organização Internacional do Trabalho determina, em suas Convenções de n.ºs 144, 154 e 156, a obrigatoriedade da promoção do diálogo social prévio à alteração legislativa que abranja os temas previstos naqueles diplomas. O artigo 7º da Convenção n.º 154 estabelece que “As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.” O artigo 4º da Convenção n.º 155, a seu turno, prevê que “Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho”. Verifica-se, portanto a obrigatoriedade do diálogo social prévio à alteração legislativa em matéria de negociação coletiva, bem como de saúde e segurança do trabalho, temas amplamente disciplinadas por meio da Lei da Reforma Trabalhista.

2. A conformação da legislação trabalhista ao direito humano ao trabalho decente como única “modernização” possível

Alguns desafios apresentam-se à concretização do direito humano ao trabalho decente. Entre tais desafios, relevantes para a pacificação social e a construção de um mundo do trabalho justo, inclusivo e calcado na dignidade do ser humano, encontram-se os altos níveis de informalidade e, conseqüentemente, de exclusão da proteção social; a discriminação e o assédio; o surgimento ou a intensificação de condições de trabalho degradantes em virtude da pandemia do coronavírus; os impactos das inovações tecnológicas e o uso da inteligência artificial no mundo do trabalho.

O enfrentamento de tais desafios pressupõe o conhecimento de que, embora a história do Direito do Trabalho não se apresente de forma linear, seu *objeto* é estanque. Trata-se do conflito social intrínseco à relação entre capital e força de trabalho humana e os interesses contrapostos que dela decorrem.

Nesse contexto, segundo Manuel Carlos Palomeque Lopez (2001, p. 16), “*Fundamento e objeto da disciplina são, por isso, realidades cientificamente indissociáveis na contemplação da noção e da função normativa do Direito do Trabalho, dado configurarem, desde logo, planos diversos de uma mesma realidade institucional.*”

Certo é que, em um país marcado, desde suas origens, por importantes desigualdades sociais, o caminho para a concretização dos direitos humanos e para a garantia de trabalho decente a todas as pessoas é longo. A CLT completa, assim, seus 80 anos de vigência com o desafio de ter sua interpretação e aplicação adaptadas aos novos formatos de relações de trabalho e de incluir atores sociais historicamente excluídos da proteção da lei trabalhista. Trata-se, em essência, do mesmo desafio que se impõe desde a sua promulgação, sob novas roupagens.

A propósito, não é possível pensar em história do direito do trabalho no Brasil sem considerar os quase 400 anos de escravidão legal que precederam a institucionalização do direito do trabalho em nosso país.

Embora a octogenária CLT sistematize a proteção do valor trabalho, ao tempo que a Constituição da República encontra seu eixo axiológico na centralidade do ser humano, com sua dignidade intrínseca, verifica-se uma tendência à exclusão sistemática de parcela dos homens e mulheres que vivem do trabalho. Com efeito, trabalhadores rurais, trabalhadoras domésticas e trabalhadoras e trabalhadores de aplicativos, entre outros, vêm sendo historicamente marginalizados da proteção social trabalhista.

Ainda hoje, 75% das trabalhadoras domésticas não têm carteira assinada. (DIEESE, 2023). Ademais, a precarização estrutural do trabalho atinge com maior intensidade mulheres, jovens, pessoas negras, povos indígenas e quilombolas, pessoas com deficiência e população LGBTQIAPN+, marcadores que se atravessam e reforçam mutuamente.

No que tange à complexa teia de conformação do trabalho às novas dinâmicas de acumulação do capital, verifica-se, portanto, a tendência à precarização estrutural do trabalho, além da destruição do meio ambiente, em flagrante afronta aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável consagrados pela Organização das Nações Unidas em sua Agenda 2030, especialmente no que tange ao crescimento econômico sustentável, inclusivo e sustentado, ancorado na centralidade do ser humano que vive do trabalho.

A propósito, a Organização das Nações Unidas erigiu o conceito de trabalho decente a posição central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos na Agenda 2030, em especial o ODS 8: *“promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”*.

O conceito de trabalho decente foi formulado pela Organização Internacional do Trabalho em 1998, em resposta ao cenário de flexibilização e desregulamentação da legislação trabalhista que caracterizou a década de 1990.

Compreende o trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, representando o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT, a saber: o respeito aos direitos no trabalho,

especialmente aqueles definidos como fundamentais; a promoção do emprego produtivo e de qualidade; a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social. No mesmo ano, a OIT adotou a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, que determina:

Todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Em junho de 2022, a OIT acrescentou ao rol o direito à saúde e segurança no trabalho. Exsurge, daí, a importância de um ramo especializado do poder judiciário, com magistradas e magistrados, servidoras e servidores capacitados para a compreensão interdisciplinar do fenômeno justrabalhista, bem como para a aplicação das normas próprias que regem a relação de trabalho.

Para além das atividades jurisdicionais, a promoção do trabalho decente no âmbito da justiça do trabalho é, ainda, objeto dos programas trabalho seguro e de erradicação do trabalho infantil e estímulo à aprendizagem.

A fim de aprimorar a política pública judiciária de trabalho decente, o Tribunal Superior do Trabalho instituiu, recentemente, outros dois Programas: o de Equidade de Gênero, Raça e Diversidade e o de Enfrentamento ao Trabalho Escravo e ao Tráfico de Pessoas e Proteção ao Trabalho do Migrante.

Com efeito, trabalho infantil, trabalho escravo, tráfico de pessoas, submissão de trabalhadores a condições degradantes e discriminações das mais diversas naturezas são circunstâncias que se apresentam, no mais das vezes, de forma indissociável, materializando violências e opressões que se reforçam mutuamente. Sobretudo, consubstanciam a antítese do trabalho decente, sem o que

não há falar em democracia ou em dignidade da pessoa humana.

Trata-se de condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, a justiça do trabalho exsurge como guardiã, por excelência, do valor social do trabalho como instrumento de emancipação, cidadania e construção da identidade.

Considerações finais

Em que pese a necessidade de contínua evolução e aperfeiçoamento para se adequar às demandas de uma sociedade em constante transformação (inclusive no que tange aos direitos coletivos, à luta antidiscriminatória e afirmação da igualdade de gênero e raça, bem como à promoção dos direitos dos povos indígenas e outros grupos invisibilizados), o octogenário documento revela-se **instrumento vivo** e tem incorporado importantes avanços civilizatórios ao longo do tempo, destinados a assegurar a proteção integral de trabalhadoras e trabalhadores.

Há, nesse sentido, longo caminho a ser percorrido pelo direito do trabalho, que deve abarcar, como medida urgente em uma sociedade que se pretende democrática, marcadores socio-identitários além de classe, tais como gênero, raça, orientação sexual, entre outros.

Considerando a autofagia do sistema capitalista, bem como o dinamismo de nossa sociedade, cuja mutação vem adquirindo velocidade exponencial, a ampliação da proteção social de trabalhadoras e trabalhadores, a fim de que todas e todos que vivem do trabalho gozem de proteção social, não pode depender da edição de novos diplomas legislativos a cada nova categoria profissional que surgir.

O enfrentamento aos desafios que se impõem deve partir da conformação das novas, das vindouras e das já existentes relações entre capital e trabalho à abrangente legislação trabalhista atualmente disponível, incluindo normas internacionais, Constituição da República e legislação infraconstitucional, que disciplinam amplamente e de forma coesa e sistemática o direito humano ao

trabalho decente. Do contrário, teremos um ordenamento jurídico “folha de papel”, na expressão de Lassale: apenas teoricamente democrático, inclusivo e social.

Cumpre, portanto, reafirmar a importância desse instrumento normativo que é a CLT, sem perder de vista que valores constitucionais e normas internacionais de direitos humanos, em especial as Convenções da OIT, constituem a base principiológica da legislação trabalhista.

Partindo de um olhar protetivo, é preciso que juristas tenham em conta que alterações no texto da norma consolidada, tendentes a desregulamentar e flexibilizar direitos, ou mesmo mudanças desacompanhadas de um amplo diálogo social, além de subverterem o seu sentido original, dificilmente passarão pelo crivo dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade.

Neste contexto, avulta a responsabilidade – não só da comunidade juslaboralista, mas de toda a sociedade – de manter vivo o espírito deste instrumento notável, que carrega histórias de lutas de tantos homens e mulheres que vieram antes de nós. Mais do que isso, é premente honrar o compromisso com as gerações futuras, que reclama o aperfeiçoamento e expansão dos direitos sociais, a fim de deixar como legado aos que virão uma sociedade mais equitativa, justa e inclusiva, em que todas e todos possam usufruir uma vida digna.

Referências

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930 a 1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos. **Trabalho doméstico no Brasil**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/infografico/2022/trabalhoDomestico.html>>. Acesso em: 28 set. 2023.

GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (organizadoras). **Arnaldo Süssekind – Um Construtor do Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRUNDFOSSEN, Peter D., **A study of the arguments for and against the Factory Act of 1833 used by members of Parliament in the House of Commons (1965)**. Dissertations and Theses. Paper 212. Disponível em: <https://pdxscholar.library.pdx.edu/open_access_etds/212/>. Acesso em: 28 set. 2023.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia: meio século de formação ideológica do direito do trabalho espanhol (1873-1923)**. Tradução: António Moreira. Portugal: Almedina, 2001.

MORAES, Evaristo. **Apontamentos de direito operário**. Rio de Janeiro, 1905. Disponível em: < <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/589>>. Acesso em: 28 set. 2023.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **110a. Conferência Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_848148/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 27 set. 2023.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Observações e Solicitações Diretas formuladas pelo Comitê de Peritos nos anos de 2017 a 2022**. Disponível em: < em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13201:::NO:13201:P13201_COUNTRY_ID:102571>. Acesso em: 28 jul. 2023.

SILVA, Sandro Pereira. **A estratégia argumentativa da reforma trabalhista no Brasil à luz de dados internacionais**. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômicas Aplicada. Carta de Conjuntura. Abril/2018.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT: uma história de trabalhadores**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA CULTURA DO CANCELAMENTO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN WORK RELATIONS AND ITS REFLEXES ON CANCELLATION CULTURE

Magno Gomes de Oliveira¹
Sylvianne Fontenelle Santos de Oliveira²

Resumo

O trabalho versa sobre as novas tecnologias que têm sido usadas na coleta de dados pessoais de candidatos a emprego, junto às redes sociais, para fins de perfilamento antecipado do trabalhador que, a despeito das melhores qualificações profissionais que ostente, pode sofrer um “cancelamento prévio” de eventuais empregadores, apenas em decorrência do exercício de seu direito constitucional à liberdade de expressão. Serão ainda examinados os instrumentos normativos adotados pela comunidade europeia, bem como os meios de proteção legal erigidas em Portugal, pelo Código do Trabalho e pelo Regime Geral da Proteção de Dados (RGPD). Finalmente, serão abordados os desafios impostos pelas

1. Juiz de Direito do TJCE e Professor da ESMEC. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (2018), Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pela Universidade de Coimbra (2019), Mestre em Direito Constitucional pela UFC (2005). Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=9761095650A05DA14CC655EC5F5631A1. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7314-4211>.

2. Técnica Judiciária do TRT da 7ª Região desde 1990. Mestranda em Direito pela Universidade de Lisboa (2018). Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-3522-0892>.

estratégias de burla à proteção de dados, através do emprego da inteligência artificial.

Palavras-chave: Recrutamento de empregados; coleta de dados pessoais; inteligência artificial; perfilamento do trabalhador; violação de direitos de personalidade.

Abstract

The work focuses on new technologies that have been used to collect personal data from job candidates, along with social networks, for advance profiling of workers who, despite the best professional qualifications they have, may suffer “prior cancellation” from potential employers, solely as a result of exercising their constitutional right to freedom of expression. The normative instruments adopted by the European community will also be examined, as well as the means of legal protection established by the Labor Code and the General Data Protection Regime (GDPR), in Portugal. Finally, the challenges posed by data protection fraud strategies will be addressed, through the use of artificial intelligence.

Keywords: *Recruitment of employees; collection of personal data; artificial intelligence; worker profiling; violation of personality rights.*

Introdução

Desde a revolução industrial, iniciada ainda na segunda metade do século XVIII, as sociedades têm buscado melhores tecnologias para aprimorar seus processos de produção, e um dos fatores essenciais tem sido a mitigação de riscos. Especificamente no domínio do direito laboral essa mitigação deve incidir sobre todos os insumos (inclusive e especialmente o insumo humano). Por consequência, os empregadores têm buscado, logo no processo de recrutamento, selecionar candidatos que representem o menor risco possível ao empreendimento, mas a busca por esse perfil tem adotado um *modus operandi* de ética absolutamente questionável.

Nesse cenário, e com o despontar do século XXI, os instrumentos de inteligência artificial assumiram condição primordial, na me-

didada em que têm servido para captação de dados pessoais, tratados como o “ouro moderno”. Hoje pertencemos não mais à “sociedade da informação”, ou à “sociedade do consumo”. Pertencemos sobretudo à “sociedade do risco”, e em nome deste quase tudo se justifica, inclusive a perene monitorização dos pensamentos que cristalizamos nas redes sociais. Ao que parece, empregadores de todos os continentes perceberam o potencial lucrativo desses dados, os quais permitem não apenas reduzir riscos, mas também “cancelar os indesejáveis”, os que tem a ousadia de expressar suas ideias. Nosso propósito é refletir sobre esse fenômeno, e para tanto apresentaremos um breve estudo a partir dos tópicos seguintes: a) novas tecnologias e a ameaça aos dados pessoais dos trabalhadores, b) a proteção de dados no âmbito do Código do Trabalho de Portugal, c) proteção de dados pessoais dos candidatos a emprego, d) algoritmos na burla à proteção de dados e a cultura do cancelamento.

1. Novas tecnologias e a ameaça aos dados pessoais dos trabalhadores

Asseverar que vivemos novas tecnologias presentes neste século XXI potencializaram de modo exponencial a chamada “sociedade da informação” constitui um autêntico truísmo, mas talvez não seja tão óbvio a afirmação de novas tecnologias têm sido empregadas amplamente para invadir a privacidade individual, e com claros reflexos em sua dimensão laborativa. De fato, as tecnologias voltadas ao rastreamento de trabalhadores e suas comunicações consistem em indesejável ameaça à proteção dos dados pessoais dos obreiros, a ponto do fenômeno ter sido levado em conta pelo RGPD de Portugal (Moreira, 2017, p. 20), inclusive porque os dados pessoais são coletados por potenciais empregadores ainda na fase de recrutamento, e por isso mesmo devem ser tratados antes mesmo da formalização do vínculo laboral, além do que devem ser preservados após o término da relação laboral. Todavia, cabe refletir se é dado ao empregador manter em seus arquivos informáticos os dados pessoais do trabalhador que recolheu legalmente? E em caso positivo, pode manter por quanto tempo? Ou ainda, se pode o empregador transmitir estes mesmos dados recolhidos a

outras empresas, e em que medida o ex-trabalhador pode exercer o seu direito de exigir a eliminação de todos os seus dados pessoais recolhidos? (Lambelho; Dinis, 2020, p. 402)

No Brasil, certo segmento doutrinário sustenta que a maioria dos dados mantidos na empresa, tais como *holerites*, informes de pagamentos ou dados no registro de empregados, dentre outros, são informações legalmente obrigatórias, razão por que não podem ser eliminadas, sob pena de imposição sancionatória por órgãos de fiscalização do trabalho, ou sob o risco de propositura de eventuais ações trabalhistas e previdenciárias.

Aduzem mesmo que a maioria desses dados devem ser armazenados por prazo indeterminado, pois podem ser requisitados, pelo MPT ou por juízos trabalhistas. Salientam ainda que os dados relativos às atas da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, o registro de empregados e o livro de Inspeção do Trabalho devem ser armazenados por prazo indeterminado, mas os dados referentes à relação de emprego (acordos de compensação, recibos de férias, pagamento de salário etc.) só precisam ser armazenados pelo lapso prescricional de cinco anos (Correia; Boldrin, 2020). De fato, tal posição doutrinária encontra arrimo no art. 16, I, da LGPD brasileira, segundo o qual o empregador poderá manter os dados dos empregados para cumprir obrigação legal ou regulatória pelo controlador, a despeito de pedido de eliminação pelo trabalhador, contudo, a manutenção desses dados não autoriza sua divulgação a terceiros, especialmente se isso importar em prejuízos ao titular dos dados, tal como na hipótese de dispensa por justa causa, nos moldes do art. 482 da CLT.

É oportuno lembrar que sob a invocação de princípios firmados no plano da Comunidade Europeia, o Regime Geral de Proteção de Dados de Portugal (RGPD) luso impôs modificações relativas à proteção de dados pessoais dos trabalhadores, e talvez um dos pontos mais relevantes tenha sido o fato do tratamento destes dados não mais estarem sujeitos a uma prévia autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal (CNPD), incumbida atualmente de mera função fiscalizatória (Lambelho; Dinis, 2020, p. 410). Além disso, o art. 88º do RGPD confere poderes

ao legislador português, e nessa esteira o art. 28.º da Lei 58/2019, assegurou o tratamento dos dados dos empregados pelo respectivo empregador, desde que observe as normas do Código do Trabalho (CT), e de outros diplomas eventualmente aplicáveis. É certo que o responsável pelo tratamento dos dados pessoais deve adotar medidas adequadas e necessárias para preservar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais dos titulares destes dados pessoais, ainda que a empresa detentora integre um mesmo grupo empresarial, ou um grupo de empresas envolvidas em atividades econômicas conjuntas (RGPD, art. 88º). Aliás, daí se infere a possibilidade das várias formas de controle através das novas tecnologias, bem como as diferenças na proteção dos dados pessoais dos trabalhadores pelos diferentes Estados-Membros da comunidade europeia (Moreira, 2017, p. 32).

Frise-se que o art. 70º do Código Civil luso tutela os direitos de personalidade, classificados como fundamentais pelos arts. 24º e 26º da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76). E na medida em que a relação laboral importa em disponibilização voluntária da força de trabalho de alguém que se obriga a uma prestação de natureza pessoal, resta evidente uma situação de subordinação jurídica, na qual o trabalhador é o elo mais fraco da corrente, nomeadamente porque o rendimento do trabalho normalmente é sua única fonte de subsistência (Lopes, 2014, p. 17). Por consequência, dispõe o art. 32º, nº 8, da CRP/76 que “são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, e em complemento o art. 34º da mesma CRP/76 assinala que “o domicílio e o sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada, são invioláveis” (Alves, 2020, p. 21).

E na mesma esteira, ainda em 2003 o legislador luso inseriu nos arts. 14º a 22º do CT uma subsecção intitulada “Direitos de Personalidade”, voltada à proteção dos dados pessoais na relação laboral (Lambelho; Dinis, 2020, p. 403), especialmente porque ainda no processo de recrutamento o potencial empregador já obtém acesso a diversos dados pessoais dos candidatos a emprego. Daí, se torna imperativo proteger a parte vulnerável, de quem não

se pode exigir informações sobre sua vida privada, seu estado de saúde, ou eventual estado gravídico, salvo se tais informações forem estritamente necessárias para aferição das capacidades próprias para o desempenho das funções do obreiro. Todavia, ainda assim o trabalhador tem o direito de: a) controlar seus dados pessoais, b) exigir retificação ou atualização dos mesmos (CT, art. 17º, nº 3º) (Lambelho; Dinis, 2020, P. 405-406).

Lembre-se que os direitos de personalidade definem a identidade de alguém, e por isso estão subjacentes à dignidade da vida humana, razão por que o ordenamento jurídico que não os respeite perderá a juridicidade (Amado, 2019, p. 106). Todavia, a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não significa inocorrência de limites quanto à utilização comunicação tecnologias de informação e de comunicação disponíveis na empresa. Ao contrário, podem ser fixados limites, tempos de utilização, ou vedação de acesso a determinados sítios eletrônicos (CT, art. 22º, nº 2), desde que estejam dispostas em regulamento interno (CT, art. 99º), e que sejam adequadas e proporcionais, nos moldes do RGPD (Nascimento; Gama, 2019).

Em paralelo, e ainda no plano dos direitos de personalidade, há de se ter em conta o direito à liberdade de expressão, reconhecido ainda em 1950, no art. 10º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Quintas, 2013, p. 149), que inspirou tanto o art. 37º da CRP/76, como o art. 14º do CT. Todavia, nenhum ordenamento interno admite direitos ilimitados, de modo que se a liberdade de expressão do trabalhador colidir com direitos do empregador deve incidir ao caso o artigo 14º do CT, para inibir abuso de direito do empregador. Densificando a hipótese, o Tribunal da Relação do Porto³ entendeu que não estava amparada pela liberdade de expressão a conduta de uma empregada de um lar de idosos que, injustificadamente e na presença de terceiros, repreendeu um colega de trabalho.

É imperativo reconhecer que o amplo acesso à internet rompeu barreiras, inclusive as que separavam a vida profissional

3. Tribunal da Relação do Porto. Processo n.º 276/13.3TTSTS.P1. Rel. Des. Jorge Loureiro.

e a vida pública da privada. Na relação laboral ocorre o mesmo, notadamente se um trabalhador tiver um *blog* pessoal no qual veicule suas opiniões ou divulgue informação relevante da empresa em que trabalha. Nesse caso será difícilimo equacionar o direito à privacidade, à liberdade de expressão do obreiro e os direitos do empregador (Amado, 2019, p. 127-128), eis que a liberdade de expressão do obreiro poderá implicar em consequências variadas para a empresa, especialmente se o perfil do trabalhador for público. Neste sentido, ainda em 27 de novembro de 2018 o STJ luso⁴, enfrentou os limites da liberdade de expressão do empregado com relevância às redes sociais.

A Corte decidiu que “o trabalhador goza, tanto no âmbito da empresa, como fora dele, de liberdade de expressão, ainda que tal liberdade não seja ilimitada, havendo que atender aos deveres de respeito, urbanidade e probidade”. Preconizou mais que “na aferição da gravidade de afirmações ofensivas para um administrador há que ponderar as circunstâncias concretas do caso, como sejam, o facto de tais afirmações serem proferidas no *Facebook* pelo trabalhador em momento de indignação e sem identificar o seu empregador, e a ausência de danos graves para o empregador” (Amado, 2019, p. 129-130).

Relativamente aos casos em que a liberdade de expressão colida indiretamente com a relação laboral, a solução passa necessariamente pela aferição de eventual abuso de direito. Nesse sentido, Leal Amado sugere a hipótese em que um engenheiro especialista em energia nuclear e um trabalhador subordinado de uma central atômica que, publicamente exprimam opiniões contrárias a tal forma de energia. Entende o jurista português que tais trabalhadores não terão violado o dever de lealdade, e podem exprimir suas opiniões, em carácter genérico, ainda que desfavoráveis à energia nuclear, isto porque a condição de trabalhadores não lhes exclui as prerrogativas constitucionais como cidadãos livres. O mesmo não se pode afirmar se, numa conferência patrocinada pela entidade empregadora, o obreiro causasse danos ou revelasse

4. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 4053/15.9T8CSC.L1.S2, de 27 de novembro de 2018. Rel. Des. Júlio Gomes.

segredos da empresa (Amado, 2019, p. 127).

Portanto, o direito à liberdade de expressão só pode ser tolhido no limite a garantir respeito ao núcleo essencial tanto do trabalhador como da entidade empregadora⁵. E quanto à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, cabe lembrar que “privacidade” diz respeito a vida privada ou particular, mas não se confunde com “intimidade”, a qual representa a essência da pessoa, seu interior.

Embora distintos, tais conceitos são correlacionados, seja porque a privacidade abrange o conceito de intimidade (Alves, 2020, p. 63), seja porque integra o conceito fundamental da dignidade humana, que representa um eixo de tolerância, por ser uma barra de proteção que irá delimitar até que ponto qualquer fato ou acontecimento é considerado tolerável em determinada sociedade. Aduz mais que acontecimentos reputados intoleráveis, por violadores da dignidade humana, têm de ser obrigatoriamente proscritos pelo Estado e pela sociedade (Alves, 2020, p. 66-67).

Por variados dispositivos o legislador infraconstitucional português buscou salvaguardar a reserva da intimidade da vida privada das pessoas: a) art. 80º, nº 1 do CC; b) arts. 164º, nº 1 e 417º, nº 3, “b”, do CPC; c) art. 16º, nº 1 do CT. Aliás, este último dispositivo aponta para reserva da intimidade da vida privada, nos moldes do conceito traçado pelo art. 80º do CC, todavia, observando o nº 2 deste último dispositivo é razoável inferir que foram ignoradas algumas situações, tais como as convicções sindicais, posto que restaram disciplinadas somente convicções políticas e religiosas (Amado, 2019, p. 131).

É certo que não existem direitos absolutos, razão por que a reserva da intimidade da vida privada comporta duas dimensões: tanto o direito de impedir o acesso a informações relevantes da vida privada, quanto o direito de impedir a divulgação dessas mesmas informações (Alves, 2020, p. 21-22). Com efeito, integram a vida privada de alguém seus dados pessoais (filiação, residência, número de telefone etc.), seus dados de saúde, sua vida conjugal,

5. Tribunal da Relação do Porto. Processo n.º 5433/16.8T9TVNG.P1. Rel. Des. Raúl Esteves.

sua vida no âmbito doméstico, dentre outros. Destarte, o conceito de vida privada é um tanto amplo, não comportando redução a uma única fórmula onde estejam contemplados todos os aspetos merecedores da tutela do direito.

Por consequência, eventual iniciativa do empregador para acessar informações sobre o comportamento extralaboral do trabalhador, especialmente em seu tempo livre, deve ser proscrita, por violar a vida privada do obreiro. Aliás, ausente do local de trabalho o empregado adquire a liberdade plena e se o empregador tenta controlar esta vida extralaboral sua conduta será punível (Amado, 2019, p. 131-132). Em sentido oposto, no âmbito das relações laborais é legalmente admissível o controle de um telefone ou de um *e-mail* da empresa, e que não devam ser usados para fins pessoais, mas tal controle reconhecido ao empregador somente se justifica para assegurar a boa execução do contrato de trabalho. Portanto, não é dado ao empregador extrair dados de redes sociais usadas pelo trabalhador para, a partir disso, decidir pela continuidade do trabalhador na empresa (Amado, 2019, p. 139-140).

Quanto ao tema, em acórdão de 11 de julho de 2019, o Tribunal da Relação de Lisboa⁶ proclamou que “os actos da vida privada do trabalhador não podem ser valorados em si mesmos, mas apenas nos reflexos que estes possam ter na estrutura empresarial ou na relação de confiança entre trabalhador e empregador”. A Corte pontuou ainda que “a mensagem que uma trabalhadora de limpeza envia, via *Facebook*, por *chat*, para uma aluna que frequenta um estabelecimento de ensino, que é cliente da empregadora, fora do tempo e do local de trabalho, a respeito de assuntos pessoais, é um acto da vida privada da trabalhadora”. E na esteira desse julgado, Leal Amado preconiza que o poder de controle do empregador somente se poderá estender a fatos extraprofissionais se estes tiverem repercussão no ambiente de trabalho, quebrando-se o bom funcionamento de uma determinada empresa, causando perturbações ou até mesmo afetando seu prestígio, de modo que o cerne para valoração destas situações será a perturbação ou

6. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo n.º 15070/18.T8LSB.L1-4, de 11 de julho de 2019. Rel.^a. Des.^a. Filomena Manso.

reflexos dos atos na relação jurídico-laboral, e não propriamente o comportamento em si (Amado, 2019, p. 131-140).

Aliado a isso, o ordenamento luso veda igualmente, no art. 29º do CT, situações de violência física ou de assédio psicológico (Amado, 2019, p. 131-140), e quanto ao ponto, a Convenção nº 190 da OIT assinala que “todos têm o direito de estar livres de violência e do assédio, incluindo a violência baseada em gênero”. Por isso, são necessárias medidas governamentais para salvaguardar os trabalhadores da violência e do assédio, assim considerados estagiários, desempregados, voluntários, candidatos a emprego, e até mesmo superiores hierárquicos que podem também ser alvos deste tipo de violência, a qual pode ser praticada através das novas tecnologias de informação e comunicação (NTIC). Nesse sentido, em acórdão de 16 de outubro de 2014, o STJ português pontuou que “normas de proteção de terceiros no âmbito do tratamento e da utilização de dados pessoais têm de se conjugar com a tutela geral da personalidade consagrada no art. 70.º do Código Civil, que por sua vez se filia nos princípios da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade da integridade física e moral das pessoas e no reconhecimento do direito (...) ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, previstos, respetivamente, nos arts. 1.º, 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP/76”⁷. No caso em alusão, a Corte salientou que estava em causa, além da privacidade, o direito fundamental à autodeterminação informativa, razão por que o simples fato de existirem dados públicos não se mostrava suficiente para afastar a lesão, eis que a proteção concedida pelo art. 47º, da Lei 67/98, de 26 de outubro, se destinava a preservar uma gama de direitos fundamentais, e não só o direito à privacidade.

Finalmente, acerca do direito à reserva e à confidencialidade, cabe invocar acórdão de 5 de julho de 2007, do STJ luso, segundo o qual “as novas tecnologias da informação invadiram a vida das nossas sociedades, incluindo o mundo laboral, trazendo

7. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 679/05.7TAEVR.E2.S1, de 16 de outubro de 2014. Rel.^a. Cions^a Helena Moniz.

consigo uma vasta gama de benefícios na área da informação e da comunicação, mas também riscos e perigos vários, nomeadamente no que respeita aos direitos da personalidade (...) nomeadamente da defesa da sua privacidade e da confidencialidade das suas mensagens”⁸. O exame do tema naturalmente nos remete à questão do correio eletrónico, no bojo do qual deve ser preservada a confidencialidade das mensagens pessoais, ou demais informações que possam ser realizadas utilizando equipamentos informáticos disponibilizados pelo empregador.

De fato, o tema exige especial atenção em caso de processo disciplinar, onde se discute a possibilidade do direito à prova por parte da entidade empregadora, para despedir o trabalhador, quando o acesso a correio eletrónico de carácter pessoal seja a única forma de demonstrar o cometimento de infração disciplinar que caracterize justa causa para demissão. Nessa ordem de ideias, o precedente ora aludido versou sobre despedida por justa causa de uma trabalhadora que enviou uma mensagem por correio eletrónico a uma colega, utilizando seu *e-mail* funcional, e enquanto estava em seu posto de trabalho. Além disso, os empregados sabiam que em casos de ausência ao trabalho outros colegas de empresa, poderiam ter acesso às mensagens, e isso efetivamente ocorreu, tendo um colega reportado o fato ao superior hierárquico, que soube que a multicitada mensagem continha considerações inoportunas sobre uma reunião de trabalho e sobre as pessoas que nela tinham estado presentes, inclusive do superior hierárquico da trabalhadora.

Deliberando sobre o caso concreto, o STJ português entendeu que o conteúdo da mensagem era de carácter pessoal, razão por que seu conteúdo não podia ter sido revelado, tampouco poderia constituir prova de uma eventual infração disciplinar. Esse foi o mesmo entendimento adotado pelo juízo de primeiro grau, o qual reputou ilícita a demissão da trabalhadora. Admitiu-se que o simples envio da mensagem não configurou infração disciplinar, e ainda que esta existisse não poderia ensejar a demissão. Em segunda instância o Tribunal da Relação confirmou a sentença monocrática, e embora

8. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 07S043, de 5 de julho de 2007. Rel. Cons. Mário Pereira.

tenha reputado a mensagem ofensiva aos superiores hierárquicos da trabalhadora, que teria malferido deveres de respeito, urbanidade e probidade, ainda assim destacou que a infração não era suficientemente grave para justificar o despedimento.

Inconformada, a empresa recorreu ao STJ português, para quem a tutela dos direitos de personalidade da trabalhadora e da entidade empregadora, nomeadamente a defesa da privacidade e da confidencialidade era o ponto fulcral a ser dirimido. Todavia, o acórdão do STJ advertiu que o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada eram invioláveis, sendo vedada toda ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal (CRP/76, art. 34^o, n^{os} 1 e 4).

A Corte pontuou mais que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias eram diretamente aplicáveis e vinculavam as entidades públicas e privadas, de modo que a lei somente poderia restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição (CRP/76, art. 18^o, n^{os} 1 e 2). Por fim, salientou o STJ luso que em razão do 22^o do CT, o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade, relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico, ainda que isto não prejudique o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico” (Alves, 2020, p. 72-76).

2. A proteção de dados no âmbito do Código do Trabalho de Portugal

O CT lusitano confere, entre outros direitos de personalidade do trabalhador (Fernandes, 2017, p. 238-248), o direito à proteção de dados pessoais, com assento no art. 17^o daquele diploma, e com estreita relação com os dados biométricos (CT, art. 18^o), os testes e exames médicos (CT, art. 19^o), a videovigilância e geolocalização (CT, arts. 20^o e 21^o), e a confidencialidade de mensagens e de

acesso a informação (CT, art. 22º). Em razão disso, tanto na fase de recrutamento como no curso da relação empregatícia, é indubitável que o obreiro possa ter interesse em conhecer aspectos da vida privada ou da saúde do trabalhador, mas o art. 17º do CT torna inexigíveis do candidato informações sobre sua vida privada, salvo se indispensáveis para avaliar sua aptidão ao pretendido posto de trabalho. É certo que numa fase preliminar o potencial contratante pode questionar os candidatos se estão dispostos a responder a um questionário de índole pessoal, e perguntar não é o mesmo que exigir, mas ante a eventual recusa de algum candidato lei alguma obriga o empregador a contratá-lo.

Acerca dos testes médicos (Martinez et al; 2017, p. 160-161), dispõe o art. 19º, nº 1, do CT, que sua exigência é proibida para efeitos de admissão ou de permanência no emprego, salvo se tiverem por finalidade a proteção do próprio trabalhador ou de terceiros ou quando particulares exigências relativas à atividade o justifiquem. O nº 2, por seu turno, veda peremptoriamente a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez a candidatas a emprego ou trabalhadora, isto com o fito de defender a maternidade e a natalidade, mas a utilidade desse teste se mostra escassa, pois a candidata não-grávida poderá vir a engravidar no dia seguinte ao teste, ou na noite do mesmo dia. E o nº 3 do mesmo artigo dispõe que o médico responsável só poderá comunicar ao empregador se o interessado está ou não apto para o desempenho do cargo, tudo para manter confidencialidade dos testes realizados. Contudo, se é certo que a aferição da saúde dos candidatos a emprego faz sentido numa empresa de porte expressivo, o mesmo não se pode admitir numa pequena empresa (Menezes Cordeiro, 2019, p. 567).

Cabe ainda refletir se o trabalhador ou candidato ao posto de trabalho disporia do “direito à mentira”. Imagine-se que, diante de um eventual questionário do potencial contratante, o candidato camufla ou nega informações que possam prejudicá-lo na conquista da vaga. Nesse caso, havendo questionários insuficientemente justificados, ter-se-á uma contraordenação muito grave (CT, art. 17º, nº 5), além do que o candidato a emprego ou trabalhador que tenha prestado informações de índole pessoal, tem o direito de exercer

controle sobre elas, inclusive para fins de perquirir sobre os fins a que elas se destinam. Neste sentido a legislação relativa à proteção de dados tem aplicação (Menezes Cordeiro, 2019, p. 567-568).

Os dados biométricos, assim entendidos aqueles definidos no art. 9º, nº 4 do RGPD, se encontram disciplinados no art. 18º do CT (Martinez et. al., 2017, p. 159), segundo o qual somente poderão ser utilizados nas seguintes hipóteses: a) após notificação à CNPD; b) seu tratamento só é permitido se forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos; c) são conservados apenas pelo período necessário, devendo ser destruídos se o trabalhador mudar de local de trabalho ou se cessar a relação de trabalho; d) a notificação à CNPD deve ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, passados dez dias sobre a consulta, de comprovativo do pedido de parecer. Além disso, os dados biométricos são normalmente utilizados para controle de acessos à empresa ou a certas instalações, a utilização de computadores ou abertura de cofres, isto porque se mostra mais segura que os tradicionais códigos para a empresa, todavia representam um maior risco para a intimidade da vida privada (Menezes Cordeiro, 2019, p. 571). Nesse tocante, e ainda na vigência da Lei nº 67/98, através de Parecer de 26 de fevereiro de 2004, a CNPD emitiu um conjunto de princípios norteadores do tratamento de dados biométricos para controle de acessos e de assiduidade.

Quanto aos meios de vigilância à distância, foram disciplinados nos arts. 20º e 21º do CT (Martinez et al, 2017, p. 161-166), e devem observar os vetores seguintes: a) o empregador não os pode utilizar para controlar o desempenho profissional dos trabalhadores, mas apenas para a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando especiais exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem; b) a existência de tais meios deve ser sinalizada no local, e sua utilização está sujeita a autorização da CNPD, a quem incumbe verificar se são necessários, adequados e proporcionais aos objetivos; c) o pedido deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível dentro de dez dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer. E no plano jurisprudencial, o STJ português tem reconhecido como

equipamento tecnológico qualquer meio de “captação à distância de imagem, som, ou som e imagem”, rejeitando a incidência do conceito quanto ao GPS, mas admitindo que as decisões sobre o uso se incluem nos poderes diretivos do empregador. Contudo, pelo menos quanto ao GPS, entendimento diverso tem sido adotado por alguns Tribunais da Relação, os quais têm invocado o disposto no art. 20º do CT (Fernandes, 2017, p. 240).

A propósito da confidencialidade de mensagens e de acesso a informação (Fernandes, 2017, p. 241), tal direito encontra amparo no art. 34º da CRP/76, mas também no art. 22º, do CT, o qual confere ao trabalhador o direito à reserva e confidencialidade quanto ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e de acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico (nº 1), embora o empregador possa estabelecer regras de utilização de tais meios de comunicação na empresa (nº 2). Todavia, é vedado ao empregador realizar intromissões no conteúdo de mensagens pessoais recebidas ou remetidas pelo obreiro, ainda que no local de trabalho, sejam elas por carta ou por correio eletrónico.

Conclusivamente, não é dado ao empregador o direito de acessar mensagens pessoais constantes na caixa de correio eletrónico do trabalhador⁹, caso isso ocorra, somente pode se dar na presença do trabalhador, e desde que limitado à visualização do endereço do destinatário, do remetente, do assunto, ou da data e hora. Raciocínio diverso se opera quando os meios informáticos e telefônicos pertencem à empresa e por ela tenham sido colocados à disposição do trabalhador, com a finalidade exclusiva de servir como instrumentos de trabalho (Guimarães; Redinha, 2003, p. 663). Isso se deu porque o legislador sentiu necessidade de explicitar que a entidade empregadora pode restringir o acesso a tais meios, e tampouco está obrigado a permitir sua utilização para fins pessoais. Contudo, não o fez de forma explícita, eis que não fixou a

9. No mesmo sentido, os *sites de internet* porventura consultados pelo trabalhador e as informações por ele recolhidas gozam igualmente da proteção deste preceito, assim como também como as ligações telefônicas que haja realizado a partir do local de trabalho.

forma pela qual tais regras deverão ser concebidas e comunicadas (Martinez et. al., 2017, p. 167). Além disso, o eventual descumprimento das regras de utilização fixadas pelo empregador configura infração disciplinar, mas não autoriza que o empregador vulnere o direito à confidencialidade.

Nessa trilha, o STJ português já decidiu que: a) a falta de regulamentação do uso do correio eletrônico pelo empregador permite ao empregado utilizá-lo em mensagens pessoais, próprias de sua vida privada¹⁰; b) as mensagens pessoais, mesmo que processadas através do equipamento tecnológico da empresa, integram a vida privada do trabalhador, sem prejuízo de que empregador possa regulamentar o acesso e a utilização das caixas de correio eletrônico pelos trabalhadores, mas que na falta dessa regulamentação se opera um uso livre dos instrumentos de correio eletrônico, por parte do trabalhador (Ramalho, 2014, p. 11-12).

3. Proteção de dados pessoais dos candidatos a emprego

O tema aponta para a análise do risco sobre a proteção de dados dos trabalhadores e uma avaliação da proporcionalidade, isto de modo a encontrar um equilíbrio entre o direito à proteção de dados e os interesses da entidade empregadora. De fato, é necessário preservar a vida privada do trabalhador ainda na fase de recrutamento, inclusive porque a utilização das redes sociais tem sido generalizada, e relativamente comum que os perfis de utilizador sejam acessíveis ao público, dependendo das definições escolhidas pelo titular da conta. Por tal razão, o GT29 emitiu o Parecer nº 2/2017, no qual opinou que o tratamento de dados é reputado lícito, desde que se verifique o “interesse legítimo” do empregador; vale dizer, na medida em que tal recolha de dados se mostre necessária e pertinente ao desempenho da função almejada pelos candidatos, mas estes devem ser disso informados. E, obviamente, os dados recolhidos durante o processo seletivo devem ser deletados tão logo o candidato seja eliminado do certame, ou caso recuse o posto

10. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 07S043, Relator Mário Pereira.

de trabalho, mas, além disso, os candidatos devem ser informados sobre qualquer tratamento de dados pessoais antes de deflagrado o processo de recrutamento¹¹, pois se é correto que análise de risco e a avaliação propostas são importantes, é igualmente certo que o consentimento individual externado somente no curso do processo seletivo não pode convalidar o tratamento prévio dos dados ante a hipossuficiência do empregado frente ao potencial empregador.

Demais disso, se a coleta versar sobre dados disponíveis publicamente em várias redes sociais, ainda assim os titulares dos dados devem ser previamente cientificados, isto porque os empregadores podem ostentar capacidade técnica da verificação permanente sobre a vida dos trabalhadores através do monitoramento de informações sobre amigos, opiniões, crenças, interesses, costumes, paradeiro, atitudes de comportamentos e, assim, da captação de dados, especialmente os dados sensíveis relativos à vida privada e familiar do trabalhador. Por motivo idêntico, a verificação dos antecedentes laborais nos perfis sociais dos obreiros não deve ser generalizada, e tampouco se pode exigir do trabalhador ou do candidato a emprego que este compartilhe com o potencial contratante o acesso dos conteúdos privados que remete a outrem através de suas redes sociais, pois a monitorização e o controle de candidatos, ou mesmo de antigos trabalhadores, deve estar restrita aos fins comerciais ou privados, necessários para proteger os interesses legítimos da empresa¹², e só devem ter lugar na ausência absoluta de outros meios menos invasivos disponíveis.

Aliás, raciocínio idêntico se aplica na esfera processual penal, relativamente aos meios ocultos de obtenção de provas. Portanto, o conflito de interesses se mostra muito delicado, inclusive porque se impõe a reflexão de que a identidade pessoal de um trabalhador,

11. Nos casos em que o empregador pretender conservar os dados já com vistas a uma futura oportunidade de trabalho, deve, o titular dos dados, ser informado desse fato, devendo ser-lhe dada a possibilidade de se opor a esse tratamento posterior, caso em que deverá ser eliminado.

12. Caso de um empregador que monitoriza os perfis de antigos trabalhadores no *LinkedIn*, que estão envolvidos durante a vigência das cláusulas de não concorrência, em GT29. Parecer nº 2/2017, WP 249, acerca do tratamento de dados no local de trabalho, de 8 de junho de 2017, notadamente o ponto 5.2., "*Processing operations resulting from monitoring ICT usage at the workplace*", p. 12.

disponibilizada num perfil oficial nas redes sociais, pode afetar a imagem corporativa da empresa, razão por que deve ser claramente especificado, os seus termos e condições no contrato de trabalho. Com efeito, o justo equilíbrio entre o direito à proteção de dados dos trabalhadores, e os legítimos interesses das empresas, aponta no sentido de que deve ser assegurado a estes o direito de manter um perfil “não laboral” e “não público”, que possa ser usado em paralelo ao “perfil oficial”, derivado da relação de emprego, e isso deverá ser especificado.

4. Algoritmos na burla à proteção de dados e a cultura do cancelamento

Para além do monitoramento das redes sociais de candidatos a postos de trabalho, atualmente é corriqueiro que grandes empresas utilizem algum tipo de inteligência artificial para “turbinar” seus processos de recrutamento. Tal mecanismo é utilizado por empresas como *DeepSense*¹³, e efetivamente tem despertado a atenção dos recrutadores, pois realiza um teste de personalidade através de um *scan* total às redes sociais dos candidatos. Em regra, os dados ali obtidos têm valor decisivo no processo de recrutamento, eis que validam o perfil do candidato pretendido antes mesmo de qualquer análise do seu currículo. O curioso é que a despeito dos limites impostos pelo RGPD, e dos eventuais esforços da autoridade nacional de proteção de dados em busca de inibir a novel estratégia de utilização indevida de informações recolhidas *online*, a empresa que tutela a *DeepSense* admite que a análise pode ser feita com ou sem o conhecimento do candidato.

Segundo o *Eurostat* (2022, *online*), nos últimos anos o número de empresas europeias que recorrem às redes sociais no âmbito de processos de recrutamento triplicou, e para 56% (cinquenta e

13. *DeepSense* é uma empresa com sede em São Francisco e na Índia, mas com operações globais, representa uma tendência generalizada nas empresas em matéria de recrutamento, a qual inverteu a lógica da típica seleção sustentada no currículo e nas competências elencadas pelos candidatos, e passou a adotar um padrão de recrutamento baseado na sua personalidade, pois se é certo que ninguém quer correr o risco de contratar o perfil errado, é igualmente certo que não há tempo para perder meses em sucessivas entrevistas e testes de seleção até chegar ao candidato certo.

seis por cento) das organizações que operam no velho continente as redes sociais *online* representam o palco preferencial para a identificação e validação de candidatos. Em Portugal, apenas 30% (trinta por cento) das empresas admitem o manejo desse tipo de ferramenta na seleção de candidatos, mas os especialistas advertem que há significativa possibilidade de uma “burla de etiquetas”, pois nem sempre o que as empresas assumem como prática corresponde ao *modus operandi* que realmente adotam. Aliás, numa entrevista ao jornal *Expresso*, em março de 2018, Pedro Caraméz, consultor e formador em *social recruiting*, admitiu que quase nenhuma empresa contratava sem recorrer às informações do candidato nas redes sociais, e ponderou sobre uma mudança total no paradigma do “recrutamento e do recrutador, com novos desafios a emergir no campo ético”. Por outro lado, a inteligência artificial está presente em inúmeras plataformas e sistemas semelhantes à *DeepSense*, e segundo uma pesquisa da *Repler*, empresa internacional especializada em redes sociais, 91% (noventa e um por cento) dos recrutadores mundiais admitem não contratar qualquer candidato sem analisar detidamente seu perfil nas várias redes sociais, ao passo que 47% (quarenta e sete por cento) reconhecem que validam o perfil do candidato no momento exato em que recebem seus currículos, eis que, no campo prático, as redes sociais se converteram na primeira etapa de qualquer processo de seleção e não um mero instrumento complementar de validação do candidato. A lógica adotada é que um teste de personalidade, de base científica para identificar inconsistências no perfil dos candidatos a um emprego, pode ser realizado com ou sem o conhecimento deles. Naturalmente que tal tendência de emprego indiscriminado dos algoritmos nos processos de recrutamento de candidatos, com descarte da avaliação humana, desperta a preocupação dos especialistas e reguladores.

Ifeoma Ajunwa, professora de gestão e de ética e tecnologia nos novos contextos laborais, da Universidade de Cornell, critica severamente a automação nos processos de recrutamento e alerta inclusive para os riscos de enviesamento da análise que derivam desta metodologia. Aduz que os algoritmos podem causar mais

problemas num processo de recrutamento do que um gestor com preconceitos em relação a determinado candidato, e alerta que devido à atual dimensão do manejo de algoritmos nos processos seletivos, é fundamental que tais algoritmos sejam cientificamente testados, de modo a que percebamos se a sua análise é justa, transparente e correta, como deve ser. Adverte ainda que candidatos a postos de trabalho deviam ser prudentes e não postar nas redes sociais algo que possa comprometê-los numa eventual entrevista de emprego, mas juristas portugueses ponderam que o RGPD impõe restrições de acesso à informação e tratamento dos dados extraídos das redes sociais. Apesar disso, certas empresas solicitam aos candidatos que aceitem determinada conexão para poderem ter acesso aos conteúdos e informações restritos que partilham com a sua rede de amigos, o que caracteriza prática claramente abusiva, eis que compele um candidato a aceitar conexões em redes sociais que permitirão vasculhar o seu perfil e obter informações adicionais, tudo sob pena de exclusão sumária do processo de recrutamento. De fato, é perceptível que os algoritmos propiciam o tangenciamento dos limites legais e éticos, na busca obstinada por dados pessoais de candidatos a emprego.

É oportuno referir que o RGPD de Portugal pressupõe que exista um consentimento formal do candidato para que a empresa possa utilizar a informação constante nas suas plataformas sociais como o *Facebook*, *Twitter* ou *Instagram*, no âmbito do processo de recrutamento, pouco importando se a recolha se opera por meio de empresas externas e *softwares* de inteligência artificial. Na verdade, não é razoável admitir que o conteúdo partilhado numa rede social, e fora do âmbito profissional, possa ou deva ser utilizado como principal base decisória num processo de recrutamento. De fato, por força do mesmo RGPD, logo no ato da submissão da candidatura e envio do currículo, deve o candidato ser cientificado que no processo seletivo poderão ser consideradas as informações disponíveis nas suas contas em redes sociais, para que o mesmo possa manifestar eventual oposição. Contudo, seria muita ingenuidade desconsiderar que eventual oposição do candidato importará em significativas chances de que seja ele “cancelado” do recrutamento, ainda que isto

se verifique de forma velada. Em todo caso, se houver evidência de que o “cancelamento do candidato” se deu por força da negativa de autorização de acesso às suas redes sociais, poderá ele invocar o art. 16º do CT e denunciar a conduta espúria às autoridades competentes, e isto poderá ensejar a aplicação de severas coimas, que podem alcançar dez milhões de euros ou 2% (dois por cento) do volume de negócios anual da empresa a nível global, e nos casos mais graves, a penalidade pode importar em até vinte milhões de euros ou 4% (quatro cento) do volume de negócios anual da empresa infratora, consoante o montante que for mais elevado.

A propósito, apenas para que se possa dimensionar adequadamente o deplorável fenômeno contemporâneo, ainda em julho de 2020 a jornalista Bari Weiss pediu demissão do jornal *The New York Times*, por ter sido vítima da tal “cultura do cancelamento”. Weiss era editora de opinião do jornal e fora contratada para diversificar pensamentos ideológicos oferecidos aos leitores. Entretanto, por ser considerada liberal notou que seria impossível continuar seu trabalho, porque colegas a intimidavam e a ofendiam por defender valores de direita. Em suas reflexões sobre o episódio, e parafraseando involuntariamente o então decano do STF, Min. Marco Aurélio Mello, a jornalista ponderou que “vivemos tempos difíceis”, onde a “opinião da maioria” é vista como a única e exclusiva verdade, e onde não se percebe oportunidade para o diálogo. E para além disso, a radicalização tem sido percebida desde conversas entre familiares até linhas editoriais seguidas por veículos de imprensa (2020, *online*).

Finalmente, e inobstante a “cultura do cancelamento” somente tenha ganhado notoriedade neste século, o fenômeno existe há bastante tempo, e um de seus mais deploráveis exemplos ficou mundialmente conhecido como o caso da “Escola Base”, em 1994, no qual um casal de pais e um motorista de transporte escolar foram acusados de abusar sexualmente de crianças. De imediato, e sem qualquer prova ou chance de defesa, o maior veículo de comunicação brasileiro expôs as acusações, mas suprimiu a versão dos acusados, e seu ímpeto voluntarista foi seguido por outros veículos de imprensa, que também se sentiram autorizados a julgar e condenar os suspeitos no supremo tribunal midiático,

sem qualquer veredito do Poder Judiciário. O linchamento moral imposto aos suspeitos produziu como efeitos, não apenas saques ao colégio, mas também depredação das residências dos suspeitos, danos morais, além de ameaças de linchamento e de morte. Tempos depois, sem que provas confirmassem a gravosa acusação, o inquérito foi arquivado e os investigados restaram inocentados, mas com efeitos patrimoniais, morais e psicológicos irreversíveis. De fato, foram eles cancelados, sem qualquer chance de contraditório ou ampla defesa.

Considerações Finais

Ao fim deste pequeno contributo acadêmico, e considerando as limitações temporais que sempre nos acompanham, concluímos que: 01) as novas tecnologias têm sido empregadas amplamente para invadir a privacidade individual, e com claros reflexos em sua dimensão laborativa; 02) as ameaças à proteção de dados têm sido consideradas pelo RGPD de Portugal, pela LGPD brasileira, mas também em normativas internacionais; 03) diversos Estados conferem à privacidade o estatuto jurídico de direito fundamental, e isso tem inspirado a inserção de normas protetivas ao trabalhador no plano infraconstitucional; 04) embora seja certo que a liberdade de expressão não configura direito absoluto (pois nem o direito à vida ostenta tal condição), não é razoável que candidatos a postos de trabalho sejam objeto de um perfilamento algorítmico predatório e eticamente questionável, a partir de uma silenciosa (e insidiosa) recolha de dados e opiniões pessoais veiculados em redes sociais; 05) é sintomático que 56% (cinquenta e seis por cento) das empresas europeias admitam usar as redes sociais online como palco preferencial para a identificação e validação de candidatos; 06) é autenticamente estarrecedor o resultado de pesquisa realizada por empresa internacional especializada em redes sociais, segundo a qual 91% (noventa e um por cento) dos recrutadores mundiais admitem não contratar qualquer candidato sem analisar detidamente seu perfil nas várias redes sociais; 07) apesar das severas coimas adotadas em Portugal, e outros países europeus para punir violação só sigilo de dados pessoais, as evidên-

cias indiciárias demonstram que a “cultura do cancelamento” tem se tornado cada vez mais presente nas sociedades contemporâneas, e com claros reflexos nas relações de trabalho.

Referências

ALVES, Lurdes Dias. **Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral: o direito à privacidade do trabalhador**. Coimbra: Almedina. 2020.

AMADO, João Leal (et al.). **Direito do Trabalho. Relação Individual**. Coimbra: Almedina. 2019.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Henrique Martinucci. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho**, set. 2020. In: MSJ. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>. Acesso em: 20 set. 2023.

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

GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina. **O uso do correio eletrônico no local de trabalho: algumas reflexões**. Separata de Estudos em Homagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra, 2003.

LAMBELHO, Ana; DINIS, Marisa. **La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el RGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e control en el Derecho del Trabajo Digital**, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020.

LOPES, Sónia Kietzmann. **Direitos Fundamentais e de personalidade do trabalhador: direitos de personalidade do trabalhador à luz do código do Trabalho**. 2. ed. Lisboa: CEJ, 2014.

MARTÍNEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; MADEIRA DE BRITO, Pedro; DRAY, Guilherme; GONÇALVES DA SILVA, Luís. **Código do Trabalho Anotado**. 11. ed. Coimbra: Almedina. 2017.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0. In: **Questões Laborais**. Coimbra, ano 24. p. 26-29. jul./dez. 2017.

NASCIMENTO Ricardo; GAMA, Alexandre. **RGPD em contexto laboral**, 2019. In: Ordem dos Advogados. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/boletim/edicoes-de-2019/edicoes-pdf-para-download/>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. **Comissão Nacional de Proteção de Dados**. Princípios relativamente à utilização dos dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade, 2004. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. GT29. **Parecer n.º 2/2017, WP 249**. Dispõe sobre o tratamento de dados no local de trabalho, de 8 de junho de 2017, notadamente o ponto 5.1., “*Processing operations during the recruitment process*”, p. 11. Disponível em: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n.º 07S043**, de 5 de julho de 2007. Rel. Cons. Mário Pereira. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n.º 07S043**. Rel. Cons. Mário Pereira. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54d3c9f0041a33d58025735900331cc3?OpenDocument>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n.º 4053/15.9T8CSC.L1.S2**, de 27 de novembro de 2018. Rel. Cons. Júlio Gomes. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/78ecbcadad3ad69180258353003f8d97?OpenDocument>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Processo n.º 15070/18.T8L-SB.L1-4**, de 11 de julho de 2019. Rel. Cons. Filomena Manso. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/974ea-48f5719bc3802584390032b39f?OpenDocument>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo n.º 276/13.3TTSTS.P1**. Rel. Des. Jorge Loureiro. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/afb1c14eeb21b9b680257f6b003cca?OpenDocument>. Acesso em: 20 set. 2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo n.º 5433/16.8T9TVNG.P1**. Rel. Des. Raúl Esteves. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/6d54606360981c7380256879006d6592?CreateDocument>. Acesso em: 20 set. 2023.

QUINTAS, Paula. Os Direitos de Personalidade **Consagrados no Código do Trabalho na Perspetiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado**. Direitos (Des) Figurados. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas. In: **VI Colóquio sobre Direito do Trabalho**. Desafios atuais do processo do trabalho e Direitos de personalidade na relação de trabalho. Lisboa, 2014, p. 11-12.

A CONSOLIDAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

CONSOLIDATING INTERCURRENT STATUTE OF LIMITATIONS IN LABOR ENFORCEMENT LAWSUIT

Paulo Régis Machado Botelho¹

Resumo

O presente ensaio pretende fomentar o debate sobre a prescrição intercorrente na execução trabalhista e sua aplicação quando o processo judicial não se resolve ao longo do tempo. A análise ocorre a partir de uma abordagem conceitual inicial sob a perspectiva comparativa, pela identificação das diferenças entre as características da fase de execução antes e após a reforma trabalhista, especialmente quanto à inaplicabilidade da prescrição intercorrente. A abordagem é qualitativa, analítico-descritiva e baseada em revisão de literatura. Conclui-se que aplicação da prescrição intercorrente pelo magistrado deve acontecer de maneira cautelosa e razoável, mas com atenção à máxima efetividade.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente; processo de execução trabalhista; efetividade.

1. Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Direito da UNIFOR. Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Diretor da Escola Judicial do TRT 7ª Região.

Abstract

This paper aims to encourage the debate on the intercurrent statute of limitations in labor enforcement and its application when the lawsuit is not solved over time. The analysis is based on an initial conceptual approach from a comparative perspective, identifying the differences between the characteristics of the enforcement phase before and after the labor reform, especially regarding the inapplicability of intercurrent prescription. The approach is qualitative, analytical-descriptive, and based on a literature review. The conclusion is that the magistrate should apply the intercurrent statute of limitations in a cautious and reasonable manner but with attention to maximum effectiveness.

Keywords: *Intercurrent statute of limitations; labor enforcement process; effectiveness.*

Introdução

A prescrição no Direito do Trabalho sempre foi assunto tormentoso, tratado com olhar pouco empático pelos juslaboralistas. E tem justificativa histórica, em face do caráter alimentar dos créditos, o que provoca no intérprete uma análise diferenciada, em decorrência de regulamentação específica. É de óbvia sabença, que o Direito Laboral emancipou-se do Direito Civil, em decorrência da assimetria inescandível entre os sujeitos do contrato de trabalho, permitindo a intromissão do Estado para estipular regras normativas protetivas aos trabalhadores.

O viés tuitivo incrustado no DNA do Direito do Trabalho se revela de variadas formas durante o caminhar da relação de emprego. A relação jurídica que envolve empregado e empregador, simboliza a eterna dicotomia entre o capital e o trabalho, provocando no mais das vezes, dissensos insuperáveis que deságuam no Judiciário trabalhista.

O reconhecimento de um direito trabalhista pela Justiça do Trabalho, gera um crédito para o empregado, e quando não quitado espontaneamente pelo empregador, desemboca na necessidade de o credor promover a execução trabalhista, com todos os percalços

e dificuldades, na busca da concretização da justiça.

Neste ponto é que surge a controvérsia acerca da aplicação do instituto da prescrição intercorrente na fase de execução na seara laboral, quando o processo não se resolve ao longo do tempo. Diante de tal quadro, teceremos considerações sobre diferentes aspectos da temática, objetivando expor nosso posicionamento, derivados de intensas reflexões, sem pretensão de ares de definitividade.

1. Os contornos da prescrição intercorrente na fase de execução antes da reforma trabalhista (Lei nº 13467/2017).

O instituto da prescrição intercorrente tem na inércia do exequente a bússola para o intérprete aplicá-la ao caso concreto. A posição passiva do detentor de um crédito trabalhista, não mais se justifica, mormente quando acompanhado por um profissional habilitado a defendê-lo tecnicamente. A inércia cumulada com o fator tempo são os alicerces que propiciam o nascimento da prescrição, como perda da pretensão de impor através do Judiciário a submissão do interesse de um terceiro ao seu.

Wagner Giglio menciona que **“a prescrição decorre da inércia do titular de direito subjetivo em provocar o Poder Judiciário a reconhecê-lo por sentença, ou a satisfazê-lo, através da execução do julgado”** (Giglio, 2005, p. 530). A execução do julgado, portanto, não pode ficar a mercê da atuação do juiz, pois a parte favorecida, pode e deve, por meio do seu advogado, buscar todos os meios possíveis e lícitos para receber o seu crédito.

A inércia durante um certo lapso de tempo previsto em lei, acaba por aniquilar a pretensão de receber um crédito do devedor pela via forçada do Judiciário. Pontes de Miranda nos ensina que **“a prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações”** (Miranda, 2000).

A doutrina e a jurisprudência trabalhista, amplamente ma-

goritárias, rejeitavam a incidência da prescrição intercorrente na execução trabalhista. A Súmula 114 do Colendo TST, ao expressar que **“é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”**, sintetizava o pensamento dominante.

Os fundamentos que ancoravam a tese de inaplicabilidade do instituto nos feitos tramitantes na Justiça do Trabalho, se concentram notadamente, no caráter alimentar dos créditos trabalhistas e na dicção do art.765 da CLT, que diz que **“os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”**, ou seja, o juiz tinha dever de impulsionar os feitos.

E mais, **“era invocado o argumento de que a execução é promovida de ofício pelo juiz do trabalho, nos termos do art. 878 da CLT, não havendo espaço para aplicabilidade de tal instituto”**, como lembra Mauro Schiavi (2019).

Evidentemente, tal corrente de pensamento estava conectada ao fato concernente a possibilidade do uso do “jus postulandi” na Justiça do Trabalho, que hodiernamente é uma raridade perceptível para os que atuam no processo trabalhista. O trabalhador litigar na atualidade, sem o apoio do advogado, é uma temeridade, razão pela qual o “jus postulandi” é uma figura vegetativa, praticamente sepultada, que não pode servir de fundamento para manter afastada a prescrição intercorrente do processo trabalhista.

O caráter alimentar é um fundamento sensível, que exige do magistrado um exame rigoroso dos condicionamentos que levam a implementação da aplicação da prescrição. Não obstante, na atual quadra, não justifica por si só, o afastamento do instituto no campo processual trabalhista.

A corrente minoritária, que defendia o uso da prescrição intercorrente na fase de execução trabalhista, sustentava que o próprio art.884, no seu parágrafo 1º, do Diploma Consolidado, permite que nos embargos à execução seja alçada como matéria de defesa a prescrição da dívida.

E mais, acrescentava que de acordo com o art. 4º da Lei nº 5.584/70 **“nos dissídios de alçada exclusiva das juntas e na-**

queles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado, de ofício, pelo juiz”, ou seja, *a contrario sensu*, nos processos em que os trabalhadores estiverem litigando através de advogado, não caberia ao juiz proceder o impulso de ofício. Tal fato implicava que cabia ao profissional o dever de movimentar o processo, sob pena de, não o fazendo, sua inércia ocasionar a incidência da prescrição.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 327, admitia a prescrição intercorrente no direito trabalhista, o que gerava uma colisão com a Súmula 114 do TST, trazendo perplexidade para os cultores do Direito, principalmente para aqueles que tinham pouca familiaridade com o Direito do Trabalho.

A inexistência da prescrição legal expressa na CLT, no entanto, militava a favor dos que defendiam a tese da inaplicabilidade da prescrição intercorrente na esfera trabalhista. Tal situação perdurou até 2017, quando o cenário foi significativamente modificado com a promulgação da Lei nº 13.467/17, que efetuou múltiplas alterações na CLT. A denominada reforma trabalhista trouxe a prescrição intercorrente.

2. A situação do instituto pós-reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17)

A reforma trabalhista ao modificar mais de cem dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, trouxe uma inovação significativa, dentre outras, para a fase de execução. O novo artigo 11-A estipula que **“ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos”**, e no seu parágrafo 1º, menciona que **“A fluência do prazo prescricional intercorrente se inicia quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”**.

Diante da nova moldura legal, prevendo expressamente o instituto da prescrição intercorrente no corpo da CLT, diversos magistrados, datíssima vênua, de forma açodada, extinguiram processos que se arrastavam há mais de dois anos antes da promulgação da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), provocando uma

avalanche de recursos de agravo de petição perante os Tribunais Regionais do Trabalho.

Naquela ocasião, em boa hora, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho expediu a Recomendação N^o 3/GCGJT, de 24 de julho de 2018, dirigida aos magistrados prevendo no artigo 3^o que **“O fluxo da prescrição intercorrente contar-se-á a partir do descumprimento da determinação judicial, desde que expedida após 11 de novembro de 2017”**.

O conteúdo da Recomendação possibilitou uma travessia segura para o momento atual, possibilitando que o abalo tectônico promovido pela inserção da prescrição intercorrente nas relações trabalhistas pudesse ser amenizado com um norte interpretativo seguro. Hodiernamente, passados mais de cinco anos da presença do instituto mencionado no processo do trabalhista, não vejo, com todo respeito, como abrandar a efetiva aplicação da prescrição intercorrente na fase de execução.

A prescrição intercorrente tem sido debatida à exaustão, em seminários, congressos jurídicos e abordada em livros e periódicos, não sendo mais novidade e elemento de surpresa para os que militam na seara trabalhista. O advogado deve estar atento aos processos sob sua responsabilidade, cooperando com a justiça na busca pela satisfação do julgado. A inação, doravante, não pode ser tolerada na quadra atual em que vivenciamos a facilitação tecnológica promovida pelo PJe – Processo Judicial Eletrônico, permitindo que facilmente o profissional acesse o processo, fazendo o acompanhamento processual e peticionando na defesa dos interesses dos seus clientes.

Os delineamentos contidos no art.11-A são suficientes para que o intérprete aplique a prescrição intercorrente nos processos trabalhistas, observando, no entanto, algumas diretrizes jurisprudenciais, a fim de evitar surpresas processuais.

A primeira diretriz indica que a prescrição intercorrente não poderá retroagir para atingir processos em que o título executivo foi constituído antes da promulgação da Lei n^o 13.467/17. O Tribunal Superior do Trabalho por suas diversas Turmas, tem se posicionado de forma categórica, pela não aplicação da prescrição na situação em que a fase executiva tem se iniciado antes

da reforma trabalhista. Eis o posicionamento da Suprema Corte Trabalhista sobre a matéria:

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DA PARTE EXEQUENTE. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. TÍTULO EXECUTIVO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. INAPLICABILIDADE DO ART. 11-A DA CLT. Ante a possível violação do art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, deve ser provido o agravo de instrumento. Agravo de instrumento a que se dá provimento. **II – RECURSO DE REVISTA DA PARTE EXEQUENTE INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. TÍTULO EXECUTIVO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. INAPLICABILIDADE DO ART. 11-A DA CLT.** Esta Corte Superior tem entendido que a prescrição intercorrente, prevista no art. 11-A da CLT (acrescido pela Lei 13.467/2017), **não se aplica às execuções cujos títulos executivos sejam anteriores à vigência da Lei 13.467/2017**, que teve início em 11/11/2017. Considerando que a presente execução se iniciou com base em título executivo formado anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, inaplicável a prescrição intercorrente à presente execução trabalhista, nos termos da Súmula 114 do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. **(TST – RR: 00016205820125030021, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 14/12/2022, 2ª Turma, Data de Publicação: 03/02/2023)** **RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – EXECUÇÃO INICIADA EM DATA ANTERIOR À INCLUSÃO DO ART. 11-A NA CLT PELA LEI Nº 13.467 de 11/11/2017 – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 2º DA IN/TST nº 41/2018. INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO – SÚMULA/TST nº 114.** Antes da Reforma Trabalhista, levada a efeito pela Lei nº 13.467/2017, a questão da aplicabilidade da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho era bastante controversa, existindo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais abalizados num e noutro sentido. Com o advento da referida reforma, a qual introduziu o art. 11-A na CLT, a controvérsia foi dirimida, passando-se a admitir a prescrição intercorrente

também no processo do trabalho, fixando o prazo de 2 (dois) anos para aplicação da citada prescrição, com fluência a partir do momento em que o exequente deixar de cumprir determinação judicial no curso da execução. Quanto à aplicação das normas processuais contidas na CLT alteradas e acrescentadas pela Lei nº 13.467/2017, o TST editou a instrução Normativa nº 41/2018, segundo a qual, a nova lei destina-se a reger as situações futuras, vedada sua retroatividade, não se aplicando aos atos processuais realizados antes de sua vigência (art. 1º) e que “o fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A do CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017)” (art. 2º). Neste contexto, in casu, não se aplica a prescrição intercorrente, vez que o pleito diz respeito a execução iniciada antes das alterações introduzidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017. A jurisprudência atual desta Corte Superior se consolidou no sentido de ser “inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente” (Sumula/TST nº 114). Consigne-se que, embora a Lei nº 13.467/2017 tenha acrescentado à CLT o artigo 11-A, admitindo a prescrição intercorrente no prazo de dois anos, sua aplicação retroativa é inviável no presente caso, uma vez que a determinação judicial de satisfação do crédito é anterior à vigência da Lei nova. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. **(TST – RR: 00017602520115030087, Relator: Liana Chaib, Data de Julgamento: 17/05/2023, 2ª Turma, Data de Publicação: 19/05/2023)(...) II – RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. LEI Nº 13.467/2017. EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL NO CURSO DA EXECUÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017.** 1 – Esta Corte, por meio da Súmula nº 114 do TST, firmou o posicionamento de ser inaplicável ao processo do trabalho a prescrição intercorrente: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. 2 – A partir da Lei nº 13.467/2017, a CLT passou a prever, no caput do artigo 11-A, que “Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos”, preconizando o § 1º do mesmo dispositivo que “A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”. 3 – A fim de orientar a aplicação das normas

processuais da Reforma Trabalhista, a Instrução Normativa nº 41 do TST dispôs em seu artigo 2º que “O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11- A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017)”. 4 – Nesse passo, o entendimento desta Corte Superior é o de que, embora a Lei nº 13.467/2017 tenha acrescentado ao texto da CLT o artigo 11-A, admitindo a prescrição intercorrente no prazo de dois anos, sua aplicação retroativa é inviável nas hipóteses em que a determinação judicial no curso da execução é anterior à vigência da lei nova. Julgados citados. 5 – No caso concreto, é incontroverso que o exequente, embora devidamente intimado para indicar meios que viabilizassem o prosseguimento da execução, ficou inerte, razão pela qual os autos foram encaminhados ao arquivo em 03/03/2016; verifica-se, assim, que o TRT pronunciou de ofício a prescrição intercorrente em face da inércia do exequente em face de determinação judicial no curso da execução praticada em data anterior à vigência da Lei nº 13.467/2017. 6 – Contudo, a prescrição intercorrente é incompatível com a dinâmica do processo do trabalho anterior à Reforma Trabalhista, o que impossibilita a punição do exequente por inércia, bem como impede a perda da pretensão executiva. 7 – Desse modo, ao pronunciar de ofício a prescrição intercorrente, o TRT de origem incorreu em ofensa à coisa julgada albergada no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. 8 – Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. **(TST – RR: 107523420145010019, Relator: Katia Magalhaes Arruda, Data de Julgamento: 08/06/2022, 6ª Turma, Data de Publicação: 10/06/2022)**

Outro aspecto relevante é a imprescindibilidade da intimação do exequente nos processos de execução iniciados pós-reforma trabalhista, para que promova a movimentação processual. A cominação da penalidade deve estar contida no despacho de forma expressa e clara, não deixando a mínima dúvida de que a dormência por mais de dois anos implicará na declaração da prescrição pelo magistrado. Vejamos a jurisprudência do Egrégio Regional da 7ª Região acerca do tema:

AGRAVO DE PETIÇÃO. TÍTULO JUDICIAL CONSTITUÍDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17. PRESCRIÇÃO

INTERCORRENTE – ART. 11-A DA CLT. APLICABILIDADE. Ante a inércia do exequente, por mais de dois anos, de cumprir determinação judicial, **apesar de intimado para tal com expressa cominação de prescrição intercorrente**, mostra-se imperativa a confirmação da decisão recorrida, que declarou a referida prescrição e extinguiu a execução, em conformidade com o art. 11-A da CLT. Recurso a que se nega provimento. (TRT-7 – AP: 00010734520185070005, Relator: PAULO REGIS MACHADO BOTELHO, Seção Especializada I, Data de Publicação: 22/07/2023) **DO AGRAVO DE PETIÇÃO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMINAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO. ART. 11-A DA CLT. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO APLICAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO Nº 3/2018 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial diante do disposto no § 1º do art. 11-A da CLT. Consoante a Recomendação Nº 3/GCGJT, de 24 de julho de 2018, deve a notificação do exequente para cumprimento de determinação judicial no curso da execução observar expressamente a cominação das consequências do descumprimento, passando então a contagem do fluxo da prescrição intercorrente, a partir do inadimplemento da determinação judicial, autorizada só assim, a extinção da execução. **No caso, a parte reclamante, ora agravada, se manteve inerte em face de determinação, todavia, restou ausente nesta qualquer cominação das consequências do descumprimento, mais precisamente no que se refere ao disposto no art. 11-A da CLT, não havendo espaço, portanto, para aplicação da prescrição intercorrente na hipótese.** Agravo de Petição improvido. (TRT-7 – AP: 00980001520065070031 CE, Relator: CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO, Seção Especializada II, Data de Publicação: 09/11/2021) **AGRAVO DE PETIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO PARA PRÁTICA DE ATOS POSTERIORES à REFORMA TRABALHISTA. OBSERVÂNCIA DA RECOMENDAÇÃO Nº. 3 DO GCGJT.** O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nesse sentido, deve-se observar a Recomendação Nº 3/GCGJT, de

24 de julho de 2018, em que se prescreveu novas consignações, tais como a intimação do exequente para cumprimento de determinação judicial no curso da execução, com expressa cominação das consequências do descumprimento, passando então a contagem do fluxo da prescrição intercorrente, a partir do inadimplemento da determinação judicial, autorizada só assim, a extinção da execução, caso dos autos. Agravo de petição conhecido e negado provimento. **(TRT-7 – AP: 00015316220145070018, Relator: FRANCISCO JOSE GOMES DA SILVA, Data de Julgamento: 07/10/2020, Seção Especializada II, Data de Publicação: 07/10/2020)**

A polêmica que se percebe no dia a dia forense, está relacionada a reiteração de pedidos infrutíferos, ou seja, os advogados indicam algumas medidas que foram acolhidas pelo juiz e não tiveram sucesso.

Pergunta-se: a renovação dos mesmos pedidos, transcorrido um certo tempo, quando não encontrados bens penhoráveis, acarreta a interrupção da prescrição?

Penso que sim. A prescrição tem como característica marcante a inércia, que só se consolida quando o advogado silencia pelo espaço temporal delimitado em lei. Não obstante, deve o advogado ser criativo na busca por valores do executado, para satisfazer o crédito do seu cliente. A mera reiteração em curto espaço de tempo, sem qualquer fato novo ou narrativa que a justifique, pode levar o magistrado ao entendimento de que aquele peticionamento não interrompe a prescrição. Desta forma, cabe ao advogado diligenciar de forma supletiva na busca de bens do executado, concretizando na prática o princípio da cooperação judicial, conforme consagrado no artigo 6º do Código de Processo Civil: *“Todos os sujeitos do processo civil devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

André Molina (2023, p. 80)², com seu brilhantismo peculiar

2. MOLINA, André. “Iniciada a contagem da prescrição intercorrente, os pedidos do exequente de realização de novas diligências não têm o condão de interromper o prazo prescricional, dado que apenas a efetiva penhora é que poderá impedir que haja a consumação do prazo de prescrição intercorrente, na forma do art. 921, §4º-A do CPC (LGL\2015\1656).

Raciocinar em sentido inverso, atrelando a prescrição à postura do exequente no processo de execução, daria a este o direito potestativo de manipular o prazo, já

tem defendido, que diante das modificações promovidas pelas Leis nº 11.051/04 e 14.195/21, no art. 40 da Lei de Execução Fiscal e art. 921 do CPC respectivamente, a prescrição intercorrente não seria interrompida caso houvesse constrição de bens penhoráveis.

Os argumentos são poderosos, entretanto, entendo, que em matéria prescricional, envolvendo créditos trabalhistas, o intérprete não pode se desconectar da realidade que cerca as imensas dificuldades dos exequentes. Empresas laranjas, sócios ocultos, exclusão de sócios, ocultação de patrimônio, fechamento de empresas, terceirização, são alguns exemplos ilustrativos, que alongam demasiadamente o trâmite do processo de execução, evidenciando a saga percorrida pelo exequente.

Portanto, por hora, mantenho o convencimento, que a incessante busca pelo advogado do exequente de bens penhoráveis do executado, mesmo que infrutífera, interrompe a prescrição.

Evoluindo na reflexão, digamos que, mesmo efetivadas diversas medidas de forma reiterada, não se obtenha êxito na execução, qual seria o seu desfecho para o caso concreto?

Avalio, com tristeza, que a efetividade da justiça fica impossibilitada de ser concretizada. O trabalhador infelizmente conviverá com a dor, conforme o ditado popular, de “ganhar e não levar”. A falência do sistema de justiça emergirá na situação retratada, com o fenecimento do crédito alimentar derivado da ativação do trabalhador em prol do empregador.

A solução prática para o problema seria a implementação, via Congresso Nacional, do fundo garantidor de execuções trabalhistas, que serviria para minorar as frustrações legítimas, daquele que foi vitorioso perante os Tribunais Trabalhistas e não conseguiu receber o crédito reconhecido.

que bastaria agendar o requerimento de diligências executivas – mesmo sabedor de inócuas – de tempos em tempos, para que o prazo de prescrição fosse interrompido tantas vezes quanto fossem convenientes, devolvendo-se o lapso para que o aguardasse o surgimento de bens penhoráveis, cujo raciocínio levaria à perpetuidade das execuções, situação admitida pela redação originária no art. 40 da LEF (LGL\1980\10) e pelo CPC de 1973, mas que foi rejeitada pelo legislador contemporâneo, ao reformar a LEF (LGL\1980\10) em 2004 e ao aprovar o CPC (LGL\2015\1656) em 2015, com a atualização do seu art. 921, no ano de 2021”. A perspectiva objetiva da prescrição intercorrente nas execuções fiscal, civil e trabalhista: A falta de bens penhoráveis como fato jurídico suficiente. Revista de Direito do Trabalho, v.231, p. 75-100, set.- out./2023.

Desta forma, sintetizo, que a execução iniciada pós-reforma trabalhista, com a devida intimação do exequente para a prática de atos processuais, sob a cominação expressa do início do prazo prescricional, em caso de inércia, deságua, após dois anos de inação, inexoravelmente, na concretização da prescrição intercorrente.

3. A suspensão da execução quando não encontrados bens do devedor (art. 921, inciso III, § 1º do CPC).

O álbum processual civil de aplicação subsidiária no processo do trabalho, prevê a suspensão da execução pelo prazo de um ano, “**quando o executado não possuir bens penhoráveis**”, situação que abarca a quase totalidade dos feitos tramitantes na execução trabalhista, que se arrastam sem que exista uma solução para quitação do crédito do trabalhador.

A Lei nº 6.830/80, que trata das execuções fiscais, contém a mesma previsão no art. 40.

Transcorrido o período de um ano da suspensão da execução, inicia-se a contagem do prazo prescricional na fase de execução. A moldura legal expressa no Código de Processo Civil e na Lei nº 6.830/80 se adequa perfeitamente ao processo laboral. Deve, portanto, o juiz do trabalho, quando não encontrados bens do devedor, suspender a execução pelo prazo de um ano e, após o esgotamento desta dilação, cientificar o exequente que o marco inicial da prescrição intercorrente se iniciou.

Por economia processual é desejável que em apenas um despacho o magistrado suspenda o processo de execução e, desde logo, exteriorize para o exequente que, após o transcurso do prazo da suspensão (um ano), terá início automaticamente o prazo da prescrição intercorrente.

No entanto, é necessário ressaltar, que caso o magistrado entenda não caber a aplicação subsidiária do CPC, ou da Lei de Execução Fiscal, no que concerne à suspensão da execução, e desde logo intime o exequente do início da fluência do prazo de dois anos da prescrição intercorrente, é dever do exequente se insurgir contra tal medida, sob pena de, ultrapassados os dois anos previstos no

art. 11-A da CLT, a prescrição se consumar na sua inteireza.

Para deixar claro nosso pensamento, repito, entendo perfeitamente compatível com o processo do trabalho a suspensão da execução na forma acima delineada, entretanto, a insurgência contra o não cumprimento por parte do julgador da suspensão da execução, deverá obrigatoriamente ser ofertada no prazo de dois anos contados da ciência do despacho que expressamente intimou o exequente a promover a movimentação da execução, sob pena de início do prazo da prescrição intercorrente.

Por fim, é necessário mencionar, que discordo do entendimento de parcela da doutrina de que, não encontrando bens do devedor, seria impossível a incidência da prescrição intercorrente. Datíssima vênia, pensar desta forma implicaria a não aplicação do art. 11-A, e, na prática, fazê-lo de letra morta. O requisito legal pertinente à prescrição intercorrente caminha para o aniversário de seis anos, tempo mais que suficiente, para o profissional do direito ter se familiarizado com o instituto. A inexistência de bens penhoráveis, depois de exaustiva busca promovida pelo juiz, não é impeditivo para consumação da prescrição.

Ao discorrer sobre o assunto, Wolney Cordeiro (2017, p. 351) não “vê qualquer impedimento de índole sistêmica para a aplicação da regulação geral da prescrição intercorrente ao processo do trabalho. Ora, o objetivo fundamental desta modalidade de prescrição é evitar que a execução se eternize mesmo inexistindo lastro patrimonial suficiente para a satisfação da obrigação exequenda”.

E tal fato só irá ocorrer, no meu sentir, se o advogado não inovar com outros pedidos para movimentação do processo ou renovação de medidas anteriores dentro do prazo de dois anos do despacho do juiz. A inércia, volto a dizer, ficará configurada pela total inação do exequente.

4. Prescrição intercorrente nas execuções promovidas pela Fazenda Pública

A Lei de Execução Fiscal é uma lei especial, cujo escopo é disciplinar os trâmites processuais alusivos à cobrança da dívida

ativa dos entes públicos, prevalecendo sobre outros normativos que regulem a execução de títulos de natureza diversa.

O silêncio evidente no art. 11-A do Diploma Consolidado atrai o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional. A interpretação sistemática dos dispositivos retro apontados não deixa qualquer margem de dúvida de que a execução fiscal perante a justiça trabalhista obedecerá ao prazo prescricional de cinco anos. Por conseguinte, todas as normas previstas na Lei nº 6.830/80, permanecem regendo a execução da dívida ativa da União no bojo do processo trabalhista, convivendo harmonicamente com as normas atinentes à prescrição intercorrente do crédito trabalhista, inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Homero Batista (2022)³ ao comentar o art. 11-A da CLT fala em discriminação entre o credor trabalhista e o credor previdenciário caso prevaleça o entendimento de que a execução fiscal não se submete ao comando celetista. Não vejo a questão sob esta ótica, haja vista serem por demais consagrados os privilégios da Fazenda Pública, o que implica dizer, que o tratamento diferenciado quantos aos prazos de prescrição intercorrente, se repete em vários aspectos processuais nos litígios em que a União Federal atua como parte.

O interesse público prepondera sobre interesse privado, justificando a dualidade de prazos no curso da execução trabalhista.

5. O marco inicial da prescrição intercorrente (Art. 11-A, §1º da CLT)

No balizamento legal atual, **“a fluência do prazo prescricional inicia-se quando o exequente deixa de cumprir deter-**

3. BATISTA, Homero. “Resta saber o que o governo federal terá a dizer quando começarem a ser declaradas as prescrições intercorrentes perante o credor previdenciário, quer dizer, quando a União não conseguir movimentar o processo no espaço de dois anos, em meio à profusão de cobranças de contribuição social que foram instituídas nos últimos anos, aproveitando-se a estrutura do processo do trabalho. O art. 11-A não diferencia o crédito e se atém a dizer que a prescrição intercorrente campeia também no processo do trabalho. A União terá, em seu favor, a redação mais sóbria do art. 40, *caput* e cinco parágrafos da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), gerando uma situação de profunda discriminação entre o credor trabalhista – cujo prazo fatal é de dois anos – e o credor previdenciário – cujo prazo depende de prévia suspensão do processo e necessária comunicação antecipada”. (CLT comentada. Revista dos Tribunais, 2022, p. 65).

minação judicial no curso da execução". Qualquer irresignação do exequente em face dessa determinação judicial deverá ser deduzida no prazo de dois anos.

O texto legal não detalha as variadas hipóteses, que podem estar contidas na determinação judicial, o que reforça a necessidade do advogado, que defende os interesses do credor trabalhista redobrar sua atenção para questionar a determinação do magistrado, caso entenda por ilegítima. E na sequência, mantida a ordem, interpor o devido agravo de petição.

Tal postura, de não cruzar os braços, evitará o dissabor da incidência da prescrição intercorrente. Alguns doutrinadores defendem a tese de que a fluência do prazo prescricional só pode ter início, quando a determinação depender de ato estritamente pessoal do exequente. De forma exemplificativa, poderíamos ilustrar com a promoção dos artigos de liquidação pelo credor.

O consagrado mestre Maurício Godinho Delgado e a festejada professora Gabriela Nunes Delgado (2017, p. 115) trilham este caminho ao mencionarem que "é necessário que se trate de determinação relativa a ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se torna inviável. Ilustrativamente, a indicação de bens do devedor inadimplente para a continuidade da execução judicial (este, em geral, o grande embaraço ao bom desenvolvimento da fase executória processual) não constitui ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se torna inviável (...)."

Não obstante, diante dos novos rumos do direito processual, em que a cooperação judicial pontifica como um princípio, fica difícil apontar o que seria estritamente pessoal. Além do que, repito, a mencionada discussão teria que obedecer ao lapso temporal de dois anos.

6. A possibilidade da execução de ofício pelo magistrado quando o exequente se encontra sem advogado.

O art. 878 do diploma celetista permite a execução de ofício pelo juiz do trabalho **"apenas nos casos em que as partes não**

estiverem representadas por advogados.”

A interpretação do dispositivo legal acima e sua aplicação no campo processual trabalhista permite que se chegue à conclusão de que a prescrição intercorrente não se concretiza quando o trabalhador faz uso do “jus postulandi”.

O juiz do trabalho está autorizado de forma expressa pela lei trabalhista para promover o impulso processual na fase executória, não cabendo colocar sobre os ombros do exequente o ônus da sua inação. Dito isto, ressalto meu desacordo com a permanência do “jus postulandi” no cenário trabalhista. Longe de representar algum ganho ao trabalhador, se traduz em regra, em enorme prejuízo. O acompanhamento técnico do advogado é indispensável e necessário, diante da multiplicidade e complexidade das normas trabalhistas. A advocacia trabalhista nos dias atuais está representada por profissionais altamente especializados e qualificados para defenderem os interesses dos empregados e empregadores perante os Tribunais Trabalhistas. A escassez de profissionais em lugares longínquos não serve mais como fundamento para manutenção do instituto, diante da possibilidade das audiências telepresenciais.

Considerações Finais

A prescrição intercorrente no processo do trabalho é uma realidade indisfarçável, após a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17. O art. 11-A da Consolidação das Leis do Trabalho passa a reger de forma prioritária o referido instituto, auxiliado pelas regras expostas na Lei de Execução Fiscal e no Código de Processo Civil.

O magistrado na aplicação da prescrição intercorrente deve agir com cautela e razoabilidade, entretanto, não é recomendável, que à mercê de interpretações apoiadas no diálogo das fontes, rejeite, na prática, a efetividade do Instituto. Na fase de execução, cabe ao exequente no prazo de dois anos, cumprir as determinações dos juízes, ou se for o caso, impugná-los. A inércia pelo prazo superior a dois anos acarretará a consumação da prescrição intercorrente.

A inexistência de bens penhoráveis possibilita a suspensão da execução pelo prazo máximo de um ano, e após o seu vencimento a fluência do prazo para decretação da prescrição intercorrente se

inicia inexoravelmente. No correr de três anos, deve o profissional que acompanha o exequente usar de todas as estratégias moralmente lícitas, para obter a quitação do crédito trabalhista.

A única ressalva, que se faz na aplicação da prescrição intercorrente, se restringe à situação do exequente litigar sem a presença do advogado. Nessa hipótese, penso que ela não pode ser aplicada, diante da possibilidade da execução de ofício do crédito trabalhista por parte do magistrado. Em poucas linhas, portanto, são estas as considerações que entendo necessárias para a compreensão da realidade que circunda a prescrição intercorrente na execução trabalhista.

Referências

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Ltr, 1995.

BATISTA, Homero. **CLT Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BRASIL. **Decreto Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília: Senado Federal, 1943.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

COSTA, Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Editora Forense, 1996.

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

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 15 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MIESSA, Élisson. **O Novo Código de Processo Civil e Seus Reflexos no Processo do Trabalho**. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

MOLINA, André. A perspectiva objetiva da prescrição intercorrente nas execuções fiscal, civil e trabalhista: A falta de bens penhoráveis como fato jurídico suficiente. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 231, set-out/2023, p. 75-100.

SHIAMI, Mauro. **Execução no Processo do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: Editora Ltr, 2019.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Direito e Processo do Trabalho**. Editora Del Rey, 1994.

A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO É DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO STF TAMBÉM NO CASO DA UBERIZAÇÃO

THE DECONSTRUCTION OF LABOR LAW AND JUSTICE LABOR BY THE STF ALSO IN THE CASE OF UBERIZATION

Raimundo Dias de Oliveira Neto¹

Valdélío de Sousa Muniz²

Resumo

Predomina na legislação brasileira o modelo binário para classificação dos trabalhadores quanto à natureza jurídica do vínculo estabelecido nas relações de trabalho: autonomia ou subordinação celetista. A relação firmada entre os trabalhadores e empresas no modelo de trabalho mediado por aplicativos digitais (uberização do trabalho), a exemplo de motoristas e entregadores, tem causado polêmica na comunidade jurídica e rebuliços nos tribunais pátrios. A jurisprudência se mostra dividida no âmbito das Cortes Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho (TST). O presente texto visa à análise de recente decisão monocrática proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede

1. Juiz do Trabalho e Gestor Regional do Programa Trabalho Seguro no TRT-7^a/CE. Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Vale do Acaraú (UEVA/CE). Professor de Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. E-mail: raimundodon@trt7.jus.br

2. Analista Judiciário no TRT-7^a/CE (Assistente de Juiz). Mestrando em Direito Privado (Centro Universitário 7 de Setembro-Uni7). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Faculdade Darcy Ribeiro) e em Ensino de Língua Portuguesa (Universidade Estadual do Ceará-UECE). E-mail: valdeliosm@trt7.jus.br

de Reclamação Constitucional, no caso do modelo uberizado de trabalho, e de outros relevantes e atualíssimos julgados pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Corte Constitucional. Direito do Trabalho. Decisão do Supremo. Uberização do Trabalho.

Abstract

The binary model for classifying workers in terms of the legal nature of the relationship established in labor relations predominates in Brazilian legislation: autonomy or CLT subordination. The relationship established between workers and companies in the work model mediated by digital applications (uberization of work), such as drivers and delivery men, has caused controversy in the legal community and uproar in Brazilian courts. Jurisprudence is divided between the Regional Courts and the Superior Labor Court (TST). This text aims to analyze a recent monocratic decision handed down by the Federal Supreme Court (STF) in the context of a Constitutional Complaint, in the case of the uberized work model, and other relevant and very current decisions considered pertinent to the topic.

Keywords: Constitutional Court. Labor Law. Supreme Court decision. Uberization of Work.

Introdução

As novas formas de organização do trabalho que decorrem da expansão das diversas tecnologias desde o final da primeira década deste século desafiam os operadores do direito quanto ao enquadramento jurídico das relações de trabalho por elas estabelecidas, com destaque para o caso dos motoristas e entregadores por aplicativos digitais, notadamente nos modelos legislativos que adotam a divisão binária relativa à autonomia e à subordinação, como é o caso brasileiro.

Emerge, portanto, o debate sobre a natureza da relação de trabalho neste tipo de atividade, em que operadores do direito se dividem, essencialmente, entre três teses (ultrapassando, assim, o próprio modelo binário mencionado): 1) a da autonomia, defen-

dida pelas empresas (plataformas); 2) a do enquadramento como vínculo de emprego; e 3) uma terceira via que resulte da atuação legislativa, enquadrando os trabalhadores em lei especial, de modo a diferenciá-los de autônomos e subordinados, fugindo, portanto, do modelo binário que predomina na legislação pátria atual.

Trava-se mundo afora uma luta dos trabalhadores na busca por melhorias nas condições de trabalho, principalmente quanto aos fatores jornada e salário. Relevantes decisões judiciais já foram tomadas por instâncias superiores em importantes países, a exemplo do Reino Unido, Suíça, França, Holanda, Alemanha, Itália, Espanha e Estados Unidos, além da preocupação com a regulamentação, nas casas legislativas, desse novo tipo de trabalho.

No Brasil, no campo pragmático das decisões judiciais, ante a ausência de regulamentação específica, os elementos fáticos extraídos das provas produzidas nos processos individuais têm sido usados, ora para identificar indícios de autonomia (contrato de trabalho autônomo, independente, de natureza civil), ora para destacar indícios de subordinação (contrato de trabalho subordinado, com controle algorítmico, de natureza celetista).

De fato, o debate sobre o reconhecimento do vínculo empregatício neste tipo de relação de trabalho é bastante polêmico e controverso, posto que envolve os conceitos de subordinação jurídica, à luz dos arts. 2º, 3º e 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além do conceito de autonomia, nos termos do art. 593 do Código Civil c/c art. 442-B da CLT. Tem-se, ainda, outro dado relevante: o ajuizamento de ações na Justiça do Trabalho se intensificou a partir de 2016, inicialmente com ampla maioria de decisões na primeira e segunda instâncias pelo enquadramento dos trabalhadores como autônomos, afastando os elementos fático-jurídicos do vínculo de emprego.

As primeiras decisões no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a partir de 2018 (1ª, 4ª, 5ª e 8ª Turmas), também firmaram entendimento de que se trataria de trabalho autônomo, afastando os elementos caracterizadores do liame empregatício, com destaque para a ausência de subordinação jurídica neste tipo de relação de trabalho mediado pela tecnologia disponibilizada nos

aplicativos e plataformas digitais.

Ocorre que, a partir do final de 2022, com novas decisões proferidas no TST (3^a, 6^a e 8^a Turmas, nesta última com mudança de entendimento), teve destaque o reconhecimento do vínculo de emprego, trabalho subordinado. Com isso, a jurisprudência no âmbito da Corte Superior Trabalhista ficou dividida, carecendo de uniformização.

Para intensificar o debate no âmbito das cortes superiores nacionais acerca do trabalho plataformizado, mais recentemente (maio de 2023), o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão monocrática da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, em sede de Reclamação Constitucional (Rcl) contra decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-3^a Região), decidiu que deve ser reconhecida a natureza civil do contrato (autonomia) firmado entre os trabalhadores motoristas e as empresas de plataforma e que, assim, cabe à Justiça Comum (e não à Justiça do Trabalho) apreciar e julgar os conflitos estabelecidos neste novo tipo de relação de trabalho.

O presente texto, fruto (e ampliação) da conferência preparada pelos autores e apresentada no I Seminário de Direito Material e Processual do Trabalho, realizado pela Escola Judicial da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 7^a Região/CE (Ejud7), na cidade de Sobral, em agosto de 2023, analisa criticamente a postura da Corte Constitucional do País no enfrentamento do tema, notadamente quanto à recente e mencionada decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, enfocando a fundamentação quanto à tomada de posição pelo reconhecimento da autonomia, em detrimento da subordinação, e afastando do caso a Justiça do Trabalho.

1. Trabalho uberizado chega ao STF: Reclamação 59.795/MG

A jurisprudência no âmbito do TST, como já mencionado, encontra-se dividida quanto ao enquadramento dos trabalhadores que laboram no serviço de transporte de passageiro, em atividade mediada por aplicativos (plataformas) digitais. É o caso dos motoristas.

Quanto ao STF, chegou àquela Corte, em junho de 2023, o Recurso Extraordinário (RE) nº 1.446.336/RJ (originado a partir da Reclamação Trabalhista 0100853-94.2018.5.01.0067), distribuído ao Ministro Edson Fachin, mas ainda não apreciado, manejado pela empresa Uber contra decisão da 8ª Turma do TST, que reconheceu haver trabalho subordinado entre um motorista e a referida empresa. Além dele, tem-se a decisão monocrática, de maio de 2023, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, em sede de Reclamação Constitucional (Rcl) nº 59.795/MG).

A Rcl, de muita repercussão no meio jurídico, visa à preservação da competência do STF e garantia da autoridade de suas decisões, nos termos dos arts.102, I, l, e 103-A, *caput*, e § 3º, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-3ª Região), que reconheceu a tese da autonomia (contrato de natureza civil) e, deste modo, afastara a competência material da Justiça do Trabalho.

A ação trabalhista (nº 0010140-79.2022.5.03.0110) fora ajuizada originariamente na 31ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG. Por meio dela, o trabalhador pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego com a empresa Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda, com decisão desfavorável na primeira instância. O TRT-3ª Região, porém, reformara a decisão, passando a reconhecer, no caso, trabalho subordinado (natureza celetista).

A empresa interpôs Recurso de Revista, mas a Corte Regional não admitiu o recurso, optando a Cabify, em seguida, pelo ajuizamento, no STF, da Reclamação Constitucional, alegando que a decisão da Justiça Trabalhista mineira teria afrontado decisões da Suprema Corte tomadas na ADC 48, na ADPF 324, no RE 958.252 (Tema 725-RG), na ADI 5835 MC/DF e no RE 688.223 (Tema 590-RG).

A empresa defendeu perante o STF a tese de que a relação estabelecida com os motoristas por aplicativo se assemelha àquela regida pela Lei nº 11.442/2007 (que regulamenta o trabalho do motorista transportador autônomo de carga) e que, por esta razão, a Justiça do Trabalho não poderia reconhecer o vínculo de emprego. Afirmou também que não se trata de empresa com finalidade de transportar passageiros, mas de disponibilizar no mercado, para os motoristas,

a tecnologia embutida no seu aplicativo digital, apresentando-se, assim, não como empresa de transporte, mas de tecnologia.

Ao receber, como Relator, referida ação constitucional, o Min. Alexandre de Moraes acolheu os argumentos da empresa e proferiu decisão imediata concordando que se trata de relação de trabalho autônomo, motivo por que o caso deve ser apreciado pela Justiça Comum e não pela Justiça Especializada. Na decisão, consta que:

Os paradigmas de controle são a ADC 48, a ADPF 324, o RE 958.252 (Tema 725-RG), a ADI 5835 MC e o RE 688.223 (Tema 590-RG). [...]

Assim, a conclusão adotada pela decisão reclamada acabou por contrariar os resultados produzidos nos paradigmas invocados, a sugerir, conseqüentemente, o restabelecimento da autoridade desta CORTE quanto ao ponto. Realmente, a relação estabelecida entre o motorista de aplicativo e a plataforma reclamante mais se assemelha com a situação prevista na Lei 11.442/2007, do transportador autônomo, sendo aquele proprietário de vínculo próprio e que tem relação de natureza comercial. [...] Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido, de forma sejam cassados os atos proferidos pela Justiça do Trabalho (Processo 0010140.79.2022.5.03.0110) e DETERMINO a remessa dos autos à Justiça Comum.

Vê-se que os paradigmas de controle de constitucionalidade apontados pela empresa e manejados na referida decisão monocrática foram, portanto, os seguintes:

a) ADC 48 (Rel. Min. R BARROSO, Tribunal Pleno, de 15/4/2020), referente ao transporte rodoviário de cargas, constando na decisão que:

DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a

contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese.

Nessa perspectiva, controvérsias sobre relações jurídicas envolvendo tal diploma legal devem ser dirimidas pela Justiça Comum, e não pela Trabalhista, dada sua natureza jurídica comercial.

b) ADPF 324, Rel. Min. R BARROSO. Refere-se à constitucionalidade da terceirização em atividade-fim ou meio, com a fixação da seguinte TESE:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

c) Tema 725 de Repercussão Geral – RE 958.252 (Rel. Min. LUIZ FUX), no qual o STF fixou tese no sentido de admitir a possibilidade de outras formas de contratação de trabalho, diversas da relação de emprego estabelecida pelo art.3º, da CLT, não só pela terceirização, mas de outras formas desenvolvidos por agentes econômicos. A tese, ampla, tem a seguinte redação: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

d) Tema 590 de Repercussão Geral – RE 688.223 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, pub 3/3/2022), fixou a seguinte tese: “É constitucional a incidência do ISS no licenciamento ou na cessão de direito de uso de programas de computação desenvolvidos para clientes de forma personalizada, nos termos do subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03”.

e) ADI 5835 MC/DF versa sobre a cobrança de Imposto

Sobre Serviços de Qualquer Natureza, vinculados a contratos de prestação de serviços (LC 157/2016), por exemplo, o que ocorreria no caso dos serviços prestados pelos motoristas de aplicativo, na interpretação dada na decisão monocrática ora comentada.

Segundo a decisão do Min. Alexandre de Moraes, a interpretação conjunta dos referidos precedentes permite o reconhecimento, de forma genérica, sem análise fática, pontual, no caso concreto, da licitude de outras formas de relação de trabalho diversas da relação de emprego, regida pela CLT, no que estaria inclusa e relação estabelecida entre os motoristas de transporte de pessoas por aplicativo e as empresas donas das plataformas digitais, tendo o Ministro exemplificado também com a decisão proferida na ADI 5.625, acórdão redigido pelo Min. Nunes Marques, relativo à previsão da natureza civil para contratos de parceria entre salões de beleza e profissionais do setor, nos termos da Lei nº 13.352/2016.

Destaque-se, entretanto, que, da decisão monocrática no Supremo, a parte prejudicada (o trabalhador) manejou Agravo Regimental, em 5 de junho de 2023, com fulcro no Regimento Interno do STF e art.1021 do Código de Processo Civil (CPC), pendente de apreciação pelo Ministro relator até o fechamento deste artigo (22/09/2023), tendo havido pedido de vistas por parte da Procuradoria Geral da República (PGR), com apresentação posterior de parecer, em 31/08/2023, pedindo juízo de retratação e julgamento final pela improcedência do pleito empresarial na referida ação constitucional (STF, 2023).

2. Contrapontos à decisão monocrática no STF

Apreciar o questionamento se as empresas de plataforma, a exemplo da Uber, prestam ou não serviços de transporte, demanda análise cujo espaço e a proposta deste artigo não possibilitam maior digressão (Oliveira Neto, 2020, p. 152-167). De qualquer forma, constata-se que os trabalhadores se integram à atividade-fim do empreendimento – transportar pessoas, detendo as empresas todo o poder organizacional da atividade. O direito comparado tem reconhecido que a Uber se caracteriza como empresa de serviço de transporte, a exemplo de decisões prolatadas nos Estados Unidos e

na Inglaterra. O Tribunal de Justiça da União Europeia, igualmente, em dezembro de 2017, julgou incidente suscitado pelo Tribunal de Comércio nº 3, de Barcelona/Espanha, reconhecendo que a Uber faz oferta de serviço de transporte por meio de plataforma digital, reconhecendo-o como atividade fim da empresa. Esta premissa é de fundamental importância para a análise do caso dos motoristas, se autônomos ou subordinados, constituindo-se fator que passa sem enfrentamento nas decisões das Cortes superiores.

É certo que, para a aferição, ou constatação, se um trabalhador é empregado ou autônomo, necessariamente, nas diversas legislações nacionais, se estabelecem critérios de análise para dirimir as dúvidas que se levantam na chamada zona *gris* (Carelli; Carelli, 2020). As empresas de plataforma de serviço de transporte consideram mundo afora, e também no Brasil, que motoristas e entregadores são trabalhadores autônomos, independentes e, nesta condição, não são detentores daquele rol de direitos garantidos aos empregados registrados, estabelecidos na Constituição Federal e na CLT. Dúvidas, entretanto, se levantam quanto a este posicionamento empresarial, gerando debate na comunidade jurídica e efervescendo nas decisões judiciais (Chaves Junior; Oliveira; Oliveira Neto, 2021).

Viu-se que a decisão singular na referida Reclamação Constitucional coloca no mesmo plano, para justificar relação de trabalho autônomo, o caso dos motoristas de transporte de carga – atividade regulamentada pela Lei nº 11.442/2007; a atividade desenvolvida pelos profissionais da estética – regrada pela Lei nº 13.352/2016; e a relação de trabalho entre os motoristas de transporte por aplicativos e as empresas donas das plataformas de transporte alternativo individual de passageiros. Acrescenta, ainda, no mesmo balaio, relações de trabalho decorrentes de terceirização, pejetização e cobrança de imposto sobre serviços autônomos.

A decisão da Suprema Corte acima destacada (ainda que em sede monocrática, por enquanto) não se apresenta isolada do contexto neoliberal no qual o STF tem firmado posição, levando em conta inúmeras outras decisões que afrontam os pilares protetivos do Direito do Trabalho e atentam contra a competência material

da Justiça do Trabalho, com o claro intuito de efetivar seu esvaziamento. Não é sem argumentos que se têm destacado a atuação do Supremo como “*persona do capital*”, como bem enfatiza Coutinho:

A partir de 2007, a tônica adotada pelo STF foi praticamente uníssona na direção do enfraquecimento dos direitos do trabalho, ano a ano aumentando o grau de flexibilização e precarização das relações de trabalho, com uma ou outra sentença de menor repercussão como ponto fora da curva desse processo de dilaceramento das bases e do juslaboralismo. [...] Não por outro motivo, parte-se da premissa, após pesquisar e estudar decisões proferidas, de que o STF é órgão judicial da classe econômica dirigente, sendo, por isso mesmo, clássica *persona do capital* ao desmontar a engrenagem protetiva juslaboralista por intermédio de sucessivos pronunciamentos. (Coutinho, 2021, p.52.80)

Ressalte-se que é próprio do capitalismo que os detentores do capital renunciem a inviabilidade dos negócios sempre que os trabalhadores se organizam na luta por direitos. Casagrande (2021) destaca que foi assim para eliminar o trabalho infantil que dava suporte à indústria têxtil; na limitação de jornadas absurdas no início do processo industrial; para a adoção de medidas de proteção contra acidentes de trabalho na indústria da construção civil; proteção às mulheres quanto à licença gestante; e agora na luta dos trabalhadores por aplicativos no serviço de transporte (Casagrande, 2021), em que as empresas argumentam que não suportariam arcar com os custos trabalhistas, tese endossada em decisões judiciais, agora também no STF.

A decisão do Min. Alexandre de Moraes é polêmica e causa estranheza por alguns outros aspectos: acolhe reclamação constitucional sem paradigma claro à espécie; suprime da Justiça do Trabalho a prerrogativa da análise fática, no caso concreto, para averiguação da validade de eventual contratação civil (art. 9º da CLT); e declara a competência da Justiça Comum para processar e julgar os litígios envolvendo os motoristas e as empresas de plataforma, de modo a, no dizer de Carelli (2023), em contundente crítica à referida decisão monocrática:

confundir institutos como terceirização, trabalho autônomo e outros contratos de natureza civis, colocando tudo no mesmo balaio, e também por trazer uma sequência de precedentes que não dialogam entre si, e confundir instrumento de trabalho com meios de produção. (Carelli, 2023, *online*).

De modo abstrato, genérico, sem análise do caso concreto, o Ministro Relator enquadra como trabalhadores autônomos mais de um milhão de motoristas que atuam no Brasil a serviço das empresas de plataformas digitais no serviço de transporte. Invoca precedentes que nada têm a ver com o caso concreto dos motoristas de aplicativo, relativos, inclusive à terceirização de serviços e cobrança de imposto sobre serviços autônomos, matérias dissociadas do objeto do processo originário – a reclamação trabalhista em que o trabalhador pleiteia o vínculo de emprego, destacando Coutinho (2021, p. 80), acerca desta estranha técnica de fundamentação, que:

Alguns desses julgados são dotados de destacada inovação regressiva sequer objeto da matéria discutida nos autos, a ponto de causar prejuízos econômicos à classe trabalhadora jamais projetados quando da propositura de ação judicial pelos órgãos de classe na busca do reconhecimento da violação com a reparação de direitos.

É fato que a decisão proferida, neste tipo de relação de trabalho, na assimetria existente entre autonomia versus subordinação, prestigia acentuadamente a autonomia individual, no que diz respeito à liberdade de contratação. A decisão do Ministro Moraes radicaliza tal entendimento, posto que a vontade individual (autonomia da vontade), nos tipos de relação de trabalho apontadas pelo STF (terceirização, motorista autônomo, manicure, trabalhador pejotizado) deve se sobrepor sobre qualquer interpretação que pretenda analisar as relações individuais de trabalho sob a ótica do trabalho subordinado, o que cerceia o direito individual de ação e anula por completo a atuação da Justiça do Trabalho, no que toca à sua competência constitucional.

Ocorre que, com a decisão na Rcl/MG, o STF avoca para si a análise do caso concreto, manejado na reclamação trabalhista

originária, o que cabe exclusivamente à Justiça do Trabalho, a teor do comando constitucional insculpido no art.114 da Carta da Primavera, ao mesmo tempo em que ignora por completo o teor do art. 9º da CLT, segundo o qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Veja-se que, na ação originária (a reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho mineira), o autor apontou como causa de pedir eventual subordinação jurídica, com fulcro nos arts.2º, 3º e 6º da CLT, pugnando pela nulidade do contrato de adesão firmado com a empresa dona da plataforma, o que somente pode ser aferido na análise do caso concreto, com o fim de confirmar as alegações de defesa pela autonomia, ou reconhecer os elementos fáticos que caracterizam o vínculo de emprego.

Entretanto, numa penada somente, o Ministro disse que se trata de trabalho autônomo, à luz de precedentes totalmente desconexos, afastando a competência da Justiça do Trabalho, suprimindo a atuação da instância ordinária para a análise de casos concretos e selando (ou pelo menos pretendendo fazê-lo), assim, o destino de milhões de trabalhadores, no sentido de tolher o direito subjetivo de ação.

A decisão é, portanto, no mínimo, teratológica, na medida em que suprime o sagrado direito constitucional de ação (art.5º,XXXV), que possibilitaria a qualquer trabalhador deste setor questionar a validade do contrato de adesão firmado com empresas donas de plataformas digitais, no sentido de requerer do Judiciário a verificação de sua validade, face ao arcabouço legal civilista (contrato de parceria) ou, se não se constituiria em fraude, afronta ao contrato realidade, corolário do princípio da primazia da realidade sobre a forma (art.9º da CLT), o que somente pode ser analisado no caso concreto, em ações individuais, e na Justiça do Trabalho, quando o autor pugna pelo reconhecimento do vínculo de emprego, nos termos, repita-se, dos arts.2º, 3º, 6º e 9º da CLT.

Destaque-se que nos posicionamos contra, igualmente, também quanto ao outro extremo, referente à possibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego entre os motoristas e

as empresas de plataformas digitais mediante decisão genérica, abstrata, conforme ocorreu recentemente no julgamento de Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), com sentença de setembro de 2023, processo nº 1001379-33.2021.5.02.0004, na qual o Juízo de primeiro grau da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo, TRT da 2ª Região, reconheceu o vínculo de emprego entre a empresa e os motoristas, condenando a Uber do Brasil Tecnologia Ltda a registrar na CTPS o contrato de trabalho de cada um.

A nosso ver, somente no caso concreto é possível a análise da validade, ou não, do contrato de adesão firmado individualmente entre cada motorista e a empresa de plataforma digital, tendo como norte o comando do art. 114 da CF/88 e o princípio da primazia da realidade, à luz do que dispõe o art.9º da CLT.

Ressalte-se que, não obstante várias Reclamações Constitucionais tenham sido o meio pelo qual ministros da Suprema Corte cassam decisões emanadas da Justiça do Trabalho, recentemente, na contramão do entendimento alexandrino, e analisando os mesmos precedentes, o Ministro Cristiano Zanin decidiu, nas Rcl 61.438 e 61.535, pela inadequação do manejo de Reclamação Constitucional em matéria trabalhista, nos casos que demandam análise fática, tendo destacado o Ministro na decisão proferida na Rcl n 61.438 que:

Constato que a autoridade reclamada, mediante apreciação do que existia nos autos, concluiu pela configuração dos elementos fático- jurídicos necessários à formação do vínculo empregatício entre a reclamante e o beneficiário do ato reclamado, em conformidade com o art. 3º da CLT. [...]

Ressalto que, para se chegar a conclusão diversa à do ato reclamado, seria indispensável o revolvimento de fatos e provas, o que não é consentâneo com o procedimento abreviado, característico dessa via processual. [...]

Enfatizo, por fim, que a reclamação não tem por finalidade substituir as vias processuais ordinárias, sendo equivocada a sua utilização como sucedâneo de recurso ou da medida processual eventualmente cabível. (STF, 2023)

Na mesma toada, decidiu também recentemente, e reconsiderando decisões anteriores, o Ministro Luiz Fux, nas Reclamações de números 56.098 e 57.133, originadas respectivamente, do Rio de Janeiro e de São Paulo (STF, 2023). Referidas decisões estão exatamente em consonância com a análise e crítica que ora fazemos àquela que é objeto central deste artigo.

A decisão na Reclamação Constitucional ora analisada (Rcl 59795/MG) se mostra contraditória também pelo fato de um dos próprios precedentes invocados como paradigma de controle para a decisão prolatada, no caso da validade dos contratos de terceirização (ADPF 324, Min. Luís Roberto Barroso), destacar que os contratos de terceirização serão válidos desde que não se encontrem evidentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, na análise fática, caso concreto. Destaque-se que foi exatamente isto que a Justiça do Trabalho mineira fez na ação trabalhista originária à Rcl referida, ao analisar e concluir, no caso concreto daquele motorista a serviço da Cabify, que ali não se trata de contrato civil de parceria, mas de vínculo empregatício, à luz dos institutos celetistas, notadamente naquele que possibilita a identificação do contrato realidade, art.9º da CLT.

Ressalte-se, também, que o art.593 do Código Civil, ao dispor sobre o serviço prestado pelo autônomo, enquadra esta modalidade de trabalho como exceção àquela regulamentada pela CLT, ou por lei especial, de forma que o serviço prestado de modo autônomo não pode ser a regra, mas exceção, não se mostrando razoável pretender massificar a prestação de serviços autônomos por contrato de adesão para transformar uma grande massa de trabalhadores em patrões de si mesmo, e isto é o que chancela a decisão do Ministro Moraes. Não está no “espírito” do Código Civil, legislação privatista, a regulamentação de trabalho em massa, e isto porque o trabalho em geral, massificado, se insere no rol dos direitos fundamentais, com proteção constitucional, conforme dispõe o art.7º da CF/88.

Para destroçar a competência da Justiça do Trabalho na análise fática sobre a possibilidade de existência de vínculo empregatício, a decisão do STF invoca, ainda, um precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de conflito negativo de

competência entre juiz do trabalho e juiz de direito (processo nº 164.544/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, Dje 4/9/2019), que concluiu pela competência da Justiça Comum para apreciar e julgar ações ajuizadas pelos motoristas contra empresas de plataformas digitais, tendo destacado o Min. Alexandre de Moraes (STF, 2023) que:

Nesse sentido, cito trecho de ementa de julgado do STJ no Conflito de Competência 164.544/MG, Rel. Min. MOURA RIBEIRO:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. [...]”

3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma.

4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços.

5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual”. (DJe 4/9/2019)

Ora, na análise do caso concreto do referido conflito negativo de competência, na ação originária, o trabalhador ingressou com pedido exclusivamente para ser reintegrado à plataforma, queixando-se de bloqueio sem justificativa por parte da empresa dona do aplicativo, não havendo qualquer discussão acerca do reconhecimento do vínculo de emprego, tendo o Ministro relator, na decisão que proferiu no STJ, ingressado na análise de mérito, acerca da caracterização do motorista como trabalhador autônomo,

em decisão igualmente teratológica e que recebeu muitas críticas no meio jurídico trabalhista.

Observa-se que referidas decisões, a do STJ e a do Ministro Moraes, patinam na areia movediça das características das novas relações de trabalho mediadas pela alta tecnologia, completamente desconectadas da realidade do mundo do trabalho atual (Oliveira; Assis; Costa, 2019):

É certo que tal disrupção tecnológica, presente nesse tipo de relação de trabalho, eleva para outro patamar a discussão acerca do contrato realidade, ou primazia da realidade sob a forma (contrato de autônomo por termo de adesão), o que não pode ser resolvido por simples inspiração de gabinete, abstratamente, demandando análise fática, o que somente pode ocorrer nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho.

É fato, entretanto, que este novo modelo de atividade da era do capitalismo digital nega direitos trabalhistas aos motoristas, que usam sua força de trabalho sem contraprestação justa, submetendo-os a jornadas extenuantes e desumanas em troca de ganhos píftios que mal garantem a subsistência, conforme têm revelado pesquisas recentes (Abílio et. al., 2020).

A tecnologia, em regra, traz progresso e avanços nos processos de produção, mas não dispensa análise crítica quanto aos seus pressupostos, mormente quando envolve relação de trabalho massificada e que expõe uma contradição sem tamanho entre alta performance tecnológica e precarização de ganhos e condições de labor dos trabalhadores envolvidos. Nesse sentido é que, invocando as lições de Max Weber sobre a “orientação econômica” ou “fins econômicos” no desenvolvimento da tecnologia, destaca Zuboff (2021, p.27) que “numa sociedade capitalista moderna, a tecnologia foi, é e sempre será uma expressão dos objetivos econômicos que a dirigem para ação”.

Considerações Finais

A par da grande repercussão da decisão ora analisada, até este final de setembro de 2023, ainda não há decisão definitiva no STF quanto ao enquadramento jurídico do tipo de relação de

trabalho havida entre os trabalhadores e as empresas donas das plataformas digitais de transporte, não obstante o pessimismo disseminado pelas últimas decisões daquela Corte Suprema em matéria trabalhista, com notório viés de desconstrução do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, com destaque evidente para os postulados do liberalismo, ou neoliberalismo econômico, com prestígio à teoria da liberdade de contratação e autonomia nas relações de trabalho, em detrimento da aplicação do arcabouço jurídico protetivo do trabalho, disposto no art.7º da Constituição Federal. A decisão aguarda julgamento do agravo regimental.

Ressoa estranho, nas Cortes de Justiça brasileiras, o desprestígio ao princípio da proteção neste novo modelo de trabalho, passando-se ao largo do rol de direitos fundamentais inseridos no art.7º da CF/88, enquanto exatamente no berço do liberalismo (Inglaterra) e na sede do capitalismo contemporâneo (EUA) tem-se optado pela via protetiva ao trabalho e ao trabalhador, indicando, talvez, no Brasil, decisões judiciais desconectadas desse novo modelo de relação laboral intermediado pelas plataformas digitais.

Destaca-se o entendimento de que, enquanto não houver legislação específica regulamentando este tipo de trabalho no Brasil, os elementos, ou indícios (de subordinação ou autonomia) devem ser analisados levando em conta as características próprias do trabalho prestado de forma autônoma, nos termos do art.593 do Código Civil c/c art. 442-B da CLT, e dos elementos fático-jurídicos próprios do vínculo de emprego, conforme disposto nos arts.2º, 3º e 6º da CLT, o que somente pode se dar nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, mostrando-se inadequado o manejo de Reclamações Constitucionais para cassar decisões trabalhistas nesta seara.

Reconhecer presente neste tipo de relação de trabalho a autonomia do trabalhador, ignorando as novas facetas do capitalismo tecnológico, movido a dados, de bens intangíveis, volátil, da empresa vazia e do ordenamento e organização do negócio em controle por programação, é o mesmo que abandonar os trabalhadores à própria sorte num jogo de forças entre capital e trabalho que se mostra cruel à classe trabalhadora e à sociedade como um todo. Ainda se mostra mais curioso porque movimento oposto

tem ocorrido em países muito mais marcados pelas políticas do liberalismo econômico, ou neoliberalismo, a exemplo dos Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Holanda, Suíça, França, dentre outros, onde os poderes Judiciário e Legislativo têm adotado postura no sentido de conferir maior proteção aos trabalhadores, rechaçando a falácia da autonomia/independência preconizada pelas empresas de plataforma.

Impõe-se conferir máxima efetividade aos comandos constitucionais acerca do trabalho humano, conforme os fundamentos e objetivos da República, bem como os direitos fundamentais insculpidos no art.7º da Constituição Federal de 1988. Soa estranho que o Brasil, contando atualmente com milhões de trabalhadores vinculados ao trabalho por aplicativos, diante de toda a onda de precarização nas relações de trabalho levada a efeito nos últimos anos, mormente no que toca ao Judiciário trabalhista, ande na contramão deste movimento jurídico-legislativo internacional que se impõe no enfrentamento destas novas realidades do mundo do trabalho.

Referências

ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. GT Trabalho Digital da Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista/REMIR, **Relatório Parcial de Pesquisa**. Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19. São Paulo: REMIR, 2020. 11 p. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/remir>> Acesso em: 10.ago.2023.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CARELLI, Bianca Neves Bomfim. **A zona cinzenta de trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego**. Contracampo, Niterói, v. 39, n. 2, p. 28-41, ago./nov. 2020.

CARELLI, Rodrigo. Nota zero ao ministro Alexandre de Moraes em Direito do Trabalho. Revista **Consultor Jurídico**, 13 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-13/rodrigo-carelli-nota-zero-alexandre-direito-trabalho>. Acesso em 10.jul.2023.

CASAGRANDE, Cássio. **Com motoristas empregados, o Uber acaba?** Os saltos tecnológicos do capitalismo e a regulação da economia digital. Portal Jota, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/com-motoristas-empregados-o-uber-acaba-01032021>. Acesso em 10.ago.2023.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. **Plataformas digitais e vínculo empregatício?** Os indícios de autonomia, subordinação e dependência. RT – Revista dos Tribunais, vol.1034/2021, p. 319-334, Dez/2021 – DTR\2021\49213.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça Política do Capital:** A desconstrução do Direito do Trabalho por meio de decisões judiciais. 1.ed, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; ASSIS, Anne Karolline Barbosa de; COSTA, Joelane Borges. **O Direito do Trabalho (des)conectado nas plataformas digitais.** Rev. Teoria Jurídica Contemporânea-UFRJ, 4:1, janeiro-junho/ 2019, p. 246-266. Disponível em: < <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/24367/17785>>. Acesso em: 10.ago.2023.

OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. **Elementos Fático-Jurídicos da Relação de Emprego no Trabalho dos Motoristas de Aplicativo.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 86, n. 1, jan./mar 2020, p.152-167.

STF. **Reclamação Constitucional (Rcl) 56.098/RJ.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6492602>>. Acesso em: 10.ago.2023.

STF. **Reclamação Constitucional (Rcl) 57.133/SP.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6529183>>. Acesso em: 10.ago.2023.

STF. **Reclamação Constitucional (Rcl) 59.795/MG.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6643597>>. Acesso em: 10.ago.2023.

STF. **Reclamação Constitucional (Rcl) 61.438/RS.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Relator Min. Cristiano Zanin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6706709>>. Acesso em: 18.set.2023.

STF. **Reclamação Constitucional (Rcl) 61.535/RS.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2023. Relator Min. Cristiano Zanin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6711280>>. Acesso em: 18.set.2023.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância?** A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. 1.ed, Rio de janeiro: Intrínseca, 2021.

O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL E NA ESPANHA: AVANÇOS E RISCOS

WORK ON DIGITAL PLATFORMS IN BRAZIL AND SPAIN: ADVANCES AND RISKS

Sergio Torres Teixeira¹

Flora Oliveira da Costa²

Resumo

Trata-se de artigo que se ocupa em investigar o trabalho em plataformas digitais, com foco no *crowdsourcing*. Isto porque o trabalho em plataformas digitais pode ser classificado em *marketplace*, economia colaborativa e *crowdsourcing*, havendo neste último prestação de serviços diversos, sendo os mais comuns na Espanha e no Brasil, os de transporte e de entrega, praticados pelas empresas Cabify, Deliveroo, Freenow, Glovo e Just Eat, que cadastram milhares de trabalhadores, sem a concessão de direitos trabalhistas, por considerá-los como autônomos. Ocorre que a ausência de regulamentação do trabalho; a ausência de conhecimento sobre empresas de plataforma e o próprio capitalismo tecnológico, acabam retirando direitos trabalhistas historicamente conquistados pela classe trabalhadora, afetando de diferentes formas os que laboram em continentes do norte e do sul. A escolha da Espanha se justifica porque neste ano de 2021, foi aprovada e entrou em vigor a Lei Riders, que, ao modificar dois artigos do Estatuto dos Trabalhadores, legislação similar à Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, com artigos sobre go-

1. Doutor em Direito. Professor do PPGD da UNICAP e da UFPE. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho Desembargador do TRT6.

2. Mestre em Direito. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco. Professora Universitária. Advogada.

vernança algorítmica e presunção de emprego para os entregadores de plataforma digital, protagonizou avanço legislativo em matéria de trabalho em plataforma digital, que o Brasil se mantém distante. Dessa forma, tendo o Brasil milhares de trabalhadores ativos como entregadores de plataforma digital até o mês de novembro/2021, este estudo pretende comparar a recente legislação espanhola com a situação dos entregadores de plataforma brasileiros, com foco na proteção trabalhista a esta classe de trabalhadores.

Palavras-Chave: Direito do trabalho; garantias sociais trabalhistas; classe trabalhadora; tecnologia; trabalho em plataformas digitais;

Abstract

This article deals with investigating work on digital platforms, with a focus on crowdsourcing. This is because work on digital platforms can be classified as marketplace, collaborative economy and crowdsourcing, with the latter providing various services, the most common in Spain and Brazil being transport and delivery, practiced by the companies Cabify, Deliveroo, Freenow, Glovo and Just Eat, which register thousands of workers, without granting labor rights, considering them as self-employed. It turns out that the absence of labor regulation; the lack of knowledge about platform companies and technological capitalism itself, end up withdrawing labor rights historically conquered by the working class, affecting in different ways those who work in northern and southern continents. The choice of Spain is justified because in this year of 2021, the Riders Law was approved and entered into force, which, by modifying two articles of the Workers' Statute, legislation like the Consolidation of Labor Laws in Brazil, with articles on algorithmic governance and presumption of employment for digital platform deliveries, he led the legislative advance in matters of work on digital platform, which Brazil remains distant. Thus, with Brazil having thousands of workers active as digital platform couriers until the month of November/2021, this study aims to compare recent Spanish legislation with the situation of Brazilian platform couriers, with a focus on labor protection for this class of workers.

Keywords: Labor Law; Labor Social Guarantees; Working

class; Technology; Work on digital platforms.

Introdução

O importante geógrafo brasileiro Milton Santos, já advogava que a tecnologia é mais aceita do que compreendida. Assim, a introdução do modelo de gestão de negócio conhecido como economia do compartilhamento *gig economy* mudou o capitalismo por completo e unindo-se a tecnologia, apresentou para o mundo as empresas plataformas (Slee, 2017), que se consolidam ao negar direitos trabalhistas aos seus trabalhadores, usando da falácia do falso autônomo como forma de invisibilizar direitos próprios da classe trabalhadora.

Em outro ponto, as empresas de tecnologia que comandam essas empresas, se empenham em facilitar tudo para que o consumidor tenha tudo a seu dispor em apenas um *click*. A influência mercadológica na automação, além do consumo, também reconfigurou o comportamento social. A esse fenômeno, o filósofo Camaronês Achile Mbembe (2021, *online*) definiu como digitalização da forma de vida: “a digitalização nada mais é do que esta captura de forças e potencialidades e sua anexação pela linguagem de uma máquina cerebral transformada em um sistema autônomo e automatizado”.

Sem compreender a finalidade estratégica da tecnologia, empresas como a Amazon, que era uma livraria, transformou-se em uma empresa transnacional de mercadorias; as empresas *Arbnb* e *Netflix* mudaram a forma de hospedagem e de produção e consumo cinematográfico. A UBER, no ramo de transporte de pessoas, revolucionou os Países, no debate inicial de concorrência pela ausência de licenciamento para trafegar, quando comparado com os táxis e afetou até mesmo a indústria automobilística³. O modelo

3. O uso dos aplicativos vem afetando a maneira como as pessoas percebem o sentido de posse/ propriedade de um carro. A maioria dos usuários/ clientes (71% do total) concorda (total ou parcialmente) com a proposição que o UBER/ aplicativo elimina a necessidade de posse de um carro para deslocamentos no ambiente urbano. Quase metade deles (48,9%) concordam (total ou parcialmente) com a proposição de que não pretendem comprar um novo veículo, visto que podem usufruir dos serviços UBER/ aplicativo. Um total de 64% concorda (total ou parcialmente) com a proposição de que, no futuro, os indivíduos não precisarão ser proprietários de um veículo. A pesquisa, pioneira na área, foi realizada por Wilquer Silvano de Souza Ferreira, sob a orientação da Profa. Gláucia Maria Vasconcellos Vale, no contexto do Programa de Doutorado em Administração da PUC Minas. Wilquer

de negócio Uber serviu de inspiração para proporcionar entrega de alimentos e mercadorias, através do trabalho de entregadores em seus veículos rápidos como bicicleta, motocicleta ou patinetes.

Essas empresas de plataforma, em oposição ao enorme sucesso como modelo de negócio, consolidaram-se sem patrimônios, estoques, frotas de caminhões ou almoxarifados e até mesmo sem restaurantes ou supermercados, aproveitando-se da falta de regulamentação tributária e trabalhista em matéria de economia digital.

Crescem acumulando fortunas robustas, milhares⁶ de trabalhadores afiliados as plataformas, sem direitos trabalhistas, com o discurso do empreendedorismo, como “seja um motorista particular”, *slogam* inicial da Uber, ou exercite-se e ganhe dinheiro, nos aplicativos de entrega de mercadorias, gerando um contingente sem igual de trabalhadores e trabalhadoras precários – sem direitos previdenciários, sem seguro contra acidentes, sem respeito aos direitos já conquistados como intervalos dentro e fora da jornada de trabalho, respeito ao salário mínimo, proteção contra a discriminação arbitrária e o direito de constituir sindicatos e associar-se.

Essa forma de governar a vida dos trabalhadores – ou seja, como objetivo de cultivar e acumular formas de capital humano e de dados, não é nova. Michael Foucault (2008), a partir do conceito da biopolítica⁴, como capacidade de aplicação de poder para transformar pessoas individuais em uma população abstrata e coletiva, passível de dominação e exploração, a partir do monitoramento e uso de métodos de cálculos (Grohmann, 2021), já antecipava essa tendência, embora voltada para ambientes reformatórios, como prisões.

A partir dessa abordagem biopolítica aplicada aos trabalhadores plataformizados, essas corporações não só remuneraram

é coordenador da área de Engenharia Logística das plantas de Powertrain da América Latina na Fiat Chrysler Automobiles e a pesquisa insere-se em sua tese de doutorado. A coleta de dados, realizada em 2019, contou com a participação da Empresa Ápice Consultoria Júnior, da PUC Minas. Disponível em: <http://minasfazciencia.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Pesquisa-sobre-Uber.pdf>. Acesso em: 20/08/21

4. Segundo Giorgio Agamben, Foucault definia o termo “biopolítica” como a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos de poder. Explica que Foucault fala que para Aristóteles o homem era um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; já para o homem moderno está em questão política o fato de ser vivente. (Agamben, 2002, p. 125).

precariedade, pelo subterfúgio da relação de autônomo, como controlam a jornada, com preços dinâmicos em horários de trânsito e dias de chuva como prêmios, vinculam as validações e certificações dos consumidores à permanência dos trabalhadores nos aplicativos e gerenciam os dados dos trabalhadores e dos consumidores com políticas de bonificações e premiações, além de estratégias de gamificação como a visualização dos valores recebidos no dia como estratégia para alavancar a produtividade, que cada vez mais reificam (Lukács, 2012) e tornam invisíveis os trabalhadores em plataformas digitais.

Portanto, voltar-se para a compreensão do trabalho platformizado é um tema de urgência, tanto no aspecto da governança do algoritmo sobre os trabalhadores e toda a mudança de estrutura da subordinação algorítmica, quanto nos direitos sociais trabalhistas, que acabam sendo ignorados, como a garantia do salário mínimo e o cumprimento dos adicionais de periculosidade, de horas extras, de trabalho em horário noturno, o respeito da jornada constitucional de 44 horas semanais, os intervalos dentro da jornada, a responsabilidade do empregador em promover a segurança e o meio ambiente de trabalho, bem como a garantia das relações sindicais.

Além disso, percebe-se uma busca mundial pelo trabalho em plataformas de entrega, como modo de sobrevivência, principalmente durante a pandemia da Covid-19. O serviço de entrega influenciou na manutenção das pessoas em *lockdown*, fazendo inclusive surgir projeto de lei (Projeto de Lei n. 1073/2021, de autoria do Deputado Pedro Augusto Bezerra, do Partido Trabalhista Brasileiro, distribuído em 25/03/2021, dispõe sobre a priorização dos motoristas de serviços essenciais relacionados à saúde e profissionais que fazem entrega (“delivery”) para a imunização contra a Covid-19) no Brasil indicando o serviço de entrega como essencial e que por isso mereceria prioridade na vacinação.

Entretanto, as prioridades e garantias trabalhistas ainda não chegaram para os entregadores brasileiros e o capitalismo pandêmico (Antunes, 2020), atinge de forma muito mais funesta a classe trabalhadora forçada a se constituir em pejetizações forçadas, trabalho em plataformas sem qualquer responsabilidade empresarial,

entregues a sorte de quem os classifica como autônomos, mesmo havendo comprovação em várias pesquisas e estudos, da dependência econômica desses trabalhadores as plataformas digitais.

Nesse ponto, a Espanha adotou neste ano de 2021, importante avanço legislativo na subordinação por governança algorítmica e na presunção de vínculo de emprego para os entregadores de aplicativo de plataforma, conhecida como *Ley riders*. Em vigor desde o recente 13/08/21, resta a dúvida quanto ao cumprimento da legislação, já que algumas plataformas anunciaram que irão promover negociações com as entidades sindicais ou apenas contrataram pequeno contingente de entregadores, perpetuando sua atividade empresarial com terceirização de mão de obra.

1. A atualidade do trabalho em plataformas no Brasil

O trabalho em plataformas digitais é uma oportunidade de trabalho, presente hoje em todo o mundo, seja destinado para a execução de forma local, como os serviços de transporte e de entrega de comida, como a nível global, executado online. Para esses dois tipos, há pessoas que estão conectadas com frequência, ao ponto de depender financeiramente do trabalho em plataforma e há outros que dividem seus empregos ou outras fontes de renda com a atividade na plataforma, como uma oportunidade de conseguir renda extra. Em um segundo cenário, é possível conectar-se ao mesmo tempo, em uma infinidade de plataformas, de modo a atender aquelas que são financeiramente interessantes.

Esse artigo parte da premissa que, independente se como dependente financeiramente ou como uma forma de complementar dinheiro, o trabalho em plataforma requer uma análise que ultrapassa a visão binária de classificação do trabalho como dependente ou autônomo.

Isto porque, a grande maioria dos entregadores de aplicativo se submetem a exaustivas jornadas e nenhum apoio empresarial – seja fornecendo um ambiente para alimentação e descanso, seja mantendo os instrumentos de trabalho, como celulares, carregadores, internet móvel e combustível. Neste trabalho, o risco do negócio é totalmente

do empregado, inclusive arriscando sua própria vida pelo trabalho.

Como as grandes corporações empresariais sempre acabam se favorecendo⁵ do debate sobre a ausente ou a quase frágil regulação, a proteção social trabalhista resta ignorada ou não analisada. Como fizemos com a pobreza, com o trabalho infantil, e com a cadeia produtiva no trabalho escravo, acabamos normalizando conviver com entregadores de aplicativos descansando embaixo de pontes, conduzindo um veículo e acompanhando os pedidos em seu celular, sem proteção, seja em dias com excesso de chuva ou calor extremo.

Ignora-se ao ponto de achar que nunca haverá tais consequências pela mudança no mercado de trabalho a partir do trabalho desempenhado pela multidão, em uma plataforma virtual, conhecido como *crowdsourcing*, contudo o serviço de entrega e de transportes aumentou em todo o mundo durante a pandemia, movimentou a economia, sem contar que é apenas parte deste imenso conjunto de oportunidades de trabalho em plataformas digitais. Em verdade, todos nós, trabalhadores manuais e intelectuais, que executamos nosso trabalho a partir da entrega de serviços, estamos ameaçados pelas plataformas digitais.

Essas mudanças nas relações trabalhistas, inauguradas pelo trabalho em plataformas digitais, diferente do que previu Domenico de Masi (2001), quando defendia em sua obra o ócio criativo, as maravilhas do trabalho remoto, comprova que a presença da tecnologia, mais diminui o ser trabalhador que o dignifica, mais controla do que permite a desconexão, mais invisibilidade do que socializa; mais transfere o risco do negócio para o trabalhador, a

5. O trabalho em plataformas e os efeitos da inteligência artificial estão assumindo o interesse da doutrina trabalhista e da atividade legislativa de muitos Países. Relatórios de instituições como a OIT e a Comissão Europeia têm apontado o forte impacto que esse tipo de emprego tem na piora das condições de trabalho, em face de sua rápida expansão em todas as economias desenvolvidas e em desenvolvimento. Este fato despertou um interesse incomum por parte dos legisladores. Assim, a Califórnia, em 2019, regulamentou a Lei AB5, que incorporou o teste judicial de mão de obra ABC, que moderniza o conceito de trabalhador e o adapta as novas formas de trabalho, a fim de evitar o desemprego nesta nova tipologia de negócio. Um ano após sua aprovação, foi seriamente limitado com a aprovação da proposição 22 em referendo, o que a torna inaplicável a certos trabalhadores de plataforma como Uber e Lyft. Além disso, em novembro de 2019, a Itália aprovou uma nova lei a fim de regulamentar o trabalho em plataformas. A lei introduz dois regimes jurídicos, por um lado cobre os trabalhadores que prestam serviços pessoalmente organizados pelo cliente através de plataformas digitais e por outro lado estabelece que os trabalhadores em plataforma de entrega de mercadorias serão considerados autônomos.

lhe permitir autonomia e autodeterminação dos preços e rotas.

Contudo, algumas questões precisam ser pedagogicamente esclarecidas ou conviveremos com o risco sedutor de acreditar em algumas premissas impostas pelas grandes corporações tecnológicas, como, que o trabalho é de natureza tecnológico e não de serviços; que o algoritmo não é gerenciável; que sua popularização faz parte do natural mudança social; que é possível gerenciar sua vida com o trabalho de forma flexível e o maior mito de todos, que é um trabalho autônomo.

Parece que o trabalho em plataformas digitais, por ser um serviço executado sem a presença física de um empregador, confunde os Tribunais trabalhistas brasileiros. Contudo, o que essencialmente diferencia o trabalho da plataforma e as empresas de plataforma do trabalho padrão em mais contextos tradicionais de negócios é que as plataformas geram dados de seus usuários através do digital interações, que analisam e exploram (De Stefano, 2016) ou seja, o algoritmo e a empresa responsável conectam serviço, cliente e trabalhador, em um ambiente digital, mas a execução do trabalho de entrega, por exemplo, é feita de forma presencial e local.

Essas falácias todas funcionam para distrair a sociedade do ponto fulcral (Todolí Signes, 2017). O trabalho subordinado está terminando e repensar uma proteção social trabalhista, que perpassa ou não o cuidado de uma nova caracterização jurídica dos envolvidos é urgente ao ponto de os próprios órgãos jurisdicionais estarem corroborando para o fim do direito do trabalho.

Apenas para resumir, de acordo com pesquisa do professor da UFRJ e procurador do Trabalho Rodrigo Carelli em conjunto com o professor da UFBA e juiz do trabalho Murilo Carvalho Sampaio de Oliveira, tribunais dos seguintes países, em instância final, já refutaram a tese do trabalho autônomo e reconheceram direitos trabalhistas para trabalhadores plataformizados, aplicando pura e simplesmente o direito do trabalho tradicional: França, Reino Unido, Alemanha, Espanha, Bélgica, Uruguai, Chile, Austrália, Holanda e Itália (Carrelli; Oliveira, 2021).

Desse modo, não custa registrar que embora este estudo esteja voltado para os entregadores de aplicativo, a mesma crítica serve para os autônomos dependentes das grandes firmas de escritórios

de advocacia; prestadores de serviços de saúde contratados como pessoa jurídica; a própria precariedade dos empregos formais, com inadimplências de verbas contratuais, como horas extras, férias e verbas rescisórias, como relaciona o CNJ em sua investigação sobre os temas mais demandados nas ações trabalhistas distribuídas no ano de 2020. Percebe-se que a forma de regulação (Davidov; Langille, 2011) não trás segurança jurídica e ainda ameaça a democracia e os direitos humanos, pois cada vez mais nos distanciamos do que a Organização Internacional do Trabalho preconiza como trabalho decente e da agenda 2030⁶ da ONU, sobre a dignidade no trabalho e o crescimento econômico, notadamente a metas que advogam pela proteção dos direitos trabalhistas, incentivo, promoção da diversificação, modernização tecnológica e inovação no mercado de trabalho.

6. São os objetivos da meta 8, sobre trabalho decente e crescimento econômico 8.b. Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho; 8.a. Aumentar o apoio da iniciativa de ajuda para o comércio (Aid for trade) para os países em desenvolvimento, particularmente os países de menor desenvolvimento relativo, inclusive por meio do quadro integrado reforçado para a Assistência Técnica relacionada com o comércio para os países de menor desenvolvimento relativo; 8.10. Fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, financeiros, e de seguros para todos; 8.9. Até 2030, conceber e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais; 8.8. Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas com emprego precário; 8.7. Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças soldado e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas; Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação; até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor; 8.4. Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de como com o “plano decenal de Programas sobre produção e consumo sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança; 8.3. Promover políticas orientadas para o desenvolvimento, que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros; 8.2. Atingir níveis mais elevados de produtividade das economias, por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e intensivos em mão de obra; sustentar o crescimento econômico per capita, de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, pelo menos um crescimento anual de 7% do produto interno bruto nos países de menor desenvolvimento relativo. (IPEA, 2023, *online*)

2. A posição da Espanha em matéria de trabalho em plataformas digitais

A utilização das plataformas digitais como oportunidade de trabalho também se justifica pelos milhares trabalhadores desempregados, desalentados, à margem de acesso à educação para conseguir adaptar-se as novas tendências empresariais, seja pela pobreza gerada em face do aumento vertiginoso no número de informais no mercado de trabalho.

Em recente estudo (Todolí Signes; Sánchez Ocaña; Kruithof, 2019) divulgado pela cátedra economia colaborativa e transformação digital da Universidade de Valência, Espanha, constatou-se que mais de 11,6% da população Espanhola recebeu rendimentos desse tipo de plataforma, colocando-a na segunda posição de País Europeu que mais população recebe proventos de plataformas digitais, atrás apenas do Reino Unido.

Dessa forma, não importando se esse percentual é alto ou baixo, a pesquisa tem relevância por constatar que quanto maior o nível de desemprego, maior a dependência econômica do trabalho em plataformas digitais para manutenção familiar, independente de sua qualificação no mercado de trabalho. Dessa forma, constata-se que o trabalho do tipo *crowdsourcing* em plataformas digitais afeta profissionais liberais (arquitetos, advogados...), trabalho qualificado (cientistas da computação, engenheiros...) e trabalho não qualificado, devendo ser refutado a concepção que apenas os trabalhadores sem acesso a qualificação profissional recebem rendimentos em plataformas digitais.

A característica central dessa forma de prestação de serviços é que todos os trabalhadores necessitam se submeter às diretrizes decididas pelos proprietários de plataforma, implicando na impossibilidade de condição de definir o preço de seu próprio trabalho, além de um abuso nas condições estabelecidas pela plataforma. E como dito acima, a busca pelo trabalho em aplicativos nasce de uma necessidade de sobrevivência econômica, muito comum na assimetria presente no capital x força de trabalho.

E neste embate, são os trabalhadores que perdem por não conseguir negociar suas condições de trabalho individual ou coletivamente em face da reação antissindical das plataformas,

somado ao isolamento de ser um trabalhador em plataforma. Noutro ponto, não haver regulamentação trabalhista no trabalho em plataformas, implica em impor baixos salários, imprevisibilidade de horas de trabalho, muito tempo disponível para receber atribuições sem receber um salário, proteção social insuficiente e grande predisposição a riscos ocupacionais.

Nesse sentido, adverte Adrián Todolí (2019) que “é possível que a tecnologia exija uma mudança da norma, mas isso não pode ser julgado a nível individual pela empresa específica, pelo contrário, isso requer um debate social e político e uma decisão tomada pelos órgãos competentes que resolve se as regras realmente requerem uma modificação. Assim, enquanto isso não acontecer, as empresas devem continuar a aplicar a regulamentação existente, e que tenha sido aplicada a elas, mesmo que usem uma nova tecnologia.”

Semelhante conflito foi visto e analisado pelo Tribunal de Casação Espanhol (que funciona como o Tribunal Superior do Trabalho), em um processo judicial contra a empresa Glovo, que ao final declarou existente o vínculo de emprego entre os entregadores de aplicativo dessa empresa. Esse julgamento resplandeceu no Ministério de Trabalho e Economia um horizonte favorável para ser o primeiro País da União Europeia a legislar sobre o trabalho em plataformas digitais, embora a tendência no Estatuto dos Trabalhadores Espanhol fosse de excluir da condição de empregado, esses trabalhadores, por considerá-los, igual como no Brasil, trabalhadores autônomos⁷.

Dessa forma, depois de muitas reuniões e conversas informais distantes da opinião pública, em março de 2020, finalizada as conversas entre as organizações sindicais e empresariais com o Ministério do Trabalho e Emprego Espanhol, criando um acordo fruto do diálogo social, sobre os direitos trabalhistas dos entre-

7. A Espanha possui, desde o ano de 2007 o Estatuto Del Trabajo Autônomo, que eu seu artigo primeiro estabelece como autônomo toda pessoa física que realize de forma habitual, pessoalmente, direta e por conta própria, fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, der ou não emprego a trabalhadores empregados, em período integral ou parcial. Já a Consolidação das Leis do Trabalho, introduziu em seu texto reformista de 2017 o artigo 442-B, a disposição de que a contratação de um trabalhador como autônomo, de forma contínua ou não, com ou sem exclusividade, afasta estes trabalhadores das garantias legais trabalhistas contidas na CLT.

gadores de aplicativo, incorporando uma nova redação ao artigo 64 do Estatuto dos Trabalhadores, que versa sobre direitos da informação, foi incluído o seguinte dispositivo:

São direitos do comitê de empresa:

d) Ser informado pela empresa dos parâmetros, regras e instruções que se baseiam os algoritmos ou sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões e que podem repercutir nas condições de trabalho, de acesso e manutenção do emprego, incluída a elaboração de um perfil.

Este dispositivo representa uma garantia para todos os trabalhadores impactados com a governança algorítmica, estejam eles trabalhando em plataformas digitais ou não, sendo a primeira norma que expressa o impacto dos algoritmos ou sistemas de inteligência artificial nas condições de trabalho, abrindo espaço para o nascimento de negociações coletivas para impor barreiras ao controle computacional que os sistemas de governança algorítmica possam desenvolver para organizar e controlar o ambiente de trabalho. Ainda sobre o artigo 64 do Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis, no que diz respeito ao trabalho em plataformas digitais para prestação de serviços, também conhecido como *crowdsourcing*⁸ e o uso do sistema de avaliação pelos clientes, dos serviços prestados pelos trabalhadores, a alteração protege os trabalhadores em plataforma do sistema de reputação digital. Sobre o sistema de reputação e seu uso indiscriminado na gestão dos trabalhadores, adverte o escritor e crítico da economia colaborativa, Tom Slee (2015),

Sistemas de reputação não são substitutos para regulação. Ao contrário, são um substituto para a estrutura gerencial da empresa e são ruins nisso. O sistema de reputação é um chefe que veio do inferno: um gerente errático, mal-humorado e sem transparência que pode te dispensar a qualquer momento, em um impulso, sem direito de defesa.

Esse sistema ainda coloca outros dois problemas para os

8. O *crowdsourcing* ou *crowdwork* consiste em tomar uma prestação de serviços, tradicionalmente realizada por um trabalhador e descentralizá-la até um cliente, através de um grande número de pessoas em forma de chamamento ou convocatória, tudo isso dentro do ambiente tecnológico da plataforma virtual, que permite unir oferta e demanda e ainda recebem uma porcentagem por cada serviço prestado.

trabalhadores. O primeiro é a tendência a vinculá-los a uma (ou poucas) plataformas, tendo em vista que somente se leva em consideração as avaliações feitas pelos clientes de uma determinada empresa, não havendo um mecanismo que possibilite a comunicação conjunta da análise do desempenho do trabalhador em diferentes empresas. Ou seja, a avaliação não é do trabalhador em geral, mas do seu desempenho em uma determinada plataforma. O segundo é a situação de estágio probatório sem fim que os trabalhadores vivenciam, uma vez que qualquer oscilação negativa de sua nota média abaixo dos parâmetros impostos pela plataforma é razão para suspensão ou desligamento (Kalil, 2020, p. 115).

Desse modo, conclui-se que ter o comitê de empresas a autonomia de conhecer as regras algorítmicas que influenciam a manutenção e direcionamento dos trabalhadores no trabalho em plataforma digital significa submeter o sistema de reputação digital ao conhecimento dos trabalhadores, o que significa uma maior transparência quanto ao padrão de influência digital que as empresas de plataforma digital programam para gerir seus trabalhadores.

Registra-se que no Brasil houve uma tentativa judicial, via pedido de cautelar antecipatória protocolado no Tribunal Superior do Trabalho, sob o número 1000825-67.2021.5.00.000, pela plataforma digital Uber do Brasil. A empresa buscava impedir que em outro processo houvesse a perícia algorítmica para identificar as condições em que se dava a distribuição de chamadas, a definição de valores a serem cobrados e repassados, a existência de restrições ou preferências em decorrência da avaliação, da aceitação ou da frequência de realização de corridas e o conteúdo das comunicações entre a plataforma e os motoristas.

Em sede de liminar, o Ministro Douglas Alencar, deferiu a cautelar solicitada pela Empresa demandante, sob o argumento de que se tratava de um “segredo de empresa”. (Vidigal, 2021). Com a *lei riders* e sua subordinação algorítmica ao comitê de trabalhadores, o posicionamento acima, sobre a perícia técnica interferir no segredo de empresa, não iria prosperar. Outrossim, perdem os milhares de trabalhadores em plataforma digital brasileiros, no aspecto probatório, por não permitir que a governança algorítmica seja revelada e indicada

sua relação com a direção da seleção e permanência dos trabalhadores. A segunda alteração foi a introdução da disposição adicional número 23 ao Estatuto dos Trabalhadores, com a seguinte redação:

Disposição adicional 23^a Presunção de emprego no âmbito das plataformas digitais de entrega

Pelo que há estabelecido no artigo 8.1, se presume incluída no âmbito do Estatuto a atividade de pessoas que prestem serviços remunerados consistentes na entrega ou distribuição de qualquer produto ou mercadoria, por parte das empregadoras de exercem as atribuições empresariais de organização, direção e controle, de forma direta, indireta ou implícita, através da gestão algorítmica do serviço ou das condições de trabalho, através de uma plataforma digital

A presunção do vínculo de emprego, aplicada aos entregadores digitais, representa um positivo avanço no âmbito judicial, já que inverter o ônus probatório para o responsável da plataforma digital comprove a relação de autônomo havida entre as partes, diante do que já tem sido decidido nos Tribunais Europeus⁹, oferece ao Brasil uma forma alternativa de solucionar os debates judiciais nos mais diversos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, que possui quatro decisões¹⁰ sobre ausência de subordinação jurídica no trabalho em plataformas.

9. Na França, no Tribunal de Cassação em que se submeteu julgamentos das plataformas Take Eat Easy e Uber, foi decidido que há poder de direção e controle, em virtude da plataforma possuir sistema de geolocalização que permite seguir em tempo real a posição do entregador e a contabilizar o número total de quilômetros percorridos além de possuir poder de sanção, com a utilização de um sistema de bônus. Já no Tribunal Trabalhista da Alemanha, ao julgar o caso da plataforma mikrojobs, que oferece microtarefas, decidiu-se que o trabalho é exercido de acordó com diretrizes do contratante e que o crowdword realizado por meio de plataformas pode ser reconhecido como uma relação de emprego. No Tribunal Trabalhista da Belgica, a Comissão Administrativa de Regulamentação da Relação de Trabalho, em um caso envolvendo a Uber, decidiu que o fato do motorista estar livre para dar sequencia ou não a uma oferta de trabalho, podendo negá-la, não impede o reconhecimento do vínculo de emprego. No Tribunal Trabalhista do Uruguai, ao julgar um caso da Uber, indicou que a recomendação número 198 da Organização Internacional do Trabalho admite a existencia de uma relação de emprego para além do trabalho subordinado clássico.

10. Processo Agravo de Instrumento 101036-14.2017.5.01.0042. Relatoria Ministro Alexandre Luiz Ramos, 4^a turma. Publicado em 01/10/2021; Processo Recurso de Revista 10555-54.2019.5.03.179. Relatoria Ministro Ives Gandra, 5^a turma. Publicado em 05/03/2021; Processo Agravo de Instrumento 10575-88.2019.5.03.0003 – Relatoria Ministro Ives

Nesse sentido, alega o Professor Adrian Todolí (2021) que a nova regulamentação sobre os entregadores de aplicativo não ampliou o âmbito de proteção do Estatuto dos Trabalhadores, mas apenas inseriu um ônus de prova favorável aos empregadores de aplicativo. Desta forma, a alteração legislativa permitiu que as plataformas reavaliam a relação de autonomia que sustenta haver e modificar sua relação (Lara, 2021, *online*) com os trabalhadores, seja terceirizando os serviços com empresas de entrega já existentes, seja criando condições de trabalho em negociações coletivas específicas. Já para Antonio Baylos (2021, *online*), que comemora a nova legislação como forma de proteção social trabalhista para os entregadores em plataformas digitais, a presunção de emprego ofertada pela lei abre caminho para a negociação coletiva sobre condições de trabalho, jornada e salário, pontos silenciosos na novidade legislativa espanhola.

Desta forma, conclui-se que a “*Ley riders*” espanhola é vanguardista para o Brasil, não só pela sua forma de construção tripartite, conforme aconselhamento da Organização Internacional do Trabalho para as legislações nacionais que afetem as relações trabalhistas, mais principalmente por estabelecer novos direcionamentos para futuras ações judiciais.

Isto porque, ao submeter sua governança digital ao conhecimento dos trabalhadores, as plataformas digitais fornecem ferramentas para a proteção contra os resultados da reputação digital e ainda permite conhecer seu “segredo empresarial” quanto ao direcionamento das demandas e sua precificação. Em um segundo aspecto, a legislação espanhola também avança no debate judicial sobre relação de trabalho x relação de emprego mantido nos tribunais em todo o mundo, pela aplicação da inversão do ônus da prova estabelecido na nova legislação.

Conclusões

O trabalho dos entregadores de aplicativo em plataformas digitais está presente em quase todo o mundo, fruto do desenvolvimento capitalista e da evolução das novas tecnológicas da comunicação e de serviços, contudo, pouco se soube previamente, no que diz res-

Gandra. 5ª turma. Publicado em 09/09/2020; Processo Tutela Cautelar Antecipatória 1000825-67.2021.5.00.000 – Perícia técnica – segredo empresarial. 28/05/2021

peito aos usuários consumidores e principalmente, por parte dos trabalhadores cadastrados na plataforma, como funciona o trabalho neste aplicativo digital, sua necessária vinculação aos termos e regras impostos pela empresa responsável pela plataforma, não havendo poder de barganha dos trabalhadores, nem a nível individual, quanto a jornada de trabalho e seus descansos e quanto aos valores recebidos por entregas e suas taxas, suspensões e desligamentos do aplicativo, quanto a nível coletivo, no que diz respeito as condições de trabalho nas ruas e avenidas, sem equipamento de proteção individual e sem local disponível para o adequado descanso e alimentação.

Dessa forma, pelos pontos investigados neste trabalho, percebe-se que ao analisar as relações de trabalho a partir do ponto de vista da perspectiva tradicional do trabalho subordinado, quanto aos horários, supervisores, local de trabalho dentro do ambiente físico da empresa, pode sim chegar à conclusão de que não se trata de trabalhadores subordinados. Mas como um novo arranjo de trabalho que a plataforma digital nos apresenta, é necessário analisá-lo sob o ponto de vista da reputação digital do dono da marca, a plataforma digital como meio de produção e responsabilidade da empresa dona da plataforma. Essa inovação na forma de desenvolver a subordinação está fazendo surgir, principalmente no Brasil, decisões judiciais que rechaçam a relação de emprego, optando por considerá-los como autônomos e com isso distanciando a proteção social trabalhistas destes entregadores em plataformas digitais.

Neste ponto, a análise e estudo da recém criada legislação espanhola, que apresenta presunção de empregabilidade para os entregadores em plataforma e submetem a governança algorítmica ao conhecimento dos trabalhadores, quanto suas formas de gestão, direção e controle, representa um horizonte para a o Brasil e para o mundo, primeiro por tratar-se de uma lei criada a partir de um diálogo social entre as forças assimétricas da relação laboral e o Estado, como sugere a Organização Internacional do Trabalho, e em seguida, por encerrar a dúvida sobre a classificação do trabalho dos entregadores em plataformas digitais como empregados em aplicativo, ao aplicar o ônus da prova favorável ao trabalhador, em matéria de caracterização da relação empregatícia.

Entretanto, também foi desenvolvido nesse estudo que a lei silenciou ao não relacionar outros trabalhos em plataforma no setor de transporte, microtarefas diversas como oferece a *Amazon Mechanical Turk*, sem falar o trabalho dos criadores de conteúdo das redes digitais, que ainda afeta outro ponto de proteção trabalhista que é a proibição do trabalho infantil.

Em outro aspecto, a presunção de vínculo de emprego não altera o conceito de empregado, estabelecida no âmbito de aplicação do Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis, contudo cria um pressuposto processual que encerra o debate judicial sobre a relação de trabalho autônomo e a relação de emprego, presente nos Tribunais trabalhistas brasileiros, além de permitir, com essa possibilidade, o surgimento de negociações coletivas para dispor sobre jornada, salário e condições de trabalho decentes, que possam se adequar aos propositivos estabelecidos pela meta oito da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, que versa sobre o trabalho decente e o crescimento econômico.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ANTUNES, Ricardo. Antunes, Ricardo. **Coronavirus: O trabalho sobre fogo cruzado**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020.
- BAYLOS, Antonio. **Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas (la ley “riders”) 2021**. Disponível em: <<https://baylos.blogspot.com/2021/05/por-fin-la-norma-sobre-los-repartidores.html>>. Acesso em: 20 set. 2023.
- CARVALHO, Murilo Sampaio Oliveira. **Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica: Revisitando conceitos**. 2 ed. Curitiba. Editora Juruá. 2019;
- CARVALHO, Murilo Sampaio Oliveira, CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. **Revista Direito e Práxis**. Out-Dez 2020.
- CARVALHO, Murilo Sampaio Oliveira, Carreli, Rodrigo. **As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho – como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI**, Ed. Dialética, 2021.
- DAVIDOV, Guy; LANGILLE, Brian. **The idea of labor**. Oxford, 2011.
- DELEUZE, Guiles. **Conversações 1972-1990**. Editora 34, 3 ed., 2013.
- DE STEFANO, Valerio. **The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig Economy”**. Internatio-

nal Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva: ILO, 2016. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/—travail/documents/publication/wcms_443267.pdf> Acesso: 03 out. 2023.

DE MASI, Domenico. **O Ócio Criativo**. Editora Sextante. 1a ed., 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** – Nascimento da prisão. Editora Vozes, 2008.

GROHMANN, Rafael. **Os Laboratórios do trabalho digital – entrevistas**. Editora Boitempo, São Paulo, 2021.

IPEA. **Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods8.html>>. Acesso em: 18 ago. 2023.

KALIL R., **O Direito do Trabalho e o Capitalismo de Plataforma: A Regulação do Trabalho via Plataformas Digitais**, Blucher, 2020.

LARA, Daniel. **La ley de repartidores echa a andar en medio de la negativa de las empresas a contratar a toda su flota**. Disponível em: <<https://elpais.com/economia/2021-08-12/la-ley-de-riders-echa-a-andar-en-medio-de-la-negativa-de-las-empresas-a-contratar-a-toda-su-flota.html>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

LUKÁCS, Georgio. **História e Consciência de Classe. Estudos sobre a dialética marxista**. Biblioteca do Pensamento moderno, 2 ed., São Paulo, 2012.

PRATO CHEIO: **O que o Milton Santos diria do Ifood?** Locução de Victor Matio-li, 25/06/21. Podcast. Disponível em: <<https://ojoioeotrigo.com.br/2021/06/o-que-o-milton-santos-diria-do-ifood-transcricao/>> Acesso em: 20 ago. 2021.

SLEE, Tom. **Uberização: A nova onda do Trabalho Precarizado**. Rio de Janeiro: Editora Elefante, 2017.

SLEE, Tom. **What's yours is mine: against the sharing economy**. New York: OR Books, 2015.

SADOSKI, Jathan. **Too Smart: How Digital Capitalism Is Extracting Data, Controlling Our Lives, and Taking Over the World**. Ed. Mit Press. 2020.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. **O mercado de trabalho no século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho**. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (org.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. São Paulo: LTr, 2017.

TODOLÍ SIGNES, Adrián, A., Sánchez Ocaña, J.M., Kruithof Ausina A. **El trabajo en plataformas digitales al País Valencià: riesgos y oportunidades**. 2019.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. **Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la “Ley Rider” y los derechos de información sobre los algoritmos (Legal Changes Related to Employment Digitalisation: Comment Regarding the “Rider Act” and the Rights of Information Related to Algorithms)** (July 12, 2021). IUSLabor. **Revista d’anàlisi de Dret del Treball**, [en línea], 2021, n.º 2, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3884805>>. Acesso em: 20 set. 2023.

VIDIGAL, Viviane. **Top Secret: Entre o segredo da fórmula da coca cola e do algoritmo da uber**. Disponível em: <<https://direitodotrabalhocritico.com/2021/06/01/top-secret-entre-o-segredo-da-formula-da-coca-cola-e-do-algoritmo-da-uber>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO, SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY

RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONSHIPS, FROM THE PERSPECTIVE OF ROBERT ALEXY

Tiago Brasil Pita¹

Resumo

O presente artigo se destina a analisar os diversos tipos de restrições aos direitos fundamentais no ambiente de trabalho, utilizando como pressuposto teórico a ponderação entre princípios e regras proposta por Robert Alexy. A abordagem metodológica é baseada em revisão de literatura, com análise descritiva dos conceitos. Conclui-se que há casos em que o juiz não trabalhará com o princípio da proporcionalidade e sim também fará o sopesamento, isto é, no caso concreto, reconhecerá qual princípio terá maior peso.

Palavras-chave: Restrições aos direitos fundamentais; Robert Alexy; relações de emprego

Abstract

This paper aims to analyze the various types of restrictions on fundamental rights in the workplace, using as a theoretical premise the weighing of principles and rules proposed by Robert Alexy.

1. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais pelo Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Empresarial pela UNINOVE-SP

The methodological approach is based on a literature review, with a descriptive analysis of the concepts. The conclusion is that there are cases in which the judge will not work with the principle of proportionality but will also make a balance, i.e. in the specific case, recognize which principle will have greater weight.

Keywords: *Restrictions on fundamental rights; Robert Alexy; employment relations*

Introdução

Objetivo desse artigo é explorar os diversos tipos de restrições no âmbito juslaboral, analisando a jurisprudência brasileira sobre a matéria. A preocupação central é estabelecer premissas conceituais, como as definições de norma, regra, princípios e conteúdo essencial, que, num primeiro momento, poderiam ser despidiendas na análise de um intérprete inadvertido, que possibilitem alicerçar as teorias das restrições (interna e externa) a fim de alcançar a definibilidade de conflitos que envolvam o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Esta preocupação se justifica pela convicção de que somente conceitos jurídicos precisos e procedimentos racionais de argumentação e alegação concitem que a atividade hermenêutica jurídica e o controle de constitucionalidade das leis cumpram as exigências que são inerentes ao Estado democrático de Direito, sem o que o exercício da jurisdição constitucional poderia quedar-se apenas no exercício retórico e arbitrário de poder de uma minoria. Este artigo abraça a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como pressuposto teórico da possibilidade de restrições de direito fundamental, adotando a diferença entre regras e princípios como sustentáculo.

1. Regras e princípios

As normas de direitos fundamentais são tratadas como “princípios” por parte da doutrina quando as denominam de objetivos (Peter Häberle), fórmulas abreviadas (Hans Huber) ou regras sobre ônus argumentativo (Bernhard Schlink), como também pelo Tribunal Constitucional alemão, quando as chamam de objetivos (Alexy,

2008. p. 86). Este tribunal foi o primeiro a desenvolver, no âmbito de suas decisões, uma base sólida da teoria dos direitos fundamentais. Isso se deu pois a Alemanha, na fase nazista, fundamentou muitos de seus atos no império na lei em sentido estrito em detrimento das normas de direitos fundamentais; daí a necessidade da criação de um sistema sólido de garantia de direitos fundamentais, para que não se repetissem as atrocidades decorrentes do sistema nazista que a Alemanha tanto se envergonha. Também pelo fato do sistema jurídico alemão possuir o chamado recurso de amparo. Este recurso permite a todo cidadão se socorrer diretamente do Tribunal Constitucional alemão quando tiver, no seu entender, um direito fundamental violado.

Dentre os diferentes critérios de distinção entre regras e princípios se destaca o da generalidade². Para este critério, as regras seriam normas de baixa generalidade, enquanto os princípios seriam regras de alta generalidade. Para os fins desse artigo, a norma que garantisse liberdade de crença a todos os empregados seria uma norma de grau de generalidade relativamente alto, enquanto uma norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença (Alexy, 2008. p. 87) ou, para os fins deste trabalho, a liberdade de associação a todos os empregados seria uma norma de grau relativamente baixo de generalidade.

Para a teoria dos princípios, desenvolvida por Robert Alexy, as normas jurídicas são divididas em regras e princípios. As regras garantem ou impõe direitos definitivos, ou seja, se a norma (regra) se enquadrar na hipótese fática, será aplicada. Aqui falamos em subsunção da regra ao caso concreto. Por outro lado, os princípios, que também são normas, na definição de Alexy, são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, ou seja, se as condições fáticas – medidas adequadas e necessárias para a realização do princípio em questão – e jurídicas – aqui entra a ideia de colisões de princípios – permitirem.

As regras são determinações no âmbito do que é fática e materialmente possível. As regras são do tipo tudo ou nada, ou seja,

2. Vale destacar que há outros critérios tradicionais de diferenciação entre normas, mas por não ser objeto deste trabalho, não aprofundaremos o tema.

vale ou não vale, nas palavras de Alexy: “...as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. (Alexy, 2008. p. 91)

Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas – as possibilidades jurídicas – são determinadas pelos princípios e regras colidentes.

Alexy diferencia as nomenclaturas colisão e conflito quando uma norma, seja ela princípio ou regra, respectivamente, se isoladamente aplicada, levaria a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever jurídico contraditórios.

Para a resolução de colisões entre princípios e conflitos entre regras, Alexy propôs a seguinte solução: quando houver conflito entre regras, a solução será do tudo ou nada, ou seja, ou prevalecerá uma ou outra regra, salvo se for introduzida uma cláusula de exceção ou no caso mais extremo uma das regras for considerada inválida, utilizando as regras de conflitos entre leis: *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.

Utilizarei o exemplo prático proposto pelo mestre alemão para facilitar a compreensão da temática, adaptado para o âmbito juslaboral. Há uma lei que determina que os empregados somente podem sair do local de trabalho após o toque do sinal e outra que determine que os empregados devem deixar o local de trabalho caso o alarme de incêndio soe. Ora, as regras são contraditórias entre si, e por isso, deve ser inserida uma cláusula de exceção: os empregados somente podem sair do local de trabalho após o toque do sinal, salvo se o alarme de incêndio soar.

Se não for possível a inserção da cláusula de exceção, naturalmente, uma das normas, utilizando os critérios de prevalência, será expurgada do ordenamento jurídico. “Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. (Alexy, 2008. p. 93)

O conflito entre princípios revolve-se utilizando a técnica da ponderação, ou seja, um princípio não invalida o outro. Na ponderação do caso concreto entre dois princípios, um será restringido para que o outro seja aplicado. Seria o caso do conflito entre os

princípios da propriedade privada do empregador e o princípio da privacidade do empregado nos casos de violação de e-mail corporativo pelo empregador.

Assim, no caso concreto, caso desse prevalência a um em detrimento do outro, qualquer deles não teria invalidado o outro. Surge dois exemplos para facilitar a compreensão: a) o empregador deixa bem claro a todos os funcionários, que, inclusive, assinam o termo de ciência, informando que o e-mail corporativo, aquele de propriedade da empresa, somente poderia ser utilizado para fins institucionais e que, para isto, o setor de informática daquela empresa poderia vasculhar seus e-mails. Sob essas premissas, entendemos que o princípio da privacidade teria que ceder em prol do princípio da propriedade privada. Então, sob estas condições sempre haveria prevalência do princípio da propriedade privada em detrimento do princípio da privacidade; b) o empregador nunca informou aos seus funcionários sobre eventual verificação do conteúdo dos e-mails corporativos e, tacitamente, sempre deixou que estes mesmos funcionários utilizassem e-mail da empresa para assuntos particulares. Aqui, haveria violação ao princípio da privacidade do empregado. Assim, o princípio da propriedade privada cederia em prol do princípio da privacidade. Portanto, sob estas condições, sempre o princípio da privacidade concretizaria sua tendência expansiva. Portanto, tudo dependerá das condições do caso concreto, *rectius*, das “relações condicionadas de precedência”. (Silva, 2009, p. 50).

Na “colisão” entre regras e princípios, em resposta rápida, teríamos duas possibilidades. A primeira seria fazer um sopesamento para saber qual deveria prevalecer, mas não há sustentáculo jurídico para isso na medida em que sopesamentos só valem para princípios e, se afastarmos a aplicação de uma regra, retiramos a sua validade, o que parece não ocorrer quando há a lei da colisão. A segunda solução seria aceitar a solução no plano da validade. Assim, um princípio perderia sua validade caso cedesse em favor de uma regra. Ora, isso não é aceitável, pois quando um princípio cede em favor de outro não perde sua validade. A solução para o problema, segundo Alexy, seria colocar frente a frente o princípio em causa e o princípio que serviu de base para a criação da regra

e definir qual terá maior peso (Alexy, 2008, p. 90).

Uma crítica que paira sobre essa solução seria que o aplicador do direito poderia decidir da maneira que melhor lhe aprouvesse em detrimento do legislador democrático, trazendo insegurança jurídica na medida que afasta a aplicação de uma regra. Ocorre que, não podemos olvidar que o juiz também foi acolá colocado democraticamente para decidir os casos da vida. E mais, o legislador não pode prever todas os conflitos que os bens da vida podem apresentar, daí a necessidade do Judiciário buscar salvaguardar estes direitos fundamentais que não foram e nem poderiam ser previstos pelo legislador. Voltemos, o que há aqui na realidade não é uma “colisão” entre o princípio e a regra, o que há, na realidade, é uma restrição ao direito fundamental exercido pela regra. Foi a opção do legislador, portanto, aplicar-se-á por subsunção.

2. Núcleo essencial

A primeira Constituição a prever a defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais foi a Constituição alemã de Weimar, em seu artigo 19, 2: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”. A Constituição portuguesa, influenciada pela Constituição alemã, menciona no artigo 18, 3, que: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A constituição espanhola em seu artigo 53, I, também expressa essa garantia: “Somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades”. Importante ressaltar que na época da Constituição de Weimar imperava na doutrina e jurisprudência a certeza que as normas de direitos fundamentais somente possuíam carácter programático, ou seja, somente a lei em sentido estrito poderia estabelecer os contornos definitivos do alcance de uma norma de direito fundamental.

Neste sentido, assevera Jorge Reis Novais (2003. p. 779): Daí resultava uma remissão implícita do preenchimento substan-

cial dos direitos fundamentais para a lei ordinária, pelo que, em Weimar, o apelo à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais constituía uma tentativa de limitar, de algum modo, a margem de que dispunha o legislador democrático”.

Durante a Constituição de Weimar, os direitos fundamentais não foram protegidos de forma essencial, pois o legislador somente tinha limites aos limites quando o próprio direito perdesse sentido, já que a restrição desnudaria o próprio direito. Com as Constituições do pós-guerra, especialmente a Constituição de Born, os direitos fundamentais apresentaram uma posição de destaque, mormente com a preocupação de não restrição desses direitos além do seu conteúdo essencial. O núcleo essencial traduz “o limite dos limites” dos direitos fundamentais, barreira que o legislador, em especial, Estado-Juiz, administrador e demais particulares não podem romper.

Vale destacar desde logo para evitar confusões terminológicas e até mesmo para que não mencionem, como alguns autores, a desnecessidade de se estabelecer o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que isso decorreria do próprio princípio da supremacia da constituição e do significado dos direitos fundamentais ante as constituições rígidas, que quando as Constituição portuguesa e alemã expressamente tratam da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais não estão tratando de possíveis reformas constitucionais que possam modificar estes direitos. Isso é tarefa das denominadas “cláusulas pétreas”. (Silva, 2009, p. 24).

O principal destinatário das normas que expressam os limites aos limites dos direitos fundamentais é o legislador, pois este deve concretizar estes mesmos direitos com observância dos limites impostos pelo conteúdo essencial.

Foi durante esse período que a doutrina, preocupada em estabelecer o alcance e conteúdo do núcleo essencial, criou quatro correntes com o objetivo de tentar esclarecer estas dúvidas. As correntes criadas foram a objetiva, a subjetiva, a absoluta e a relativa. A teoria relativa defende a perspectiva que o núcleo essencial seja plástico, ou seja, sem forma definida *a priori*, somente após a ponderação e das condições fáticas é possível determinar o núcleo essencial, podendo variar de caso para caso, dependendo dos direi-

tos e sobretudo das situações fáticas albergadas em cada situação.

A teoria relativa não procura estudar a intensidade ou gravidade da lesão ao direito fundamental, mas sim se a restrição foi proporcional ou não para a consecução do bem objeto desta restrição. Se a restrição foi além do estritamente necessário para a consecução do objetivo que o bem da vida almeja, estará fadada à inconstitucionalidade.

Assim, o que se procura é a observância do princípio da proporcionalidade – *rectius*: princípio da proibição do excesso -, independentemente do que restou do direito fundamental objeto da restrição, incidindo a análise do controle de constitucionalidade apenas no aspecto do excesso ou da desproporção do bem que fundamenta e justifica a restrição. Portanto, para a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais o intérprete estará às vezes diante de casos em que o direito fundamental foi totalmente restringido, ou seja, que nada reste deste direito. Por exemplo, quando se proíbe um jogador de futebol de sair da concentração antes das partidas está restringindo total ou quase totalmente seu direito ao lazer e ao convívio familiar.

Conclui, Jorge Reis Novais (2003. p. 780): “(...) que, para a teoria relativa, a garantia do conteúdo essencial se identifica com o princípio da proibição do excesso num quadro de ponderação de bens”.

Portanto, para esta corrente doutrinária, haveria violação ao núcleo essencial do direito fundamental, se o bem perseguido pela restrição fosse, numa ponderação de bens, menos valioso que o bem objeto desta restrição. A ideia de concordância prática desenvolvida por Konrad Hesse está intimamente ligada à ideia da teoria relativa de restrição ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A crítica que se faz à teoria interna é que em uma restrição superficial poderia violar um direito fundamental, basta que não tenha justificação suficiente para a restrição, assim como uma restrição profunda poderia não afetar o direito fundamental, desde que os outros princípios envolvidos fossem “mais importantes”. Resumindo: uma restrição, desde que “proporcional” poderia até mesmo aniquilar um direito fundamental, ou seja, afetar o próprio núcleo essencial.

Já para a teoria absoluta, pouco importa se a restrição é proporcional ou não. Aqui o que se considera fundamental é estabelecer qual seria o núcleo essencial numa perspectiva espacial.

Com maestria ímpar, e por isso sua transcrição literal, Jorge Miranda sintetiza matéria nuclear: Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.

Utilizando-se a fruta pequi – fruta amarela que possui pequenos espinhos em seu núcleo após a raspagem da camada superficial – como analogia, não no sentido jurídico da palavra – teríamos que o direito fundamental poderia ser restringido até o ponto que chegássemos aos espinhos, pouco importando se a restrição fosse justificável ou não após aquele ponto.

A crítica feita à teoria absoluta é a que não seria possível, pelo menos de uma forma verdadeiramente objetiva, determinar qual seria o conteúdo do núcleo essencial, quando a garantia do conteúdo essencial fosse violada. E mais, mesmo que isso fosse possível, os multicomplexos casos da vida necessitam, em algum momento do sacrifício integral, de um direito fundamental em detrimento de outro.

Após a análise do binário teorias absoluta e relativa, temos de seguir na análise de outra dupla: teoria subjetiva e teoria objetiva.

A teoria subjetiva analisa a concepção da restrição de direitos fundamentais de forma individualizada e fundamenta esta concepção na “vocação última dos direitos fundamentais em Estado de Direito, isto é, a proteção da esfera de autonomia e de autodeterminação pessoal dos cidadãos face ao Estado” (Novais, 2003, p. 744). Portanto, analisa a situação individualmente e não a afetação a todos os indivíduos.

Desde logo, vale mencionar que a teoria subjetiva, ante a realidade dos Estados democráticos de Direito modernos, não tem como prosperar, pois, institutos que aceitamos pacificamente como naturais não poderiam perdurar, já que aniquilam direitos fundamentais individuais irremediavelmente, como por exemplo, a condenação de

indivíduo a pena privativa de liberdade de modo perpétuo.

A teoria objetiva, por sua vez, analisa a problemática de forma geral para a totalidade dos cidadãos ou para boa parte deles, sem se preocupar com os reflexos, que eventual restrição, teria no âmbito individual. Portanto, o que importa é a preservação do conteúdo institucional do direito fundamental, ou seja, "(...) proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado (...)" (Silva, 2009. p.185).

Os defensores da teoria objetiva sustentam que esta, em certa medida, também albergaria as posições doutrinárias da teoria subjetiva, pois o cidadão individualmente considerado também estaria protegido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da proporcionalidade (proibição do excesso).

Uma crítica que paira sobre a teoria objetiva, na visão de Virgílio Afonso da Silva (2009), é que a proteção do conteúdo essencial para a teoria objetiva não traria nenhuma vantagem protetiva além daquela já feita pelas cláusulas pétreas.

Após a análise das diferentes teorias que buscam explicar o núcleo essencial de um direito fundamental, resta a certeza da dificuldade de se afirmar objetivamente qual seria o núcleo essencial de um direito fundamental. As teorias foram importantes no momento que o mundo passava pelo pós-guerra e que os "limites aos limites" dos direitos fundamentais eram realmente muito importantes, não que atualmente não sejam, para evitar as atrocidades vivenciadas pelo nazismo, com base na lei. Mesmo nos casos em que o legislador democrático estava autorizado a restringir um direito fundamental pela reserva de lei, também estava limitado ao conteúdo essencial desse mesmo direito fundamental, sob pena de esvaziá-lo na sua essência. Nas palavras de Reis Novais: "Qualquer que fosse o preenchimento que a garantia viesse posteriormente a obter, ela significava então, necessariamente, vinculação e subordinação do legislador democrático face aos direitos fundamentais, com o correspondente condicionamento material e controle judicial das restrições que aí se verificassem, mesmo quando previstas e expressamente autorizadas". (Novais, 2003, p. 786)

Contudo, as teorias sobre o núcleo essencial dos direitos

fundamentais perderam força, de forma proporcional, à crescente importância do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana podem resolver os casos de colisão entre os diversos princípios, valores e interesses igualmente fundamentais, sem que seja necessário recorrer à inconstitucionalidade dessa restrição com fundamento em violação do conteúdo essencial do direito. Porém, se formos analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a ótica das teorias absoluta e subjetiva, verificaremos que em diversos casos haveria afetação direta ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Seria, por exemplo, se aplicássemos as teorias absoluta e subjetiva, no caso de inconstitucionalidade da restrição que obriga as funcionárias de uma fábrica de pedras preciosas a guardarem suas bolsas em um armário, já que afetaria seu direito fundamental de liberdade. Enfim, devemos aplicar as teorias com *granus salis*, sempre tendo como norte o princípio da proporcionalidade, sem se olvidar do princípio mestre da dignidade da pessoa humana.

Aliás, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Alexy, pondera que este princípio seria ao mesmo tempo uma regra e um princípio. A parte regra teria um conteúdo essencial absoluto. É o que ocorre também com a regras de vedação da tortura e tratamento degradante (artigo 5, III, da CF/1988), que não permitem relativizações. Já a parte princípio poderia sofrer as ponderações em seu conteúdo essencial como qualquer outro princípio. (Silva, 2009).

Dada a dificuldade de obtenção do conteúdo essencial de um direito fundamental, chegaremos ao ponto de declarar a inconstitucionalidade de uma norma restritiva quando ela retirar totalmente o alcance e eficácia da norma restringida. Se isso ocorrer, seja norma constitucional de direito fundamental seja qualquer outra norma constitucional, que sofra a restrição, a norma afetadora será declarada inconstitucional. E isso verifica-se pelo simples fato da Constituição estar no ápice da pirâmide kelseniana, por si. Portanto, a norma de direito fundamental poderia, no limite, sofrer uma restrição pelo poder constituído enquanto uma norma constitucional sem essa qualidade não poderia ser nem muito ou

pouco contrariada, sob pena de inconstitucionalidade da norma conflitante. Seria o enfraquecimento da lógica de proteção qualificada dos direitos fundamentais. Mas argumentariam: essa seria a própria lógica do sistema alexiano de divisão de normas em regras e princípios. Daí sairíamos do campo da teoria absoluta para quedar-nos apenas do âmbito da teoria relativa (Novais, 2003. p. 792). A forma de adequar as duas teorias, absoluta e relativa, seria partir da premissa alexiana de que há normas-regras e normas-princípios de direitos fundamentais.

As decisões do Supremos Tribunais, no caso brasileiro, quando invocam o conteúdo essencial de direito fundamental, não definem exatamente o alcance desse conteúdo de forma a fornecer a segurança jurídica necessária. O que na realidade ocorre é a utilização do princípio da proporcionalidade como elemento protagonista e o conteúdo essencial apenas como coadjuvante dessa problemática. Há casos de adoção indiferenciada das teorias absoluta e relativa.

Foi o que ocorreu num dos casos mais importantes já julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), o caso *Ellwanger*. Vale transcrever o trecho que aponta esse protagonismo: “(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e *sob uma perspectiva axiológicas concreta*, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal com adverte o magistério da doutrina”.

Por fim, o âmbito de atuação do Supremo Tribunal seria o de verificar até que ponto o Poder Constituinte autorizou o legislador a restringir determinado direito fundamental. Se ultrapassar esse limite, será declarada a inconstitucionalidade da norma. Nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) ao Tribunal Constitucional competiria apenas verificar em que medida o espaço de livre conformação política não teria sido abusado por facto de eventual violação do conteúdo mínimo do direito fundamental constitucionalmente assegurado pela garantia do conteúdo essencial”. (Novais, 2003. p. 798)

3. Restrições a direitos fundamentais

Há duas teorias ligadas a possibilidades de restrição ou limitação dos direitos fundamentais. Na França, estas teorias foram objeto de debates, tendo em um lado Planoil e Ripert e, de outro, Josserand.

As chamadas teoria externa e a teoria interna eram tratadas no Direito Civil, especificamente no campo do abuso de direito. Aqui, para a teoria interna haveria abuso de direito quando o direito não fosse exercido dentro de seus limites imanentes. Portanto, uma lei (elemento externo) não poderia limitar esse direito, pois seria inconstitucional.

Jorge Reis Novais entende que a teoria dos direitos fundamentais como princípios, concebida por Robert Alexy, não está enquadrada no âmbito da teoria interna sequer no âmbito da teoria externa, como defendem alguns doutrinadores. O próprio Alexy entende que sua teoria está enquadrada no âmbito da teoria externa, mas, para o citado professor, ele somente usou dessa estratégia, ou seja, enquadrar sua teoria como se externa fosse, pois imaginou que ficaria isolado caso não adotasse uma das teorias – interna e externa – que naquele momento eram dominantes na Alemanha.

Parece óbvio que os direitos, mesmo os fundamentais, possam sofrer algum tipo de restrição através de outros bens e valores igualmente importantes. Isso porque nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Partindo-se desta premissa, o entrave encontrado pelo hermeneuta não é conceituar o que sejam restrições aos direitos fundamentais, mas sim determinar o alcance e conteúdo destas restrições.

Alexy parte da premissa que os direitos fundamentais são *prima facie*, isto é, são direitos sem limitações.³

Conceitos importantes para fundamentar as teorias sobre as restrições aos direitos fundamentais são os de direito, sua restrição e o produto dessa combinação: o direito restringido. Assim, num

3. Vale aqui mencionar importante exemplo sobre a teoria dos direitos fundamentais sendo estes direitos *prima facie*: imaginemos que um autor de peça teatral resolva matar um dos atores da peça durante seu transcorrer em nome do princípio da liberdade artística. Portanto, os direitos *prima facie* não sofreriam restrições num primeiro momento.

primeiro momento, temos o direito em si, não restringido, e após sofrer a restrição temos um direito restringido (Alexy, 2008. p. 277).

A toda essa mecânica, a doutrina deu o nome de teoria externa. Isso porque a limitação decorre de um elemento externo, como um direito de outro indivíduo e os interesses coletivos. Já para segunda corrente, a denominada teoria interna, somente há um elemento: o direito, que tem um determinado conteúdo. Diferentemente da teoria externa que utiliza o termo restrição, a teoria interna prefere o termo limite. Nas palavras do professor da Universidade de Kiel: “Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de ‘limites’, então, se fala em ‘restrições imanentes’”.

A distinção entre regras e princípios é fundamental para estabelecer em qual corrente doutrinária, a interna ou externa, o hermeneuta estará mais afeto. Caso entenda que as normas de direitos fundamentais são princípios o exegeta estará diante da teoria externa, pois aqui se parte de posições *prima facie*. Por outra volta, no caso de compreender as normas de direitos fundamentais como regras, ou seja, com posições definitivas, estará o intérprete afeto à teoria interna.

Portanto, o hermeneuta que utiliza a expressão restrições aos direitos fundamentais, partindo do pressuposto que os direitos fundamentais são princípios, está correto, enquanto aquele que entende os direitos fundamentais como posições jurídicas definitivas (regras) estará utilizando o termo restrição apenas de maneira metafórica (Alexy, 2008. p. 280).

A teoria interna poderia ser resumida em uma única frase dos doutrinadores franceses Planiol e Ripert: o direito cessa onde o abuso começa (Silva, 2009, p. 128). Para a teoria interna, o limite é algo que está dentro do próprio direito, independentemente de fatores externos. Está ligada a ideia de limites imanentes. Só há um objeto para a teoria interna que seria o próprio direito, isto é, não há o direito e sua restrição.

Esta teoria adota o critério de subsunção do direito à norma, distanciando-se da ponderação, e, portanto, do mínimo de subje-

tividade nas decisões judiciais, que deveriam se pautar no texto normativo constitucional (Sarlet, 2006).

Assim, na perspectiva da teoria interna, como os direitos não sofrem influências de fontes externas, com destaque para a colisão com outros direitos, concluímos, pela diferenciação acima já destacada entre regras e princípios, que somente as regras podem ser objeto de estudo para a teoria interna. Isso porque estas normas, as regras, não sofrem influência de fatores externos, seus limites, ou seja, seu conteúdo está definido *a priori*. Portanto, se se parte de posições definitivas, estamos no âmbito da teoria interna.

A teoria interna vale-se de direitos definitivos, como são as regras, e não de direitos *prima facie*, como são os princípios. Assim, o direito fundamental somente poderia ser exercido dentro daqueles limites (imanesentes) ou não poderia ser exercido. Melhor explicando: ou o cidadão tem direito subjetivo para exercer um direito fundamental ou não o tem, sendo despidendo saber se as condições fáticas – medidas adequadas e necessárias para a realização do princípio em questão – e jurídicas -, aqui entra a ideia de colisões de princípios – darão suporte àquele direito.

Assim, se uma regra for incompatível com a Constituição, formal ou materialmente, seria inconstitucional e não uma restrição. Isso porque, quando se parte de posições definitivas, “a violação de um direito fundamental é algo muito diferente de sua restrição” (Alexy, 2008. p. 278). Dessa forma, os autores que falam em restrições aos direitos fundamentais estão no âmbito da teoria dos princípios de Alexy (2008).

Uma questão complexa que será abordada abaixo será saber quais são esses limites (internos) para o exercício de um direito fundamental e, para isso, nos socorreremos do instituto dos limites imanesentes.

Numa análise apressada, poderíamos chegar a conclusão de que para a teoria interna os direitos fundamentais são absolutos, pois não sofrem restrições externas. Porém, os teóricos que desenvolveram essa teoria, por óbvio, nunca assim pensaram, por isso desenvolveram a ideia de limites imanesentes.

Diferentemente da teoria externa, que propugna a concep-

ção de restrições aos direitos fundamentais através da colisão de princípios, a teoria interna defende que há limites inerentes a cada direito e que, ultrapassado esse limite, estaríamos na zona de não direito, ou seja, não albergado pelos limites impostos pela própria Constituição.

Para demonstrar o acima exposto através de um exemplo, na seara trabalhista, que é o intuito deste trabalho, segue: um empregado sob o suposto manto de proteção do direito ao lazer, manejando um guindaste da empresa em uma rua movimentada de grande cidade, resolve, durante seu horário de trabalho normal, ir à praia, causando transtornos ao empregador, bem como à população.

A teoria interna perguntaria se o direito fundamental ao lazer do empregado, neste caso concreto, estaria dentro de limites de proteção deste direito. Assim, se o juiz fosse chamado a decidir o caso concreto, caso adepto da teoria interna, fundamentaria que o direito fundamental ao lazer não lhe daria essa proteção. E mais, se o legislador criasse uma lei que dispusesse que é proibido deixar guindaste na rua para ir à praia, essa lei não seria uma restrição ao direito fundamental ao lazer do empregado, pois não ultrapassaria o limite do direito fundamental ao lazer.

Casos limítrofes do que estaria ou não dentro do conteúdo de um direito fundamental traria o mesmo decisionismo que fundamenta as críticas à teoria externa.

A teoria externa tem dois objetos. O primeiro objeto seria o direito em si e o segundo objeto seria suas restrições. Portanto, a soma desses dois objetos: o direito em si + suas restrições = direito restringido. Portanto, *a priori* não há qualquer contato da restrição com o conteúdo do direito fundamental, já que são institutos autônomos. A relação somente se apresenta, entre o direito em si e sua restrição, quando esta aparece, no intuito de conciliar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, bem como os direitos individuais e coletivos (Alexy, 2008).

E mais, as restrições aos direitos fundamentais, através de norma (regra e princípio), pressupõe que essa norma seja constitucional, pois se for “inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição”. (Alexy, 2008, p. 281)

No caso concreto, quando o juiz for decidir o conflito entre dois princípios – um cederá em favor do outro – através da técnica do sopesamento, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, restringirá o exercício de um direito fundamental. Sem que isso invalide o princípio nem que este perca sua extensão *prima facie*. (Silva, 1990, p. 138)

A teoria externa está intimamente ligada à teoria dos princípios. Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. A teoria dos princípios consagra, em linhas gerais, os princípios como sendo direitos *prima facie* e, após sofrerem colisões de princípios e regras, estará diante do direito definitivo.

Portanto, o direito definitivo, para a teoria externa, somente é descortinado após a análise do caso concreto⁴, distintamente do que ocorre na teoria interna em que o direito definitivo já é sabido *a priori*.

As restrições a direitos fundamentais podem se dar tanto por meio de regras como por meio de princípios, segundo a orientação Alexiana, pois “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. (Alexy, 2008. p. 281). A restrição a direito fundamental por meio de regra ocorrerá quando incidir uma não-liberdade definitiva ou não-direito definitivo de igual conteúdo sobre direito fundamental *prima facie*.

Explicaremos com dois exemplos da seara trabalhista. A obrigação do empregado de usar equipamento de proteção o retira da posição jurídica *prima facie* de liberdade geral de ação.

4. Insta mencionar que a expressão caso concreto tem aqui duas definições. A primeira seria aquela mais corriqueira que é o conflito de interesses posto ao Judiciário para decidir (direito à intimidade do empregado *versus* direito de propriedade do empregador; no caso de revistas às bolsas dos funcionários) e a segunda seria aquela em que o legislador decide sobre a colisão de dois direitos fundamentais (direito de propriedade do empregador *versus* direito fundamental à jornada de trabalho digna nos casos do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira). Nesse último caso o legislador deu prevalência ao direito fundamental do empregador, já que não limitou a jornada de trabalho dos empregados abrangidos pelas exceções do artigo 62 da CLT.

Assim, quando a regra insculpida no artigo 158, parágrafo único, alínea “b”⁵, da Consolidação do Leis do Trabalho brasileira (CLT) adentrou no ordenamento jurídico em 1977, o empregado passou a estar numa posição de não-liberdade definitiva em face do empregador e também do Estado. Assim, a regra do artigo 158, § único, alínea “b”, da CLT é uma restrição ao direito fundamental, pois o empregado deixa sua liberdade *prima facie* para uma não-liberdade definitiva, após a vigência da lei.

Um exemplo de relação entre um direito fundamental, sua restrição e não-direito definitivo, apesar de não ser diretamente no âmbito empregado-empregador, mas sim na relação empregador-Estado, é o sugerido pelo próprio Alexy (2008), o que demonstra a importância do tema das restrições aos direitos fundamentais nas relações de empregado.

Segue o exemplo.

O representante da Câmara de Ofícios é autorizado, pelo Regulamento sobre Artes e Ofícios, a entrar nos locais de trabalho no intuito de verificar as condições do labor. Isso seria uma restrição ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio que na Alemanha é estendida aos locais de trabalho. Portanto, o princípio constitucional garante ao cidadão *prima facie* a inviolabilidade de domicílio e por consequência lógica proíbe *prima facie* o representante da Câmara de Ofícios adentrar nos locais de trabalho. Porém, como o Regulamento sobre Artes e Ofícios, permite essa verificação pelo representante, “a proibição *prima facie* é substituída por uma permissão definitiva” (Alexy, 2008. p. 286) e que corresponde a um não-direito definitivo de proibir a visita.

5. Art. 158 – Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I – Observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

Parágrafo único – Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (Incluída pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (sem grifos no original)

Há outro caso, que se enquadra como uma luva com o objeto deste de trabalho numa perspectiva histórica, é o caso *Lochner vs. New York*. Nessa decisão podemos perceber o papel fundamental que uma Corte Constitucional pode ter – neste caso não teve – na efetivação dos direitos fundamentais. Óbvio que olhando para o presente caso de maneira fria, alguns poderiam entender que houve proteção aos direitos fundamentais da propriedade privada, da livre iniciativa etc. Vamos ao caso: a Corte Constitucional norte-americana invalidou por inconstitucionalidade uma lei do estado de New York, que estabelecia o limite máximo de 10 horas por dia e de 60 horas por semana a jornada de trabalho para os empregados de padarias. O professor Reis Novais destaca que todo esse período, da decisão do caso *Lochner* em 1905 até 1937, foi denominado de *Lochner*, era “caracterizada pelo ativismo judicial de invalidação da legislação social em nome da liberdade contratual e de uma visão anacrônica do direito de propriedade”.

Portanto, verificamos que houve a tentativa de restrição ao direito fundamental de propriedade do empregador (dono de padaria) através do Poder Legislativo, mas logo essa restrição foi afastada por inconstitucionalidade, na visão da composição da *Supreme Court* norte-americana da época.

Chegamos em um dos pontos auge desse artigo, que é descobrir se há restrições na seara trabalhistas aos direitos fundamentais, quais são elas (ou algumas delas) e como a jurisprudência brasileira trata o tema.

As restrições por meio de regras são realizadas através da legislação infraconstitucional. Na seara trabalhista temos alguns exemplos. O artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil estabelece que:

Art. 62 – “Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos

de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Algumas observações são importantes acerca deste artigo.

O *caput* do artigo 62 da CLT exclui os empregados acolá abrangidos de todo o capítulo “DA DURAÇÃO DO TRABALHO”, isto é, não terão direito a hora extra, adicional noturno, intervalo intrajornada, intervalo interjornada etc.

O artigo 7º da Constituição Federal brasileira está dentro do capítulo “DOS DIREITOS SOCIAIS”, que está dentro do título “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Portanto, os direitos sociais para Constituição Federal brasileira são direitos fundamentais. Estabelecem os incisos IX, XIII e XVI, do artigo 7º, da Constituição Federal brasileira:

Art. 7º [...]

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Assim, o artigo 62 da CLT não é produto de um simples julgamento de conveniência do legislador, mas o resultado de um sopesamento entre os princípios da propriedade e o da limitação da jornada de trabalho. (Silva, 2009. p. 142). É uma restrição não autorizada pelo constituinte.

Vale ressaltar que a doutrina é pacífica em admitir limitações pelo legislador infraconstitucional que não estejam previstas expressamente pela Constituição. É o que a doutrina denomina de restrições não expressamente admitidas pela Constituição.

Outras limitações não expressamente previstas pelo constituinte são aquelas do artigo 28, parágrafo 4º, incisos II e VI, da lei 12.395/2011, que não garantem aos atletas profissionais duração da jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais e o paga-

mento de horas extras no momento de concentração.⁶

O legislador utilizou o sopesamento do exemplo acima no momento de criação da lei para estabelecer que o direito fundamental de propriedade prepondera nestes casos em detrimento dos direitos fundamentais à limitação da jornada e o respectivo direito ao lazer.

Todos esses casos garantem *prima facie* o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, mas o legislador limitou esses direitos através de regras.

Num primeiro momento, para o intérprete inadvertido poderia pensar que a “colisão” ocorreria entre as regras limitadoras e o princípio que garante o direito fundamental, mas não, a colisão ocorre em momento anterior, naquele que o legislador sopesa qual princípio tem maior peso para definir se a restrição é proporcional ou não. A regra somente expressa essa solução (Silva, 2009. p. 142).

Alexy (2008. p. 286) admite que há restrições constitucionais⁷ e divide essas restrições em diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. As primeiras seriam aquelas que a própria norma constitucional já estabelece a restrição. Por outro lado, as segundas seriam aquelas que a Constituição autoriza a restrição, mas que são operacionalizadas por normas de hierarquia infraconstitucional.

O próprio Alexy (2008. p. 286) sintetiza a temática: “Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas”.

A Constituição Federal brasileira prevê o mais poderoso direito fundamental nas relações de trabalho, que é o direito fundamental contra despedida arbitrária ou sem justa causa no seu artigo

6. II – o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do esporte;

VI – jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

7. Vale mencionar que mesmo alguns adeptos da teoria externa, como o Prof. Reis Novais, não admitem restrições diretamente constitucionais, o que, ao meu ver, causa estranheza. Explico: ora, se admitíssemos que as restrições constitucionais não são restrições, mas apenas descrições daquilo que é protegido, estaríamos no âmbito da teoria interna e estaríamos falando de limites imanentes. (Alexy, 2008. p. 287).

7º, I. Ocorre que, esse mesmo inciso prevê que esse direito pode sofrer limitações pelo legislador infraconstitucional: “I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

No intuito de evitar eventuais equívocos interpretativos, esclareço que as reservas legais – autorização para estabelecer restrições aos direitos fundamentais – não são restrições, elas somente fundamentam a possibilidade jurídica das restrições.

E mais, enquanto essa lei complementar, a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição Federal brasileira, não for promulgada, o próprio legislador constituinte previu no artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸ uma limitação provisória do direito fundamental contra despedida arbitrária e sem justa causa.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

Portanto, temos uma possibilidade de restrição expressamente autorizada – indiretamente constitucional -, que ainda não foi implementada, mas já restringida pelo próprio constituinte – diretamente constitucional -.

As restrições indiretamente constitucionais são apresentadas pelas cláusulas de reserva explícitas, ou seja, disposições constitucionais que autorizam expressamente a restrição. Na Constituição Federal brasileira são aquelas cláusulas com a seguinte expressão: “*nos termos da lei*”. (Alexy, 2008. p. 291).

Na seara juslaboral, temos o exemplo do artigo 7º, incisos XI e XIX⁹, da Constituição Federal, como uma reserva simples,

8. O ADCT tem natureza jurídica de norma constitucional, pois suas disposições transitórias foram submetidas à votação, assim como as demais normas da Lei Maior (STF, RE 160.486, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-6-1995).

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

pois a competência para introduzir é pura e simplesmente garantida. E mais, temos o curioso exemplo de uma cláusula de reserva qualificada, ou seja, a possibilidade de estabelecer limitação ao conteúdo da restrição. É o que ocorre como a redação do artigo 7º, parágrafo único¹⁰, da Constituição Federal brasileira quando limita: "...e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades..."

Como já visto acima, a competência para estabelecer restrições não se circunscreve apenas às mencionadas expressamente, podendo haver, como já demonstrado empiricamente, restrições não expressamente autorizadas.

Questão importante é determinar qual o âmbito de atuação do legislador quando autorizado a restringir. Até onde pode avançar na restrição?

O aspecto formal é de fácil análise, pois compreende apenas a quem foi conferir a competência para restringir o procedimento e a forma (Alexy, 2008. p. 292). Porém, é na análise do aspecto material que as dificuldades começam a aparecer, pois o legislador, em tese, poderá esvaziar um direito fundamental, sob pretexto de atuar legitimado pelo constituinte. Ocorre que ao legislador são impostas condições para legitimar sua atuação no âmbito das restrições. Portanto, a competência do legislador está limitada às condições estabelecidas nas reservas qualificadas, quando a reserva for de tal natureza, pelo conteúdo essencial e também pelo princípio da proporcionalidade com o consequente sopesamento.¹¹

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

10. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

11. Há entendimento, segundo Alexy, citando Häberle, que o papel do legislador, quando diante de uma reserva constitucional, é o de apenas interpretar qual o alcance do resultado do sopesamento entre princípios já feitos pelo constituinte.

Os princípios também são meios de restrição de direitos fundamentais¹², mas somente num segundo momento. Isso porque o princípio restritivo, por si só, não gera a restrição, mas sim após um sopesamento – ponderação – entre o princípio constitucional atingido e o princípio que o restringe. Após essa mecânica teríamos uma restrição definitiva. (Alexy, 2008. p. 284)

O Tribunal Constitucional Federal alemão admite a restrição por meio de princípios quando menciona que “direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional” podem afetar direitos constitucionais de um cidadão.

As mais controvertidas colisões entre princípios na seara trabalhista ocorrem, e por consequência suas restrições, quando o legislador não fez o sopesamento, ou seja, quando não há lei regulamentando a colisão entre dois princípios. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2009. p. 143): “(...) pode ser que uma dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador”.

Portanto, caberá ao juiz decidir no caso concreto qual princípio deve preponderar. Assim, um princípio sofrerá restrição em prol de determinado princípio, considerado mais importante para a decisão daquele caso posto ao juiz para resolução. Vale destacar que a decisão do juiz (sentença) terá a natureza jurídica de regra, pois sob as mesmas condições, quando em confronto dois princípios, somente uma única solução pode ser apresentada.

Dos casos emblemáticos postos ao Judiciário e já consagrados pela jurisprudência, destaco dois. Primeiro, as revistas e, segundo, a violação de conteúdo de e-mail corporativo.

A jurisprudência brasileira, no caso das revistas, tem separado duas situações.

A primeira seria aquela em que o empregador faria a revista nas bolsas dos empregados. Nessa situação, a jurisprudência entende que não há violação aos direitos fundamentais do empregado à vida

12. Nas palavras do mestre de Kiev: “Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.”

privada, à honra, à imagem e à intimidade do indivíduo, desde que feita sem práticas abusivas, conforme decisão da instância máxima em matéria trabalhista no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho.

TST – RR 724/2008-678-09-00-0 – Publ. em 29-10-2009. DANO MORAL – REVISTA NOS PERTENCES DOS EMPREGADOS – PRESUNÇÃO DE CONSTRANGIMENTO – INVIABILIDADE. A revista nos pertences dos empregados, quando feita sem práticas abusivas, não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, ausente abuso desse direito quando procedida a revista moderadamente, como no caso em exame, não havendo de se falar em constrangimento ou em revista íntima e vexatória, a atacar a imagem ou a dignidade do empregado.

Portanto, neste caso concreto posto à decisão da mais alta corte brasileira em matéria trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, o Judiciário sopesou e decidiu que sob aquelas condições, o direito fundamental à propriedade deve preponderar sobre o direito fundamental à intimidade do empregado. Assim, houve uma restrição do direito fundamental à intimidade, que *prima facie* é ilimitado.

Outro caso, e que gera maiores divergências, é o caso do empregador que faz revista íntima em seus empregados em fábricas de roupas íntimas e em fábricas de diamantes, por exemplo.

A jurisprudência neste caso tem decidido que o princípio à intimidade do empregado deve prevalecer em detrimento do direito de propriedade. Senão vejamos:

TST – RR 1069/2006-071-09-00.2 – Publ. em 14-8-2009. DANO MORAL – REVISTA ÍNTIMA – EMPRESA DE CONFECÇÃO. Como expressão do poder diretivo reconhecido ao empregador e ainda com o propósito de compatibilizar os comandos constitucionais de proteção à propriedade e à honra e dignidade do trabalhador, a jurisprudência majoritária tem admitido a possibilidade de o empregador promover, consideradas as características e peculiaridades da atividade comercial explorada, a revista visual de objetos pessoais de seus empregados, ao final do expediente, desde que não ocorram excessos e exposições vexatórias que comprometem

a honra e a imagem desses trabalhadores. Nesse cenário, ao realizar revistas íntimas que consistiam em determinar a exposição do sutiã, da calcinha e da meia de suas empregadas, para verificar a eventual ocorrência de furtos dessas peças no interior do estabelecimento, atua o empregador à margem dos parâmetros razoáveis, invadindo esfera indevassável de intimidade e incidindo em abuso que deve ser reparado – Código Civil, artigos 186 e 927.

Vale observar que se alterarmos as condições fáticas, ou seja, se a revista, mesmo que íntima, for feita com moderação (por exemplo, feita por pessoas do mesmo sexo) poderá o direito fundamental à propriedade prevalecer.

Nesse sentido, importa observar a ponderação do emérito relator do acórdão da 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do processo número 613/2000-013-10-00.7: “De outra parte, se é certo que a Carta Magna tutela a intimidade e a privacidade do cidadão — valores que, insisto, não estão sequer em jogo em se cuidando de e-mail corporativo, dada a sua finalidade — não menos certo que também tutela no mesmo preceito constitucional (art. 5º, inciso X) o direito do empregador à imagem. Ora, ocioso repisar quão comprometedora e danosa pode revelar-se ao direito do empregador à imagem a atuação do empregado na utilização da Internet e do correio eletrônico da empresa. Ademais, se se cuida de “e-mail” corporativo, está em xeque também, e talvez principalmente, o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor, direito esse igualmente merecedor de tutela constitucional.”

Por outro lado, restou caracterizada a violação ao direito fundamental do empregado no caso de violação do e-mail particular e não corporativo, conforme decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – VIOLAÇÃO À INTIMIDADE – ARROMBAMENTO DE ARMÁRIO PRIVATIVO E VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA PESSOAL (CORREIO ELETRÔNICO E DADOS PESSOAIS) (por violação ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal). O Tribunal Regional, embasado nas provas dos autos, na forma prece-

nizada pela Súmula nº 126 desta Corte, constatou presentes os elementos caracterizados da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o nexo de causalidade e a conduta ilícita do agente ofensor. Observe-se que o Colegiado constatou que, *in casu*, a prova testemunhal produzida confirma o fato alegado na inicial como ensejador da reparação pretendida, no sentido de que houve arrombamento do armário privativo do reclamante bem como violação de sua correspondência pessoal, inclusive correio eletrônico e dados pessoais. Dessa forma, houve, de fato, efetivo prejuízo de ordem moral ao reclamante. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR 183240-61.2003.5.05.0021, 2ª Turma, Relator Renato de Lacerda Paiva, Publicação 26/10/2012).

Portanto, aqui houve restrição ao direito de propriedade do empregador, já que a empresa não pode violar o armário do empregador utilizado pelo empregado para obter dados de sua conduta. Vale aqui ressaltar que o computador era de propriedade da empresa e mesmo assim neste caso concreto o juiz decidiu restringir o direito fundamental de propriedade, dando prevalência ao direito fundamental da intimidade do empregado.

Verifica-se que o mais importante na análise do tema não é saber qual direito fundamental preponderará no conflito entre dois princípios de direito fundamental, mas sim respeitar o princípio da segurança jurídica e evitar o “decisionismo”, definir na análise dos casos postos à apreciação do Judiciário qual será a regra para aqueles casos. Explico: como já dito acima, o confronto entre dois princípios sob certas condições, quando da análise pelo juiz, resulta numa sentença com natureza jurídica de regra, na perspectiva da diferenciação entre princípios e regras.

E mais, podemos concluir que as restrições aos direitos fundamentais podem ocorrer por meio de uma decisão do Poder Judiciário, nos casos em que não há regra para disciplinar a colisão entre princípios, ou seja, nos casos em que o legislador ainda não fez a ponderação (silva, 2009. p. 143).

Na perspectiva deste artigo, que é a análise das restrições aos direitos fundamentais na relação de emprego e que os casos mais desafiadores são aqueles que ocorrem quando há restrição

feita pelo Judiciário na análise de casos concretos, abordaremos a crítica à teoria externa que há um “decisionismo disfarçado” quando do sopesamento.

Para os positivistas, e aqui utiliza-se, em especial, as lições do mestre Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, esse chamado decisionismo já existia, se é que é decisionismo, pois na fábula da moldura aquele autor já ensinava que dentro dela havia várias decisões corretas.

Assim, mesmo para aqueles que pregam a subsunção como método de aplicação do direito, tem que se curvar à crítica que também haveria decisionismo quando da aplicação ao caso concreto, pois não é um método racional e objetivo.

A decisão do juiz não é, portanto, a única nem a melhor, mas, por razão de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão.

E mais, não há decisionismo, da maneira depreciativa que os críticos querem dar, a decisão do Poder Judiciário terá a fundamentação constitucionalmente exigida, pois quando da aplicação desse ou daquele princípio lhe cabe o ônus da argumentação.

Não podemos olvidar que a decisão do juiz é impregnada, e não poderia ser diferente, pois é um ser social, de fatores externos como suas concepções de justiça e moral. Se a decisão fosse extremamente racional e lógica bastaria computadores para proferir as decisões. O juiz não é um ser autômato.

Kelsen (1999. p. 349) já dizia: “(...) o direito a ser aplicado constitui (...) apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha a moldura com algum sentido possível”.

Outra crítica à teoria dos princípios é de que criaria direitos irrealis. Isso porque os direitos *prima facie* reconheceriam situações imorais e ilegais. Seria o caso de um jogador de futebol (empregado) que quisesse, durante a partida de futebol, exercer sua liberdade de religião e fazer preces no vestiário durante o jogo, com fundamento no direito fundamental de liberdade religiosa ou querer tocar um instrumento musical durante um jogo com fundamento no direito

de liberdade artística. Ora, temos que partir das premissas que há direitos *prima facie* e direitos definitivos para que a teoria dos princípios mantenha seu suporte teórico e sua própria lógica.

O professor Jorge Miranda explica que não há grandes diferenças no resultado prático alcançado pelas teorias, seja a interna seja a externa:

“Supomos (...) que, ao final e ao resto, os resultados não serão muito diversos, adopte-se uma [isto é, teoria interna] ou adopte-se outra, [isto é, teoria externa] até porque nenhum direito e também nenhuma restrição podem ser encarados isoladamente, à margem dos restantes direitos e dos princípios institucionais que lhe subjazem”. (Kelsen, 1999. p. 349).

A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos princípios e para as restrições aos direitos fundamentais é de natureza ímpar.

Inicialmente, vale mencionar que o princípio da proporcionalidade¹³ está dividido em três estágios que o jurista deve passar para saber se a restrição é constitucional ou não, se é legítima ou não.

O primeiro estágio seria saber se a norma que limitou um direito fundamental é adequada para fomentar a realização de outro direito também fundamental. O estágio seguinte orienta o intérprete no sentido se não há medida alternativa tão eficiente, mas menos restritiva (necessidade), para a consecução de um direito fundamental. E finalmente, o terceiro e último estágio, a ponderação – proporcionalidade em sentido estrito – que é saber se há um equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização do outro.¹⁴

Alexy, creio que preocupado em afastar as críticas sobre o suposto subjetivismo que as decisões judiciais poderiam ter, tentou criar fórmulas matemáticas para tentar explicar a adequação e a necessidade de uma norma de direitos fundamentais. Ocorre que, “mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação

13. Algumas denominam o princípio da proporcionalidade como sendo a regra da proporcionalidade. Porém, para efeito desse artigo, a diferença é desnecessária.

14. Alguns autores dentre eles Paulo Bonavides argumentam que só há os dois primeiros estágios.

de precedências condicionadas” (Silva, 2009. p. 176).

Cabe neste ponto de o trabalho distinguir o trabalho do juiz quando há regra que disciplinou a colisão entre dois princípios de direito fundamentais e quando não há essa regra, ou seja, quando dois princípios entram em colisão.

No primeiro caso, isto é, quando o legislador já fez o sopesamento entre dois princípios e criou determinada regra, cabe ao juiz, se instado a controlar a constitucionalidade dessa lei, apreciar utilizando o princípio da proporcionalidade. Isso porque o legislador já fez a opção dele, ou seja, realizou o sopesamento.

Contudo, há casos em que não há norma regulamentando essa colisão e o juiz é chamado a decidir a colisão. Aqui sim, o juiz não trabalhará com o princípio da proporcionalidade e sim também fará o sopesamento, isto é, no caso concreto, reconhecerá qual princípio terá maior peso. Isso porque o juiz somente poderia usar do princípio da proporcionalidade se houvesse norma concreta para ser trabalhada, uma variável de referência, e aqui não há (Silva, 2009. p. 179).

Conclusão

Do conteúdo acima absorvido, mostrou-se imprescindível diferenciar regras e princípios; direitos definitivos e direitos *prima facie*; teoria interna e teoria externa; e direitos e restrições.

A teoria interna vale-se de direitos definitivos, como são as regras, e não de direitos *prima facie*, como são os princípios. Assim, o direito fundamental somente poderia ser exercido dentro daqueles limites (imanescentes) ou não poderia ser exercido. Assim, se uma regra for incompatível com a Constituição, formal ou materialmente, seria inconstitucional e não uma restrição.

A teoria externa está intimamente ligada à teoria dos princípios. Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variados, já que dependem das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas. Estas últimas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. A teoria dos princípios consagra, em linhas gerais, os princí-

pios como sendo direitos *prima facie* e, após sofrerem colisões de princípios e regras, estará diante do direito definitivo. Portanto, o direito definitivo, para a teoria externa, somente é descortinado após a análise do caso concreto, distintamente do que ocorre na teoria interna em que o direito definitivo já é sabido *a priori*. Verifica-se que a questão do controle de constitucionalidade dos atos judiciário e legislativo no domínio dos direitos fundamentais – o controle do alcance da restrição – pelo juiz constitucional desempenha um papel de fundamental importância na efetividade dos direitos fundamentais, como podemos constatar com a análise da jurisprudência brasileira sobre o tema.

Portanto, conclui-se que há restrições na seara trabalhista aos direitos fundamentais e a teoria dos princípios como teoria externa é a que se mostra mais adequada no âmbito deste trabalho para justificar a restrição a direitos fundamentais nas relações de emprego.

Referências

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Almedina, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília: Senado Federal, 1943.

CALVET, Otávio Amaral. **A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo**. Revista LTr. 69-01/55-57, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 e.d. São Paulo: LTR, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV Direitos Fundamentais. 3. ed. Lisboa: Ed. Coimbra.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado democrático de direito**. Editora Coimbra. 1 ed. Dezembro de 2012. Coimbra.

PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. v. LXXVI, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.